45859

RÉPÉTITIONS ÉCRITES
Pour la Préparation de tous les
EXAMENS DE DROIT

1938-1939

296

REPETITIONS ECRITES

DE

DROIT CIVIL

rédigées d'après le Cours et avec l'autorisation

de

M. MOREL

Professeur à la Faculté de Droit de Paris

Première Année

"LES COURS DE DROIT"
RÉPÉTITIONS ECRITES & ORALES
PREPARATION A L'EXAMEN ECRIT

3, Place de la Sorbonne (au premier)
— PARIS —

X

BIBLIOTHEQUE CUJAS
D 060 320152 7

Source : BIU Cujas

Reproduction interdite

Source : BIU Cujas

D R O I T C I V I L

(1ère ANNEE)

INTRODUCTION

1 - Du droit et des règles juridiques en général

Il est de tradition que le Cours de Droit Civil débute par un exposé sur le Droit en général. C'est un usage qu'il convient de respecter.

Qu'est-ce que le Droit ?

Nous ne donnerons pas une définition pour débuter, parce que ceux qui cherchent à définir le droit se trouvent en présence de définitions multiples dont le nombre égale à peu près celui des auteurs qui ont essayé de s'attaquer à ce problème.

On a parlé de "l'introuvable définition du Droit" c'est exact, mais ces divergences de vues ne portent que sur la nature même du droit, sur sa fin dernière; par contre on est à peu près d'accord lorsqu'il s'agit de définir le droit en considération de sa fonction immédiate. En philosophie, en particulier lorsque l'on étudie la Morale, que de doctrines ont été élaborées sur le fondement de la Morale ! Et cependant lorsque l'on passe sur le terrain de la Morale pratique, il est dans nos sociétés civilisées un certain nombre de règles de morale sur lesquelles tout le monde s'est mis d'accord. En effet, les problèmes de la vie pratique nous assaillent et il faut absolument les résoudre.

Il en est de même du Droit. Le Droit est-il une simple manifestation de la vie sociale ? Est-il le produit de la volonté plus ou moins arbitraire des gou-

Source : BIU Cujas

vernants? Repose-t-il au contraire sur la notion de justice, et qu'est-ce que la justice? Est-ce quelque chose de contingent, de variable selon les lieux ou les époques? ou bien existe-t-il des principes éternels, immuables, que l'on ne peut méconnaître sans, pour employer l'expression de Cicéron, "s'abstraire de sa nature propre", de la nature humaine? Sur tous ces points existent de grandes divergences de vues.

Par contre, ce qui est certain c'est l'existence nécessaire dans une société donnée de règles juridiques qui sont destinées à faire règner l'ordre dans cette société, règles dont l'observation est imposée au besoin par la contrainte. C'est là un fait que personne ne peut méconnaître.

Nous allons donc nous attacher à définir le Droit, à rechercher son rôle, en le considérant par sa fonction.

La vie sociale et la nécessité de l'observation de certaines règles

Or, pour comprendre la fonction du Droit, il faut partir d'un fait élémentaire: la vie en société. C'est un fait que l'homme vit en société, en groupes plus ou moins nombreux, tribu, famille, nation. Peu importe. Or, la vie en groupe, quelle que soit l'importance de celui-ci, qu'il s'agisse de ce noyau peu important au point de vue du nombre qu'est la famille, qu'il s'agisse d'un Etat, d'une nation, la vie en groupe implique l'existence de règles à l'observation desquelles tout homme doit être assujetti. Dans sa famille, dans ce groupe plus étendu qu'est la nation, dans sa profession, dans sa vie économique et même dans ses loisirs, s'il est membre d'une société sportive ou d'une association littéraire, partout où il vit en groupe l'homme est assujetti à respecter certaines règles qui sont destinées à maintenir l'ordre dans le groupe et à discipliner les activités concurrentes qui sans cela entreraient en conflit les unes avec les autres. Toute société, quelle qu'en soit l'importance, suppose nécessairement l'existence de ces préceptes impératifs.

Règles morales et règles juridiques

Mais ces préceptes à l'observation desquels l'homme peut être assujetti ne présentent pas tous les mêmes caractères. Ils peuvent être classés en plusieurs catégories, dont les deux principales sont les règles de la Morale et les règles du Droit.

Raisonnons sur deux exemples. 1°- Un proche parent, un frère, un ami, tombe dans la misère, si je suis dans l'aisance la charité m'oblige à lui venir en aide; mais il n'est aucune règle juridique qui me contraigne à m'acquitter de ce devoir; même s'il s'agit d'un frère, la loi française n'oblige pas le frère à assister son frère dans le besoin. C'est une règle de pure morale.

Source : BIU Cujas

Celui qui méconnaît cette obligation morale peut encourir les reproches de sa conscience, il peut encourir le blâme de ses concitoyens, mais ni la force publique, ni aucun tribunal ne pourra le contraindre à secourir son frère ou son semblable.

2°- Supposons, au contraire, que j'aie acheté des fournitures , ou que j'aie loué un appartement; si je ne paie pas le fournisseur ou le bailleur, celui-ci pourra m'assigner devant le tribunal, qui me condamnera à payer. Le jugement de ce tribunal sera mis à exécution par la force publique. Si je ne m'exécute pas, mes biens seront saisis, ils seront vendus pour payer mon créancier. Il s'agit ici d'une règle juridique, règle juridique qui oblige le débiteur à payer ses dettes.

La règle juridique ici se double d'ailleurs d'une règle morale, car la morale commande le respect de la parole donnée; elle commande de ne pas nuire à autrui. Comme nous aurons l'occasion de le voir, la règle juridique est le plus souvent une règle morale dont l'autorité supérieure impose l'observation au besoin par la contrainte, dont la violation entraîne la mise en mouvement de la force publique.

Règles morales, règles juridiques, telles sont les deux grandes sortes de préceptes qui nous obligent dans la vie sociale.

Les trois caractères essentiels des règles juridiques

A - Avant de faire une comparaison entre les règles de la morale et celles du Droit, demandons-nous - c'est la première question à résoudre - ce que sont exactement les règles juridiques, quand y a-t-il règle juridique, quels sont les caractères propres de la règle juridique?

Les règles juridiques présentent trois caractères essentiels:

1°- Elles sont générales et impersonnelles;

2°- Elles sont obligatoires;

3°- Leur violation est sanctionnée par la force publique.

1- Caractère général et impersonnel des règles juridiques.

1 - Premier caractère : Les règles juridiques sont générales et impersonnelles.

Elles sont générales en ce sens qu'elles ne s'adressent pas à un individu déterminé, mais à un ensemble plus ou moins considérable d'individus. Lorsqu'il s'agit du droit élaboré par l'Etat, elles s'adressent à tous les citoyens et même à toutes les personnes qui vivent sur le territoire de cet Etat.

D'autre part, les règles juridiques sont imperson-

Source : BIU Cujas

nelles, en ce sens que leurs préceptes sont formulés indépendamment des cas concrets auxquels ils s'appliquent. Exemple: il y a dans le Code civil un texte, l'article 488, qui fixe l'âge de la majorité à 21 ans. Nous rencontrons ici un exemple frappant de la technique législative. Le législateur a voulu que jusqu'à un certain âge une personne n'eût pas la possibilité de passer des contrats, de s'occuper de ses affaires, parce qu'elle n'a pas la maturité d'esprit nécessaire. Mais à quel âge devait être fixée la majorité? En stricte équité il aurait fallu prononcer par voie de disposition individuelle; la maturité de l'esprit est acquise plus tôt chez les uns que chez les autres. Mais une telle règle ne serait pas maniable en pratique, parce qu'il faudrait procéder à un examen individuel, et ce serait le champ ouvert à l'arbitraire et aux contestations. C'est pourquoi, dans l'impossibilité où se trouve la loi de statuer sur des cas particuliers, elle doit procéder par voie de règlement général et impersonnel.

C'est une infériorité du point de vue de la stricte justice, mais ce que le droit perd peut-être à ce point de vue, il le gagne en précision et en sécurité.

2- Caractère obligatoire de la règle juridique.

2°- Deuxième caractère : la règle juridique est obligatoire, c'est-à-dire que ceux à qui elle s'adresse sont tenus d'y obéir et peuvent être contraints de le faire par une volonté supérieure à la leur.

Sans doute il n'en est pas des lois civiles comme des lois physiques auxquelles nous n'avons pas la possibilité de nous soustraire. L'homme peut se soustraire à l'application des règles juridiques, mais les manquements dont il se rend coupable à cet égard peuvent être l'objet d'une sanction sociale.

Les deux catégories de règles juridiques

Dire que les règles juridiques sont obligatoires, cela ne signifie pas d'ailleurs que les simples particuliers n'aient jamais la possibilité de se soustraire volontairement à l'application de la loi, d'y déroger dans leurs conventions. Il est, en effet, deux catégories de règles juridiques.

a) Règles impératives, d'ordre public auxquelles les particuliers ne peuvent déroger.

a, Il est des cas dans lesquels la règle juridique ne souffre aucune espèce de dérogation, alors même que des intérêts particuliers se trouveraient gravement lésés par l'application de la loi. Il en est ainsi toutes les fois que l'intérêt général, l'ordre public, est intéressé au premier chef à l'observation de telles règles. Nous trouvons, en effet, dans le Code civil un texte, l'article 6, qui dit qu'on ne peut déroger par convention aux lois qui intéressent l'ordre public. En pareil cas la loi est impérative, elle doit être

Source : BIU Cujas

observée bon gré mal gré. Exemple: la loi qui fixe la majorité à 21 ans; c'est là une règle absolue à laquelle aucune convention ne peut déroger. Autre exemple, dans notre droit, un père doit une pension alimentaire à son enfant dans le besoin, et réciproquement l'enfant doit des aliments, une pension alimentaire, à ses père et mère qui se trouvent dans le besoin, c'est là une règle impérative, d'ordre public, parce que l'intérêt général exige qu'une assistance soit donnée entre membres d'une même famille, et en tout cas entre personnes unies par un lien de parenté très proche comme le sont les ascendants et les descendants. C'est là une règle d'ordre public à laquelle on ne peut en aucune façon se soustraire; un père ne peut par convention renoncer à demander une pension alimentaire à son enfant pour le cas où il serait dans le besoin.

b) Règles interprétatives ou supplétives auxquelles les particuliers peuvent déroger

b) Mais dans un grand nombre d'autres cas, et toutes les fois qu'il s'agit d'intérêts purement privés, le droit n'intervient en quelque sorte que pour imprimer une direction à la volonté des personnes intéressées, pour suppléer cette volonté lorsque celle-ci ne s'est pas manifestée. On peut en donner maints exemples. Dans notre droit civil, lorsque deux personnes se marient, elles peuvent rédiger un contrat de mariage, mais elles n'y sont pas obligées. Si elles ne rédigent pas un contrat de mariage, la loi décide qu'elles seront mariées sous un certain régime, le régime de la communauté légale, mais ce régime, la loi ne l'impose en aucune manière aux futurs époux. Ils peuvent choisir tel autre régime et d'une façon générale règler leurs conventions pécuniaires comme il leur plaît. Voilà une loi qui est simplement supplétive ou interprétative de volonté.

On s'est demandé parfois si ces dispositions auxquelles il est permis de déroger par la convention des parties, ces dispositions de loi interprétatives ou supplétives, sont véritablement des règles de droit. Certains ont dit que ce ne sont pas de véritables règles de droit parce qu'elles n'ont pas le caractère obligatoire. Mais c'est là une erreur: il s'agit bien de règles de droit parce que la règle même supplétive, est obligatoire toutes les fois qu'il n'y est pas dérogé expressément par les personnes intéressées. Seulement ici les intérêts que la loi protège ne sont pas les mêmes que dans le cas où il s'agit d'une disposition impérative. Ici, il s'agit d'intérêts purement privés, on comprend que la loi laisse une certaine latitude aux particuliers pour régler eux-mêmes leurs intérêts, mais il s'agit bien dans l'un et l'autre cas de règles obligatoires.

Source : BIU Cujas

3 - Sanction des règles juridiques par la force publique

3 - Troisième caractère les règles juridiques sont sanctionnées par la force publique lorsqu'elles sont méconnues.

C'est là le caractère véritablement essentiel des règles juridiques, celui qui les distingue des règles de pure morale. Lorsqu'une personne a méconnu une règle lui imposant un fait ou une abstention, la force publique, représentée par les tribunaux, les huissiers, les gendarmes et tous les agents à ce préposés, peut intervenir soit d'office, soit à la demande de l'intéressé pour contraindre le récalcitrant à l'observation de la loi.

Les diverses sortes de sanctions.

La sanction peut d'ailleurs être très différente suivant les cas.

Sanction pénale

Elle peut d'abord être une sanction pénale: le voleur ou celui qui attente à la vie de son prochain est frappé d'une peine, amende, emprisonnement, etc..

Sanction civile directe ou indirecte

La sanction peut aussi être une sanction purement civile. Suivant les cas cette sanction sera directe ou indirecte. Elle est directe, par exemple si celui qui s'est indûment emparé du bien d'autrui est contraint de restituer au propriétaire les choses dont il s'est emparé. Autre exemple: un propriétaire s'est engagé vis-à-vis de son voisin à ne pas surélever un mur; méconnaissant son obligation il élève un mur à la hauteur interdite; en pareil cas, ce propriétaire peut être condamné à démolir son mur, ou en tout cas à démolir la partie surélevée; s'il ne s'exécute pas il pourra être procédé à cette démolition sous la protection des agents de la force publique, s'il est nécessaire. D'une façon générale, la sanction d'une règle juridique est directe toutes les fois qu'une personne peut être contrainte physiquement à faire ce que lui impose la loi ou à s'abstenir de ce que la loi lui défend.

Mais il est des cas où cette contrainte directe n'est pas possible. Exemple: celui qui a dérobé la chose d'autrui a détruit cette chose; il ne peut plus la restituer; il pourra être condamné à payer une indemnité au propriétaire lésé. Ou bien, un acteur s'est engagé à jouer telle pièce; il se refuse pour une raison quelconque, à exécuter son engagement. On ne peut pas traîner cet acteur sur la scène et l'obliger à jouer; la contrainte directe est impossible. On usera de la contrainte indirecte sous une forme pécuniaire; on condamnera cet acteur à des dommages-intérêts envers le directeur. La sanction est indirecte; l'une des formes les plus connues est la saisie des biens.

Donc, toute règle juridique suppose une contrain

Source : BIU Cujas

possible, contrainte directe ou contrainte indirecte.

Nul ne peut se faire justice à lui-même

Mais c'est un principe général, un principe d'ordre public dans nos sociétés modernes que celui dont le droit est lésé par un autre ne peut pas se faire justice à lui-même. Le créancier ne peut pas de sa propre autorité s'emparer des biens du débiteur. La personne lésée dans ses droits doit s'adresser aux tribunaux, à l'une des autorités préposées à cet effet, notamment aux tribunaux; elle obtiendra une condamnation qui ensuite pourra être mise à exécution par la force publique.

Les conditions de l'ordre juridique - Quid du droit international?

On a pu dire qu'il n'y a d'ordre juridique parfait que lorsque les trois conditions suivantes sont réunies:

1°- Lorsqu'il existe une autorité supérieure aux individus chargée de dire le droit, de fixer les satisfactions, qui doivent être fournies à celui dont le droit a été méconnu.

2°- Lorsque les individus sont obligés de recourir à cette autorité lorsqu'ils ne s'arrangent pas à l'amiable.

3° - Lorsque les décisions de cette autorité peuvent être exécutées par la force publique.

Quand ces trois conditions sont réunies, l'ordre juridique est parfait.

Ces conditions sont aujourd'hui à peu près réalisées en ce qui concerne le droit interne, c'est-à-dire le droit applicable à l'intérieur d'un Etat. Mais c'est un problème fort délicat de savoir si ces conditions sont réalisées en droit international, en un mot s'il existe véritablement un droit international.

Certains auteurs, envisageant principalement le droit international, soutiennent que la possibilité d'être mises à exécution par la force publique n'est pas une des caractéristiques des règles juridiques: en un mot, il peut y avoir règle juridique alors même que sa violation n'amènerait pas nécessairement la sanction de l'autorité publique.

M. Morel croit que cette thèse n'est pas exacte. Le droit est inséparable de la contrainte, et en cela il se différencie de la pure morale; il faut rappeler ici la parole de Pascal "La justice sans la force est impuissante".

Mais que décider du droit international? Il faut considérer que le droit des gens est à peu près inexistant. Il existe des règles de morale internationale, mais les trois conditions énumérées tout à l'heure, les trois conditions qui font que les règles de pure morale passent dans le droit, ces trois conditions ne sont pas réunies lorsqu'il s'agit du droit international: on est bien obligé malheureusement de le constater

Il n'existe pas d'autorité supérieure chargée de dire le droit en cas de conflit entre les Etats; il y a eu des tentatives; il y a la Société des Nations. Il n'y a pas non plus de gendarmerie internationale; il y a certaines juridictions internationales, mais auxquelles les parties ne sont jamais obligées de recourir. Certains traités y obligent, mais lorsqu'il s'agit de questions jugées vitales pour un Etat, celui-ci s'empresse de ne pas respecter la convention qui l'oblige à saisir telle juridiction internationale. Enfin, à supposer que la cour internationale puisse rendre une sentence, il n'y a pas de gendarmerie internationale qui puisse en assurer l'exécution. C'est une constatation désespérante mais il faut bien constater que le droit international n'existe qu'à l'état embryonnaire.

Le droit facteur indispensable de la vie sociale.

Tels sont les caractères des règles juridiques. Le droit est indispensable à toute société, même primitive, et son rôle grandit à mesure que la civilisation se développe. En effet, à mesure qu'on avance dans la civilisation les besoins des hommes s'accroissent, se compliquent, pour y donner satisfaction une activité plus grande est nécessaire.

Chez les peuples primitifs, chaque famille subvient généralement à ses besoins. C'est la période de l'économie familiale; les relations juridiques sont peu nombreuses.

Au contraire, lorsque la civilisation se développe que les besoins s'accroissent, on entre dans l'ère de la grande production. Ni les individus, ni les groupes familiaux ne peuvent plus se suffire à eux-mêmes. On assiste alors au phénomène bien connu des économistes et des sociologues; la division du travail. Les professions se spécialisent et dès lors tous les individus qui exercent des professions distinctes sont nécessairement amenés à entrer en rapports les uns avec les autres pour échanger leurs produits, leurs services, contre les produits ou les services de leurs semblables. C'est la période que les économistes appellent la période de l'échange. Les opérations d'échange prennent en droit des appellations différentes, mais le type le plus connu, le plus fréquent, c'est l'achat et la vente.

Ici apparaît la nécessité du droit, qui intervient pour assurer l'exécution loyale des conventions, pour maintenir un juste équilibre entre les co-échangistes, pour éviter qu'une certaine catégorie de producteurs n'opprime les autres.

Le droit par conséquent est un facteur indispensable à la vie sociale. On peut dire que notre vie

Source : BIU Cujas

sociale est tout imprégnée du Droit, depuis les actes les plus ordinaires, depuis l'acte de la ménagère qui chaque jour fait ses provisions, jusqu'aux contrats passés par les grandes entreprises industrielles ou commerciales, nous vivons, peut-on dire, dans une atmosphère juridique. Par exemple, j'ai loué un appartement, je suis entré en rapports juridiques avec le propriétaire; ce propriétaire quand il a acheté la maison a fait un acte juridique; s'il a fait construire la maison, il a passé des actes juridiques avec des entrepreneurs, qui eux-mêmes ont passé des actes juridiques avec les ouvriers qui ont construit la maison. Nous vivons dans une atmosphère juridique, et sans même nous en apercevoir, de même que nous respirons l'air atmosphérique; il faut que cet air soit vicié ou vienne à faire défaut pour que nous nous apercevions qu'il est nécessaire à notre existence.

On se représente souvent le droit sous la forme de procès, de litiges à résoudre, ou d'actes passés chez les officiers publics. Or, ce sont là des situations tout à fait exceptionnelles. L'immense majorité des actes juridiques a lieu sans qu'il soit nécessaire de recourir au notaire; et dans l'immense majorité des cas les relations juridiques se développent pacifiquement, chacun exécutant ses obligations sans qu'il y ait un procès.

Finalement, le droit nous apparaît comme un agent destiné à faire règner l'ordre dans la société. C'est aussi un agent de prospérité, parce que là où le droit s'applique règnent la paix matérielle et la paix morale; la paix matérielle en ce sens que les dettes sont payées, que les propriétés sont respectées, et la paix morale en ce sens que chacun étant sûr du lendemain les transactions seront facilitées.

Au contraire, là où le Droit ne s'applique plus, là où il subit une éclipse, règnent l'incertitude, l'indiscipline, l'insécurité, c'est comme une maladie du corps social.

Maintenant que nous connaissons les caractères propres des règles juridiques, nous sommes mieux placés pour les comparer aux autres préceptes qui tendent eux aussi à régir la conduite des hommes vivant en société, en particulier les règles de la Morale. Nous allons tenter une comparaison entre les règles de la Morale et les règles du Droit, et ceci nous amènera à traiter sommairement d'un problème qui est fort discuté depuis des siècles; c'est le problème connu sous le nom de Problème du droit naturel.

Source : BIU Cujas

B - Comparaison entre les règles juridiques et les règles de la morale sociale.

Exclusion des règles religieuses.

Il est une catégorie de règles qui exercent une influence décisive sur la conduite des hommes vivant en société ou de certains d'entre eux tout au moins: ce sont les règles de la religion. On a dit: en effet, que la religion, la morale et le droit sont les forces normatives de la vie sociale, en ce sens qu'elles imposent à l'homme des règles de conduite destinées à maintenir l'ordre dans la société. Seulement au point de vue qui nous occupe les règles de la religion ne diffèrent pas de celles de la morale en ce sens que dans nos sociétés modernes l'observation des règles religieuses n'est pas imposée par la puissance publique.

Il en est autrement dans les sociétés primitives, où l'ordonnance de la vie sociale est purement religieuse, où les règles juridiques se confondent avec les préceptes de la religion.

Aujourd'hui les règles de la religion sont des règles de morale comportant des sanctions supra-terrestres, mais dont l'observation n'est pas imposée par l'autorité publique. Ce n'est pas à dire que les règles de la religion ne prennent pas parfois le caractère de règles juridiques. Par exemple, sous la Restauration, et avant, sous l'ancien régime, l'obligation juridique du repos du dimanche a été imposée par l'autorité publique dans le but de sanctionner d'une manière plus efficace un précepte religieux.

D'autre part, il faut bien considérer que toute religion comporte généralement une certaine organisation, un plus ou moins grand nombre de fidèles ou de ministres du culte. Or, cette organisation, comme tout groupement humain, suppose essentiellement, elle aussi, l'existence de règles auxquelles ministres du culte et fidèles sont assujettis; ces règles prennent un caractère juridique en ce sens qu'elles sont assorties de sanctions prononcées, non pas par l'autorité publique, mais par l'autorité religieuse. L'exemple le plus frappant c'est celui du Droit canonique, qui est véritablement un corps de règles juridiques, imposant des droits et des devoirs aux ministres du culte et aux fidèles dans le sein de l'Eglise catholique. Ces règles comportent des sanctions, sanctions fulminées par l'autorité ecclésiastique, sanctions auxquelles certainement le pouvoir social n'apporte pas l'assistance du bras séculier, mais sanctions néanmoins et sanctions qui sont quelquefois fort graves. Cela

Source : BIU Cujas

montre que tout groupe social doué d'une certaine vitalité suppose une organisation et partant l'existence de règles juridiques destinées à maintenir l'ordre dans ce groupe.

Laissons donc de côté les règles de la religion et bornons-nous à l'examen des règles de pure morale.

Faisons une comparaison. Le Droit et la Morale diffèrent l'un de l'autre soit quant à leur domaine, soit quant à leurs sanctions.

1-Différence entre le Droit et la Morale au point de vue de l'étendue de leur domaine.

1 - Le Droit et la Morale diffèrent l'un de l'autre quant à leur domaine. Ce n'est pas à dire que ces deux ordres de discipline, Morale et Droit, ont un champ d'action absolument distinct. Le droit en effet a sa base dans la morale, tous deux tendent à réaliser le bien dans l'humanité, quoique par des moyens différents. Mais le domaine de la Morale est, dans une certaine mesure, plus large que celui du Droit, et nous verrons qu'à un certain point de vue le domaine du Droit déborde celui de la Morale. Les deux ordres de discipline ne se superposent pas exactement.

Toute règle morale n'est pas sanctionnée par le Droit.

Le Droit consacre sans doute un grand nombre de préceptes de la Morale: par exemple, le respect de la vie et des biens d'autrui, le devoir pour les parents de nourrir et d'élever leurs enfants, le respect de la parole donnée. Mais le Droit n'impose pas l'observation de tous les préceptes de la Morale. La Morale ordonne au frère de venir en aide à ses frères et soeurs; le Droit se désintéresse de la question.

Pourquoi cette différence? C'est que le Droit a un but plus immédiatement utilitaire que la Morale. La Morale, même sociale, poursuit avant tout le développement des qualités intérieures de l'homme; elle veut faire de chaque individu un homme de bien. Le Droit ne s'occupe guère des qualités intérieures; le for de la conscience lui échappe complètement. Il en tient compte dans une certaine mesure; nous constaterons que le Droit tient compte de la fraude, de la bonne foi, de l'ignorance; parfois il exige le respect, l'obéissance. Mais il ne s'attache à ces états d'esprit ou à ces sentiments qu'en tant qu'ils se manifestent par des signes extérieurs; l'intimité des consciences lui échappe.

Le Droit ne s'attache pas à développer les qualités internes. Il s'occupe des activités extérieures pour les réfreiner, afin de faire règner l'ordre dans la société. Ainsi s'explique que parmi les préceptes de la Morale le Droit établisse une sorte de hiérarchie, qu'il accorde sa sanction à ceux de ces préceptes dont l'inobservation risquerait d'entraîner des

Source : BIU Cujas

troubles dans la société et qu'il ne s'inquiète pas de certaines règles de Morale jugées moins importantes au point de vue utilitaire auquel il se place. Donc, sur ce point, la Morale a un champ d'action beaucoup plus vaste que le droit.

Certaines règles de droit sont indifférentes au point de vue de la morale

Mais, d'autre part, un grand nombre de règles de droit sont moralement indifférentes. C'est le cas des règles de pure organisation technique. Par exemple, la loi exige que certaines mutations immobilières, par exemple, les ventes d'immeubles, soient l'objet d'une publicité, pour renseigner les tiers. A la base de cette disposition existe une règle de Morale: il faut donner la sécurité, il faut empêcher les tromperies, les fraudes. Mais comment cette publicité sera-t-elle réalisée? Dans certains pays elle sera réalisée par la voie des livres fonciers; dans d'autres pays d'une autre manière. La question au point de vue de la morale n'a pas une très grande importance.

2- Différence au point de vue de la sanction

2 - En second lieu, le Droit et la morale diffèrent quant à leurs sanctions. Nous savons que les règles de droit sont susceptibles d'une sanction extérieure, d'une sanction coercitive émanant de l'autorité publique; la force publique n'intervient pas pour faire observer des règles morales. Ce n'est pas à dire que la Morale soit dépourvue de sanctions; l'inobservation grave des règles morales peut entraîner pour une personne le blâme de ses concitoyens, l'exclusion de certains groupements, même la perte d'une place. Ce sont des sanctions qui peuvent être fort graves à la vérité, mais auxquelles le pouvoir social reste étranger.

Le problème du fondement du Droit.

Et maintenant que nous savons en quoi les règles juridiques et les règles morales diffèrent l'une de l'autre, nous allons nous demander s'il existe entre elles une véritable cloison infranchissable. M. Morel considère que les règles du Droit positif sont déterminées et orientées par celles de la Morale. Mais la question est particulièrement délicate; elle revient à se demander quel est le fondement du Droit; c'est le problème que l'on étudie souvent sous l'appellation de : Problème du Droit naturel. C'est une question sur laquelle on a beaucoup écrit autrefois, et encore, de nos jours, la littérature est fort abondante sur ce problème et les avis sont bien divergents.

Source : BIU Cujas

Problème du Droit naturel

L'importance du problème du droit naturel

Voyons comment se pose le problème du Droit naturel. On se demande si, à côté et au-dessus du droit positif qui est le droit applicable dans un Etat donné, il existe un droit supérieur pré-existant à toutes les législations, immuable; s'il existe, en un mot, un corps de principes constants et immuables, éternels, qui devrait être le guide du législateur et qui lui imposerait ses préceptes. Ce corps de principes immuables, c'est le droit naturel, ce sont les grands principes de justice et d'équité.

sur le terrain du droit interne au point de vue du législateur et du juge - au point de vue du respect de la loi.

Existe-t-il de grands principes de justice et d'équité qui dominent le genre humain et dont l'observation s'impose au législateur? Ce n'est pas un problème de pure spéculation; suivant le point de vue qu'on adopte sur cette question, les conséquences pratiques peuvent être entièrement différentes.

En effet, s'il existe un droit naturel, des principes éternels de justice, supérieurs aux législations positives, des prescriptions qui s'imposent à tous et principalement au législateur, celui-ci n'a pas le droit de les méconnaître sans se mettre en contradiction avec la nature des choses. Ces préceptes du droit naturel vont s'imposer aussi aux juges. Nous verrons, en effet, que la législation positive est loin de résoudre toutes les questions. Dès lors, les juges, en présence d'une difficulté pour laquelle les dispositions de la loi ne lui fournissent aucun élément de solution, seront fondés à rechercher ces solutions dans les données du droit naturel, dans un idéal de justice et d'équité.

S'il existe un droit naturel, s'il existe des principes supérieurs aux législations positives, quelle peut être l'attitude des juges, et d'une façon générale des citoyens, en présence d'une disposition par laquelle le législateur méconnaîtrait ouvertement ces principes de justice et d'équité? Les juges devraient-ils refuser d'appliquer la loi, sous prétexte qu'elle est contraire à la Justice, contraire au Droit naturel? Les citoyens pourraient-ils refuser de s'y soumettre? C'est un grave problème que celui de la résistance à la loi, problème qui s'est posé de tout temps, qui est susceptible de se poser encore aujourd'hui. C'est un des aspects du conflit entre la conscience et la loi. On veut porter atteinte à la liberté de pensée; on veut

Source : BIU Cujas

porter atteinte à la liberté de croire, imposer un Credo en matière religieuse ou politique, est-ce contraire au droit naturel? ou bien, s'il n'y a pas de droit naturel, il faut conclure que le législateur est omnipotent.

Peut-on, s'il y a un droit naturel, résister à la loi qui méconnaît les droits les plus élémentaires de l'humanité? Grave problème, encore une fois, parce que nous sommes ici en présence d'un double danger. Si l'on admet l'omnipotence du législateur, on aboutit à la tyrannie; par ailleurs si l'on admet la possibilité de résister à la loi, cette désobéissance peut conduire tout simplement à l'anarchie.

sur le terrain du droit international

Ce problème dont nous venons de constater l'importance, lorsqu'il se pose dans les limites d'un Etat, prend une acuité particulière dans le domaine international, dans les rapports des Etats entre eux. Nous avons vu que le droit positif international se réduit à fort peu de chose; les conventions internationales ne sont pas toujours respectées, car personne, à moins d'avoir la force pour soi, n'est en état de les faire respecter; il n'y a ni tribunaux, ni gendarmes qui véritablement soient en état de les faire respecter.

Par conséquent, s'il n'y a pas de principes supérieurs de justice internationale, principes qui s'imposent aux gouvernements et aux peuples, chaque nation se décidera arbitrairement suivant ses intérêts, et ce sera alors le régime de la force.

Existe-t-il des principes supérieurs aux législations positives en droit national ou international? Existe-t-il un Droit naturel?

Sur ce problème, les avis sont complètement divergents,

1 - Doctrines rejetant l'existence du droit naturel.

1 - Voyons d'abord les doctrines qui rejettent la conception du droit naturel; il y en a plusieurs. Voici les principales:

a)L'Ecole historique: le droit produit de la conscience populaire

a) D'abord, l'Ecole historique, dont les promoteurs sont des jurisconsultes allemands du début du XIXème siècle, notamment Savigny. Ces jurisconsultes se réclamaient d'ailleurs de Montesquieu, mais Montesquieu n'a jamais nié l'existence du droit naturel. Pour cette Ecole, le droit est issu de la conscience populaire; ce n'est pas une création arbitraire du législateur le législateur ne fait que constater les données qui sont issues de la conscience populaire.

Le droit d'un peuple se développe à travers l'histoire suivant des règles inéluctables et auxquelles la volonté humaine n'a aucune part; doctrine mystique

Source : BIU Cujas

et fataliste; le droit est issu de la conscience populaire, comme cette conscience populaire varie suivant les nations, suivant les races, il n'existe pas de principes immuables, de principes éternels là où il n'y a que contingence et variété. Chaque peuple a son droit positif qu'il crée lui-même, mais le droit qui convient à l'un ne convient pas à l'autre; il n'y a pas de principes naturels. C'est la doctrine de l'Ecole historique.

b)La doctrine nationale-socialiste : le droit produit de l'esprit du peuple

b) La doctrine du droit allemand actuel ne diffère guère de celle-là. Cette doctrine actuelle est fort difficile à connaître; elle est en voie d'élaboration et n'est pas claire. Il semble que la doctrine national-socialiste est à peu près la même doctrine que celle de l'Ecole historique, à cela près que l'on a remplacé la "conscience populaire " par l'"esprit du peuple", ce qui paraît être à peu près la même chose. Mais pas plus de droit naturel dans cette doctrine que dans celle de l'Ecole historique. Le législateur doit s'inspirer des données de l'esprit du peuple, mais ces données varient suivant les peuples, suivant les races, et par conséquent il est des peuples qui sont d'une race supérieure et dont le droit ne peut pas convenir à des peuples de race inférieure.

Ici, par conséquent, pas de principes éternels, pas de principes immuables semble-t-il tout au moins.

c)L'Ecole utilitaire: le Droit, produit de l' intérêt

c) Chimère aussi que le droit naturel, nous dit une autre Ecole: l'Ecole utilitaire dont les représentants les plus illustres sont des Anglais. Pour cette Ecole, le principe qui guide le monde, qui sert de criterium à la valeur de nos actions, c'est le principe de l'utilité ou de l'intéret. C'est l'intérêt qui domine la morale et le droit, intérêt individuel, disent les uns, intérêt général, disent les autres.

Partir du point de vue de l'intérêt général, dire qu'il doit être le guide de nos actions, le guide du législateur, c'est se rapprocher déjà singulièrement de la conception du droit naturel. Mais malgré tout, l'intérêt, l'utilité, c'est une conception empirique; l'intérêt n'est pas quelque chose de transcendant, c'est au contraire quelque chose de très contingent, de très variable suivant les espèces, suivant les circonstances. L'intérêt peut nous conduire à des solutions équitables; il peut nous mener aussi à de véritables iniquités.

d)L'Ecole sociologique- la méthode scientifique - la recher-

d) Chimère encore que le droit naturel pour une autre Ecole, qui a des adeptes en France, l'Ecole positive ou sociologique. Cette Ecole répudie toute

Source : BIU Cujas

che exclusive de ce qui est.

métaphysique: elle applique aux sciences sociales, en particulier à la morale et au droit, les méthodes en usage dans les sciences naturelles; elle cherche à dégager les lois de la nature morale suivant une procédure exclusivement scientifique et positive. On ne parle plus de morale, mais de science des moeurs. De même pour le droit; il faut bannir tout principe a priori, notamment ces idées de justice, d'équité, qui sont des idées purement subjectives qui varient suivant les individus, qui n'ont de fondement que dans des raisonnements purement individuels.

Voici ce qu'écrit notamment un des adeptes de cette méthode rigoureusement scientifique; "Il n'est pas scientifique de dire: ceci est légitime. Il n'est pas scientifique de dire: ceci est illégitime. Il faut dire: voici ce qui est, et voici quels sentiments fait naître ceci qui est. Il faut montrer les choses et dans leur réalité et dans notre psychologie, les étudier en phénomènes de l'ordre moral, décrire les institutions, avoir la simplicité de les constater, renoncer à les légitimer; voilà la méthode scientifique". Donc, on n'a pas le droit de dire: ceci est juste, ou ceci est injuste; il y a ce qui est , et rien d'autre.

2- Doctrines admettant le droit naturel

2 - Doctrines favorables au droit naturel - Beaucoup de juristes et de philosophes anciens et contemporains ont proclamé, proclament encore, l'existence d'un Droit naturel supérieur à toutes les législations.

Conception exagérée de Oudot d'un droit idéal découvrable par la raison et donnant la solution de tous les problèmes juridiques.

Mais que faut-il entendre par "Droit naturel"? Ici on ne s'entend plus du tout, ou plus exactement on a gâté les choses en voulant donner au Droit naturel une portée qu'il ne peut avoir en réalité.

Selon une certaine doctrine, qui ne remonte pas au-delà des XVIIème et XVIIIème siècles, le Droit naturel serait l'ensemble des règles idéales qu'il serait souhaitable de voir transformer en lois positives. C'est la définition qu'a donné un auteur,Oudot. Règles idéales qui sont universelles, immuables, vraies en tout temps et en tous lieux. Pour les découvrir, il suffirait à l'homme de faire appel à la raison. Le Droit naturel constituerait dans cette doctrine un véritable corps de droit tout entier; il pourrait nous fournir la solution de tous les problèmes juridiques. Ce serait une sorte de patron sur lequel le législateur devrait tailler les institutions juridiques positives. Il n'est pas de problème, si infime soit-il, qui ne puisse recevoir une solution en droit naturel. Alors, rien de plus facile que de comparer le droit naturel et le droit positif, pour voir si le droit positif est conforme au droit naturel.

Source : BIU Cujas

Cette doctrine est tout à fait fausse, et c'est avec raison que l'Ecole historique s'est insurgée contre une pareille conception, qui méconnaît complètement le caractère relatif et contingent des règles du droit positif.

Les règles du Droit, nous l'avons vu, ont pour but de faire règner l'ordre dans la Société, en s'inspirant des intérêts de l'homme et de la société. Or, les nécessités auxquelles répond le droit sont essentiellement variables suivant les temps et les lieux. Il n'y a pas besoin d'avoir fait beaucoup d'études juridiques pour savoir que le droit a évolué, que le droit actuel de la France n'est pas celui qui existait il y a cent ou deux cents ans; pour savoir aussi que les législations varient suivant les pays et que même parfois à l'intérieur d'un même pays il existe plusieurs législations. Donc le droit positif apparaît bien comme quelque chose de tout à fait variable. Or, s'il existait un droit naturel universel, comment expliquer que depuis que l'humanité existe les législations positives n'aient pas trouvé le moyen de s'adapter à ces règles de droit naturel?

Par conséquent, le droit naturel tel qu'il est conçu comme un corps de droit tout entier, ce droit naturel paraît bien une chimère.

Mais alors, faut-il nier l'existence de ces grands principes du droit naturel, de ces grands principes de justice et d'équité?

Nullement; mais, il faut ramener le Droit naturel, la justice, à ses justes proportions.

Ce qu'est le droit naturel: quelques principes de morale universelle servant de directives au législateur.

Le droit naturel, c'est un idéal de justice qui peut se ramener à un petit nombre de préceptes; ces préceptes généraux ce sont des préceptes de morale. En réalité, ce qu'on appelle droit naturel n'est autre chose que la morale; mais pas n'importe quelle morale. Il faut ici encore distinguer: la morale naturelle et les morales positives. Chaque peuple a aussi sa morale qui peut lui convenir, mais au-dessus de toutes les morales, au-dessus de toutes les législations, il y a des principes de morale naturelle qui doivent alimenter aussi bien les morales positives que les législations.

Ce sont ces grands principes qui nous apparaissent universels et immuables parce que nous les trouvons formulés dès la plus haute antiquité. Nous les trouvons formulés déjà par exemple dans le Livre des Morts des Egyptiens. Ilssont formulés dans le Décalogue ils sont à la base de la morale chrétienne. Nous les trouvons formulés dans les plus anciennes philosophies des religions de l'Asie. Les philosophes anciens

Source : BIU Cujas

faisaient déjà allusion, Platon, Aristote, Cicéron, Cicéron invoque cette loi morale constante, éternelle, dont l'homme ne peut se passer et qu'il ne peut méconnaître sans méconnaître sa propre nature. C'est ce droit naturel que Sophocle, dans la tragédie d'Antigone, oppose aux lois humaines; il oppose aux lois humaines "les décrets divins qui, de mémoire d'homme, ont toujours été en vigueur: nul ne sait d'où ils viennent, ni de quand ils datent".

Ce sont ces grands principes de la morale universelle qui, pour nous, constituent le droit naturel, mais ces principes ne constituent pas à eux seuls un corps de droit tout entier, ils ne sont pas aptes à résoudre toutes les questions qui peuvent se poser en pratique; ces principes sont en petit nombre, ils constituent des directives générales, qui s'imposeront au législateur mais que ce dernier devra accommoder aux nécessités de la société pour laquelle il légifère.

Ces principes sont peu nombreux. Voici notamment ce qu'écrit un civiliste contemporain, M.Planiol: "Les principes du droit naturel sont en très petit nombre; ils se réduisent à quelques notions élémentaires. Quand on a dit que le législateur doit assurer la vie et la liberté des hommes, protéger leur travail et leurs biens, réprimer les écarts dangereux pour l'ordre social et moral, reconnaître aux époux et aux parents des droits et des devoirs réciproques, on est encore loin d'avoir fondé une législation, mais on est bien près d'avoir épuisé les préceptes de la loi naturelle".

Cependant, il convient tout de même d'apporter une précision à la thèse que nous venons de soutenir: quel est donc cet idéal qui doit guider le législateur? Il se réduit à quelques notions élémentaires: assurer la vie et la liberté des hommes, protéger leur travail, etc...Tout cela peut se formuler dans une seule formule: cet idéal, c'est d'assurer à tout homme le libre exercice et le libre développement de ses facultés, à la condition que cette liberté soit compatible avec l'existence de la société à laquelle cet homme appartient.

Le Droit naturel et le problème des relations de l'individu et de la société

Les deux conceptions extrêmes

On voit tout de suite le problème aigu qui se cache derrière toute cette question du droit naturel: c'est celui des rapports de l'individu et de la société.

Pour certains, l'individu n'est rien, et c'est la société qui est tout; l'individu n'a de droits que ceux que la société veut bien lui concéder et qu'elle peut lui retirer à son gré; c'est la théorie de l'omnipotence de l'Etat, théorie chère aux Allemands et qui a atteint son paroxysme en quelque sorte dans la

Source : BIU Cujas

philosophie hégélienne. Voici ce qu'écrit Hegel: "L'Etat est la puissance absolue sur la terre; il a donc tout pouvoir et tout droit, et on ne saurait concevoir sans contradiction aucun pouvoir et aucun droit en dehors de lui. Nous n'exagérons donc pas en disant que l'Etat est dieu ; l'Etat est la volonté divine rendue sensible, c'est l'esprit divin se développant sous une forme concrète".

La doctrine nationale-socialiste actuelle ne fait guère que reproduire à peu de chose près cette doctrine, en substituant l'esprit du peuple à la conscience populaire, la race à l'Etat.

Cette doctrine est la négation même de toute espèce de droit naturel; c'est la négation de toute justice. Elle laisse l'individu entièrement désarmé contre l'omnipotence de l'Etat, qui est le maître de sa conscience et de sa vie. Sans doute certains juristes allemands nous parlent de l'"auto-limitation de l'Etat". Il appartient, disent-ils, à l'Etat omnipotent de limiter lui-même ses pouvoirs, d'accorder certains droits aux individus. Mais quelle sera la limite de cette auto-limitation? On ne l'indique pas.

Est-ce à dire maintenant que nous sommes partisan du système qui a été soutenu par certaines Ecoles individualistes du XVIIIème siècle? Non, car il serait également excessif de sacrifier la société à l'individu. La société, elle aussi, est un fait naturel, aussi naturel que l'existence humaine, parce que l'homme ne peut vivre et prospérer sans la société; elle est le milieu nécessaire à sa vie intellectuelle, morale et matérielle. Par conséquent, l'individualisme poussé jusqu'à ses extrêmes limites, cet individualisme qui consiste à dire que toute législation est mauvaise, que tout ce qui n'est pas défendu par la loi est permis, cet individualisme-là, on ne peut l'admettre. Il faut faire leur part respective à l'individu et à la société.

Les droits primordiaux de l'individu et les limites qu'ils comportent.

L'être humain, qui n'est pas un moyen, qui est une fin en soi, a certainement des droits primordiaux qu'on ne peut méconnaître sans violer l'esprit de justice. La société doit assurer à l'homme le libre usage de ses facultés; elle doit lui permettre non seulement de conserver son existence physique, mais de développer ses facultés morales, et pour cela l'homme doit jouir d'une certaine liberté: liberté physique, liberté de penser, liberté de travailler, de choisir sa profession, liberté d'exprimer sa pensée, liberté de choisir son domicile, liberté de s'approprier certains objets du monde extérieur qui lui permettront

Source : BIU Cujas

de vivre et de travailler. Ce sont des droits primordiaux.

Mais ces droits trouvent d'abord leurs limites en chacun de nous dans l'existence des droits de nos semblables. Si nous avons le droit à la liberté, ce droit nous ne pouvons l'exercer qu'à la condition de ne pas porter atteinte à la liberté des autres, si bien que l'on a pu dire que le droit c'est l'harmonie des libertés.

Il faut aussi tenir compte des droits de la société. Et voilà pourquoi dans la formule que nous proposions tout àl'heure nous disions: l'homme ne jouit des libertés auxquelles il a droit naturellement qu'à la condition que cette liberté ne soit pas de nature à compromettre l'existence de la société à laquelle il appartient. La société a donc des droits vis-à-vis de lui; elle a le droit de nous demander certains sacrifices, elle a le droit de nous demander de sacrifier certaines de nos libertés et même notre vie.

Le droit naturel et la diversité des législations.

Dès lors, si l'on admet cette théorie, si l'on réduit en somme le Droit naturel à l'existence d'un certain nombre de principes qui servent uniquement de directives au législateur, on résout la contradiction apparente qui a mis à la torture certains esprits: comment expliquer la diversité des législations.? Il faut répondre que la variété des législations ne contredit nullement la thèse du droit naturel, la thèse de la loi morale universelle. Encore une fois, le droit naturel ne comprend que des règles élémentaires et il reste au législateur à faire passer ces principes dans le droit positif , à les adapter au droit positif. Or, l'humanité, si elle a une nature universelle et permanente, qui se caractérise précisément par ces principes de morale universelle que l'on connaît depuis la plus haute antiquité, l'humanité se diversifie aussi selon les milieux, les époques et les individus, Mais alors ce qui change, ce n'est pas la justice mais ce sont les moyens de la règler.

Il faut reconnaître d'ailleurs qu'à certaines époques de la vie d'un peuple lalégislation, ou plus exactement certaines parties de la législation, peuvent être en désaccord profond avec le droit naturel. Cela se produit sous l'influence de passions basses ou désordonnées, ou quelquefois sous l'influence d'une nécessité vitale pour la nation. Il y a parfois un profond désaccord entre la législation positive et le droit naturel. Il n'est pas de peuple dont l'histoire ne présente une ou plusieurs périodes de ce genre. Seulement, ce n'est pas une raison pour désespérer du sentiment de la Justice; le sentiment de la Justice

Source : BIU Cujas

n'est obscurci que momentanément; l'éclipse de la loi morale n'est que passagère.

L'appui mutuel du droit et de la morale comme base de la vie sociale

De cette discussion, tirons cette conclusion que, loin d'être entièrement séparés, la morale et le droit entremêlent leur action; bien que répondant à des notions différentes, les deux catégories de règles, les règles morales et les règles juridiques se fondent dans la même unité d'action, et cela répond à l'unité de l'esprit humain. En un mot, la morale et le droit doivent se prêter un mutuel appui. Sans leur réunion aucune vie individuelle ou sociale ne serait possible, ni tolérable.

Imaginez un homme qui règlerait sa vie suivant les seules règles du droit, sans s'inspirer de celles de la morale, un homme qui ne connaîtrait que son droit; cet individu serait un être intolérable. L'application stricte du droit risque d'aboutir d'ailleurs à de cruelles injustices si elle n'est tempérée par l'observation des règles morales. "Sommum jus, summa injuria", on le dit souvent, et c'est vrai. Le droit est insuffisant à lui seul comme règle de vie.

Mais, à l'inverse, il n'est pas possible de résoudre tous les problèmes de la vie individuelle et sociale en recourant à la seule morale. Evidemment, des êtres supérieurs peuvent y arriver, mais pour le commun c'est impossible. Il y a de grandes règles morales: l'amour du prochain, le pardon des offenses. C'est une grande règle morale que de pardonner les offenses, mais encore deviendrait-elle socialement nuisible si elle nous conduisait à renoncer aux prérogatives qui seules permettent le développement de notre personnalité, et surtout si elle nous empêchait de défendre nos semblables contre d'injustes entreprises lorsque nous avons la possibilité de les défendre.

Par conséquent, si le Droit ne peut pas se passer de la morale, pratiquement la morale est impuissante si elle ne reçoit l'appui du droit. Les deux grandes règles d'action doivent se prêter un mutuel appui.

Source : BIU Cujas

L E D R O I T C I V I L

Préliminaires

1) Place du Droit civil dans l'ensemble des sciences juridiques.
2) Vue générale des matières qui composent le Droit civil.
3) Les sources du Droit civil.

1 - PLACE DU DROIT CIVIL DANS L'ENSEMBLE DES SCIENCES JURIDIQUES

Dans un but de clarté et de méthode, on s'est depuis longtemps efforcé d'établir une classification entre les matières qui font l'objet de la science du droit. Les classifications aident notre esprit à comprendre les choses, mais ce sont des procédés logique auxquels il ne faut pas attacher une valeur absolue. Calssifier, cela permet de clarifier , mais entre les différentes matières qui font l'objet de cette classification, il n'y a pas de cloisons étanches.

Droit public et droit privé, définitions.

On a établi de longue date entre les matières juridiques une grande division, que les Romains admettaient déjà: la division entre le Droit public et le Droit privé.

On peut définir le Droit public l'ensemble des règles de droit qui s'appliquent à l'Etat considéré comme puissance publique dans ses rapports avec les particuliers, avec les citoyens. Montesquieu disait: Ce sont les règles de droit qui fixent les rapports des gouvernants et des gouvernés.

Le Droit privé, c'est l'ensemble des règles qui s'appliquent aux particuliers dans leurs rapports entre eux.

On commet parfois l'erreur suivante: certains disent: la distinction du droit public et du droit

Source : BIU Cujas

privé, revient à faire une distinction entre les matières d'intérêt général et les matières d'intérêt simplement privé. Ce n'est pas tout à fait exact, parce qu'il est des matières de Droit privé qui sont d'ordre public, qui intéressent au plus haut point la société. Par exemple, tout le droit de la famille est une matière d'intérêt public, et cependant c'est une question qui fait partie du droit civil, matière de droit privé par conséquent.

Les différentes branches du droit public

A) Dans le Droit public il faut ranger 1° le Droit constitutionnel; qui s'occupe de l'organisation de l'Etat et des pouvoirs politiques.

2°- Le droit administratif, qui est l'ensemble des règles relatives à l'organisation et au fonctionnement des services publics.

3°- Le droit pénal qui est l'ensemble des dispositions par lesquelles l'Etat réprime les actions illégales, les attentats dirigés contre la sûreté de l'Etat ou contre les individus.

4°- La Procédure pénale ou Procédure criminelle, qui détermine les mesures ayant pour objet la recherche des infractions, la poursuite et le jugement de ceux qui en sont les auteurs.

Les différentes branches du droit privé

B - Le Droit privé comprend avant tout le Droit civil, qui constitue le droit commun et qui s'est pendant longtemps complètement confondu, identifié avec le droit privé. Aujourd'hui encore on peut dire que le Droit civil est la matière fondamentale du Droit privé; il règle tous les rapports qui se forment entre les ciotyens, abstraction faite de leur profession.

Certaines parties du Droit privé se sont dégagées en quelque sorte du droit principal et ont constitué des rameaux détachés en quelque sorte du droit civil. C'est le cas notamment du Droit commercial. Ce qui caractérise ces branches qui se sont détachées du tronc du Droit civil, et notamment le Droit commercial, c'est que les règles dont il s'agit s'appliquent aux rapports résultant de l'exercice d'une profession déterminée; le droit commercial régit les rapports des commerçants et les opérations commerciales. Le droit commercial s'est formé parce que, avec le développement économique, avec la division du travail, avec la spécialisation des métiers, il s'établit des usages professionnels. Puis ces usages ont été codifiés. Ils étaient si nombreux qu'ils sont devenus un droit distinct du Droit civil.

De même aujourd'hui nous assistons à la formation d'un droit de ce genre, d'un droit professionnel également: c'est le Droit industriel et ouvrier, le droit

Source : BIU Cujas

du travail, qui a surtout pour objet de règler les rapports juridiques et économiques entre patrons d'un part, ouvriers et employés d'autre part. C'est ici encore un droit professionnel.

Seulement, le droit commercial, le droit ouvrier prennent tout de même leur sève dans les racines communes au droit privé. Le Droit civil reste le tron la partie essentielle du Droit privé, celle à laquell on recourt toutes les fois que le droit spécial, le droit professionnel, est muet. Il y a une foule de points que le droit professionnel, que le droit comme cial ou le droit ouvrier ne règlent pas; pour les régler il faut recourir au Droit civil, qui est le droit général.

Nature de la procédure civile.

Il est une matière qui chevauche tout à la fois sur le Droit public et le Droit privé: c'est la Procé dure civile, qui nous indique de quelle manière une personne peut faire respecter ses droits en recourant à la justice. Certains la font rentrer dans le Droit public, d'autres dans le Droit privé. En réalité, elle appartient à l'un et à l'autre. La Procédure ci le se rattache au Droit privé en ce qu'elle a pour objet d'assurer la protection de droits privés; si, par exemple, je suis lésé dans mon droit de propriété sur une chose, je m'adresserai au tribunal, c'est un droit privé que je défendrai; à cet égard la procédur se rattache au Droit privé. Mais les règles d'organi tion judiciaire, celles relatives à la manière de pro céder devant les tribunaux, aux formes à observer de vant les tribunaux pour obtenir satisfaction, ces règles sont des règles de droit public, parce qu'elle ont pour objet d'assurer le fonctionnement d'un grand service public, qui est le service de la Justice.

Le droit international et ses deux branches: le D.I. public et le D.I.privé.

C - Il n'a été question jusqu'ici que du droit interne: il existe aussi un Droit international, qui a trait aux rapports des Etats entre eux.

On a appliqué au Droit international la distinction ancienne du Droit public et du Droit privé. Nous avons ainsi d'une part le Droit international public ou Droit des gens, qui détermine les rapports d'Etat à Etat, droit de la paix ou droit de la guerre; et d'autre part le Droit international privé, qui a pour objet de déterminer quelle est la loi applicable dan les rapports entre particuliers de nationalité différente.

Voici un exemple des questions que soulève le Droit international privé: un étranger se trouve en France; alors que la loi française fixe la majorité à 21 ans, cet étranger appartient à une nation dont droit civil décide que la majorité sera acquise à

Source : BIU Cujas

20 ans: cet étranger a plus de 20 ans et moins de 21 ans, doit-il être considéré comme majeur en France? Faut-il lui appliquer sa loi nationale ou la loi française?

Un Anglais possède des biens en France. Il vient à décéder. Comment sera régie sa succession en ce qui concerne les biens qu'il possède en France? Sera-t-elle régie par la loi anglaise, loi nationale, ou par la loi française, qui peut être très différente au point de vue du règlement de la succession.

II - VUE GENERALE DES MATIERES QUI COMPOSENT LE DROIT CIVIL

Les matières qui composent le Droit civil peuvent être l'objet d'une première classification très générale en trois groupes:

1) Le droit de la personnalité
2) Le droit de la famille
3) Le droit du patrimoine.

A - Le droit de la personnalité

C'est le chapitre le plus court, mais celui qui doit être étudié le premier puisque les notions qu'il renferme dominent tout le Droit civil.

Définition juridique de la personne

1°- Dans le langage ordinaire, on appelle "personne" tout être humain. Dans la langue du Droit on entend par "personne" tout être capable d'avoir des droits et d'être soumis à des obligations.

Observation terminologique sur le mot droit Droit objectif et droit subjectif.

"D'avoir des droits"; ici s'impose une explication terminologique. Le mot "droit" a, en effet, plusieurs sens; c'est une infériorité du langage juridique français. Jusqu'ici nous avons considéré le Droit comme l'ensemble des préceptes qui régissent la conduite des hommes dans une société donnée: le Droit français, le Droit anglais. Comme on le dit dans le langage courant: c'est l'ensemble des lois, c'est-à-dire des règles juridiques qui s'appliquent dans un état social donné. C'est ce qu'on appelle quelquefois le Droit objectif, parce qu'il est général, impersonnel édicté pour tous.

Mais quand nous disons que la personne est tout être capable d'avoir des droits, nous employons le mot "droits" dans un autre sens. On appelle "droit" dans ce second sens la prérogative qui est accordée

Source : BIU Cujas

à une personne par la loi en vue d'obtenir la satisfaction d'un intérêt déterminé.

C'est en ce sens qu'on dit: j'ai un droit de propriété sur tel objet, un droit de créance contre telle personne; c'est une prérogative, un pouvoir que l'on a sur une chose ou à l'encontre d'une personne. Ici le droit appartient à une personne déterminée et c'est pour cela qu'on l'appelle quelquefois le droit subjectif: le droit de propriété appartient à une personne sur telle maison, sur tel objet.

La personnalité juridique. Personnes physiques et personnes morales.

Dans la langue du Droit on entend donc par "personne " tout être capable d'avoir des droits et d'assumer des obligations. La personnalité juridique, en un mot, c'est l'aptitude à être sujet de droit; par exemple à être citoyen d'un certain pays, à être créancier, à être débiteur, à être propriétaire. Le sujet de droit par excellence, c'est l'être humain. Dans notre civilisation moderne, en tous cas dans notre droit français, tout être humain est une personne au sens juridique, durant sa vie tout au moins.

Il n'en a pas toujours été ainsi. Chez les peuples primitifs, et en particulier dans les premiers temps du droit romain, il existait des êtres dénués de personnalité, à qui le Droit refusait la qualité de personnes, l'aptitude à être sujets de droits; c'étaient les esclaves, qui étaient assimilés à des choses, dont le maître était propriétaire. Aujourd'hui, au contraire; tout être humain est une personnalité douée de l'aptitude d'avoir des droits et d'assumer des obligations.

Mais à côté des êtres humains qui constituent ce que l'on appelle les "personnes physiques", le Droit reconnaît la personnalité à des groupements de personnes physiques, par exemple à une société ou à une association.

En France, il existe en effet de nombreux groupements. Les hommes n'ont pas seulement des intérêts individuels, ils ont des intérêts collectifs, des intérêts communs, et il est tout naturel qu'ils s'associent, qu'ils se réunissent pour défendre ces intérêts.

Ces groupements sont nombreux. Il y a d'abord ce groupement naturel qui est l'Etat; cet autre groupement naturel qu'est la famille; mais il y a aussi des groupements politiques, il y a aussi des groupements d'intérêts privés: une société qui a été constituée pour exploiter un commerce ou une industrie est un groupement d'individus qui ont réuni leurs activités, leurs capitaux pour cette exploitation; ou bien une association est encore un groupement: association philanthropique, association littéraire, association artistique,

Source : BIU Cujas

association sportive.

Le Droit civil, par une sorte de fiction considère, sinon tous les groupements, du moins certains d'entre eux comme constituant une personne indépendante des membres qui la composent, des individus qui en sont membres. Le groupement est considéré comme un être abstrait, doté lui aussi de l'aptitude à avoir des droits, à assumer des obligations; c'est ce que l'on exprime en Droit en disant que ce groupement est doué de la "personnalité morale". A côté des personnes physiques que sont les êtres humains, il y a des personnes morales", les groupements, qui, eux aussi, peuvent avoir des droits et être soumis à des obligations. Le groupement, la société, l'association, peuvent être créanciers, débiteurs, propriétaires.

Les groupements sont de diverses sortes. Certains appartiennent au Droit public : l'Etat d'abord, il y en a d'autres, qu'on appelle les "personnes morales publiques", ou "personnes morales administratives", la commune, le département, la colonie. Ils n'intéressent que très indirectement le Droit civil.

Mais, à côté des personnes morales publiques, il existe des personnes morales de droit privé, des sociétés commerciales ou civiles, des associations, des syndicats...

La matière des personnes morales intéresse autant le Droit public que le Droit civil: d'abord parce qu'il y a des personnes morales publiques, mais aussi parce que l'Etat - et l'Etat français en particulier - se croit tenu, pour des raisons politiques ou économiques, d'exercer une surveillance particulière sur les personnes morales d'intérêt privé, et notamment sur les associations.

Laissons de côté les personnes morales; ne nous occupons que des personnes physiques.

2°- L'être humain, en cette seule qualité, a des droits à faire valoir; c'est ce que l'on appelle les droits de la personnalité; le droit de travailler, le droit d'exprimer sa pensée, etc...ce qu'on appelle quelquefois les droits de l'homme, les droits humains.

Les éléments d'identification de l'individu : l'état

Mais la personne humaine doit surtout être considérée par le droit en tant qu'elle appartient à l'un de ces deux groupements naturels que sont d'une part la nation ou la cité, et d'autre part la famille.

La situation qu'une personne occupe dans la nation ou dans la famille constitue ce que l'on appelle son état civil. La situation d'une personne est variable suivant les cas, suivant les individus.

Envisagé dans le cadre de la nation, un individu peut avoir l'état de français ou l'état d'étranger.

Source : BIU Cujas

Dans la famille, un individu peut avoir l'état de parent, ascendant ou descendant, ou collatéral, ou encore l'état d'époux. Un enfant peut avoir l'état d'enfant légitime ou d'enfant naturel, ou d'enfant adoptif.

L'état, par conséquent, varie suivant les individus, et cela emporte des conséquences juridiques. Par exemple, au point de vue de la succession au père ou à la mère, l'enfant naturel est dans une situation inférieure à celle de l'enfant légitime.

On peut dire que l'état d'une personne est la clé de sa situation juridique: l'état permet d'identifier la personne. Une personne est de nationalité française, fils de telle et telle personne; c'est son état civil.

le nom

Il est un autre instrument d'identification des personnes qui se rattache à l'état: c'est le nom que nous portons, le nom patronymique, qui est en principe établi d'après l'état de famille; l'enfant légitime porte le nom de son père, l'enfant naturel , s'il n'a été reconnu que par sa mère, porte le nom de celle-ci.

Le domicile

Il est un autre instrument d'identification des personnes: c'est le domicile, qui est le siège de notre vie juridique, le lieu où non seulement nous sommes électeurs, où nous payons des impôts, mais le lieu où on nous fait toutes les significations qui doivent nous être adressées. Le droit civil doit déterminer le domicile d'une personne.

Les actes de l'état civil

En raison de l'importance de l'état civil, il est nécessaire de donner à toute personne le moyen de faire à tout instant la preuve de cet état. Il faut que nous puissions faire la preuve de notre identité, de notre état civil. Dans ce but, le législateur a organisé une institution officielle, l'état civil, service public chargé de dresser et de conserver les actes relatifs aux faits les plus importants de notre vie physique ou juridique.

La capacité

Toute personne est apte à être sujet de droits et d'obligations. En principe la personne peut exercer seule ses droits, exécuter seule ses obligations; la capacité est la règle. Voici une autre matière du Droit civil: la Capacité.

En principe, la capacité est la règle. Mais il est certaines personnes qui, en raison de leur âge, ou de leur état mental, ou de certaines condamnations, se voient interdire, non pas d'avoir des droits, mais de les exercer elles-mêmes. Elles ne peuvent pourvoir seules à l'administration de leurs biens en particulier: ces personnes sont frappées d'incapacité.

Les principaux incapables dans notre droit sont les mineurs, les aliénés frappés d'interdiction, les

Source : BIU Cujas

individus qui ont été l'objet de certaines condamnations pénales.

C'est au Droit civil qu'il appartient de dresser la liste des incapables et d'établir les mesures qui seront prises pour subvenir à leur incapacité. En effet, il ne peut être question de laisser en souffrance les intérêts de ces incapables. Il faut donc désigner certaines personnes ou certains organes dont la mission sera de prendre soin des intérêts des incapables.

Le problème des incapables est l'un des plus importants du Droit civil. On l'étudie d'abord à propos de la personnalité quand on veut établir la liste des incapables. Ensuite on le retrouve en étudiant le droit de la famille, parce qu'en France c'est dans le cadre même de la famille qu'est organisée la protection des incapables.

B - Le droit de la famille

Importance de cette matière en droit civil

L'organisation de la famille, les rapports que ce fait naturel fait naître entre les membres d'une même famille, c'est là une des parties importantes du Droit civil.

En effet, pour le Droit civil il s'agit de déterminer quels droits et quelles obligations peut avoir toute personne vis-à-vis des autres membres de sa famille.

Par exemple, l'état de mariage crée des devoirs et des droits entre les époux; de même il crée des rapports entre le père et la mère et leurs enfants; à leur tour, les enfants ont des rapports juridiques entre eux, notamment en tant qu'ils sont appelés à recueillir la succession de leurs père et mère.

1)La famille légitime fondée sur le mariage

1°- La famille peut être soit légitime, soit naturelle, soit adoptive. La loi a fait un statut tout à fait favorable à la famille légitime fondée sur le mariage.

Elle fixe avec beaucoup de soin les conditions dans lesquelles le mariage peut être conclu valablement. Il appartient aussi à la loi civile de fixer les conditions dans lesquelles le lien conjugal peut être rompu; ainsi, dans notre droit, le mariage n'est pas dissous uniquement par la mort de l'un des époux, il peut être dissous également par le divorce.

Le législateur a fixé encore - et cela d'une manière impérative car toutes ces dispositions sont d'ordre public, touchant de très près à l'intérêt général de la société - les droits et les devoirs que l'état de mariage fait naître entre les époux, l'obli-

Source : BIU Cujas

gation de fidélité, de secours, d'assistance.

Le problème de l'autorité maritale.

D'autre part, il est une question que le législateur doit résoudre: elle n'est pas résolue de la même manière à toutes les époques ni dans toutes les législations; c'est la situation respective du mari et de la femme. En particulier, doit-on, dans l'association conjugale, reconnaître une certaine prépondérance du mari, faire de lui, en un mot, le chef de l'association conjugale. C'est la question de la puissance ou autorité maritale. Jusqu'ici la femme était soumise à l'autorité maritale; mais une loi du 18 Février 193[illegible] a supprimé dans une large mesure cette autorité.

La situation des enfants nés du mariage. Preuve de la filiation légitime.

Mais le mariage a pour fin essentielle la propagation de l'espèce. Un ou plusieurs enfants vont naître de ce ménage. Les enfants qui sont nés de parents mariés ont la qualité d'enfants légitimes. Cette qualité n'est généralement pas contestée. En tout cas, la preuve de la qualité d'enfant légitime est généralement facile à faire; il suffira à l'enfant de présenter son acte de naissance. Il est cependant certains cas, à vrai dire exceptionnels, où il peut être nécessaire à une personne dont la qualité est incertaine de démontrer sa filiation et le caractère légitime de celle-ci. Comment fera-t-elle cette preuve? C'est ce que le Droit civil a été dans l'obligation de fixer. C'est le chapitre de la filiation qui soulève des questions assez complexes.

L'autorité paternelle

Des rapports juridiques s'établissent entre le père et la mère et leurs enfants. Les enfants doivent être nourris, soignés, élevés, éduqués, jusqu'à leur majorité. Ce sont là les devoirs primordiaux des père et mère. Pour leur permettre de s'en acquitter, la loi confère à ces père et mère certaines prérogatives, certains droits, qui constituent ce que l'on appelle la puissance paternelle.

L'obligation d'assistance dans la famille l'obligation alimentaire

Il est d'autres rapports juridiques qui naissent entre les membres d'une même famille. Parmi les obligations qui naissent des rapports de famille, la loi fait une place à part à l'obligation d'assistance. Tout d'abord les époux entre eux, et certains proches parents ou alliés, se doivent réciproquement ce qu'on appelle des aliments; par exemple, un fils ou une fille doit des aliments à son père ou à sa mère dans le besoin, et réciproquement. L'exécution de cette obligation alimentaire se traduit généralement par le versement d'une pension, d'une somme d'argent; c'est l'obligation alimentaire.

La protection des incapables et ses différentes formes

Une autre forme de l'assistance familiale, c'est la protection des incapables. Nous avons déjà vu tout

Source : BIU Cujas

l'heure qu'elle est organisée en principe dans le cadre de la famille. Si notamment un enfant mineur a des biens, c'est à son père, quelquefois à sa mère, qu'il incombe de les administrer; régime de l'administration légale.

Mais le besoin d'assistance se fait sentir d'une manière plus impérieuse lorsque l'enfant a perdu l'un de ses père et mère, et à plus forte raison lorsqu'il a perdu l'un et l'autre. La loi organise en pareil cas un régime particulier d'administration, régime particulièrement protecteur des intérêts de l'enfant: c'est la tutelle; tutelle qui comporte plusieurs organes: tuteur, subrogé tuteur, conseil de famille.

La loi prévoit aussi des mesures à prendre en faveur des membres de la famille qui seraient frappés d'aliénation ou de débilité mentale et mis ainsi hors d'état d'administrer leurs biens. Il existe dans notre droit deux régimes: celui de l'interdiction et celui du conseil judiciaire.

- La famille aturelle

2° - A côté de la famille légitime, qui a sa base dans le mariage, il existe une famille naturelle, qui repose sur l'union libre. Sans doute la loi ne reconnaît pas l'union libre; elle l'ignore, comme immorale, En principe, l'union libre ne produit aucun effet, aucun droit, aucune obligation au profit ou à la charge des pseudo-conjoints. Cependant l'union libre est un fait et la loi ne peut se désintéresser complètement d'un fait.

s enfants aturels

Malgré le silence de la loi, l'union libre produit certains effets juridiques, même dans les rapports de l'homme et de la femme qui vivent en cet état. Mais surtout la loi est obligée de tenir compte de la famille naturelle dans le cas où un ou plusieurs enfants viennent à naître de ces relations illicites. L'enfant qui naît dans ces conditions, c'est l'enfant naturel, par opposition à l'enfant légitime qui est issu de deux personnes mariées.

Deux questions doivent être résolues par le législateur en ce qui concerne les enfants naturels.

établissement e la filiation aturelle

La première question concerne la preuve de leur filiation. En ce qui concerne les enfants légitimes, nous avons vu que la preuve de leur filiation est généralement facile à faire; mais il en est tout à fait autrement de la filiation naturelle; bien souvent le père de l'enfant est ignoré, légalement; quelquefois même l'enfant n'est même pas reconnu par sa mère. Il faut permettre à l'enfant d'établir sa filiation naturelle. La preuve est évidemment différente suivant qu'il s'agit de la filiation maternelle ou de la filiation paternelle. Pendant longtemps notre législation a in-

Source : BIU Cujas

terdit la recherche de la paternité naturelle; depuis 1912 cette recherche est admise, dans des conditions restrictives.

La situation de l'enfant naturel dans la famille

La deuxième question à résoudre par le législateur civil c'est la situation qui doit être reconnue à l'enfant naturel dans la famille. L'enfant naturel aura-t-il des droits de succession vis-à-vis de ses père et mère comme l'enfant légitime, et surtout quelle situation doit être faite à l'enfant naturel lorsqu'il se trouve en conflit avec les enfants légitimes? Lorsqu'une personne a des enfants légitimes et un ou plusieurs enfants naturels, la question se pose de savoir comment sera réglée la succession, qui recueillera la succession. Exclura-t-on complètement les enfants naturels, ou leur fera-t-on une part moindre, ou les mettra-t-on sur un pied d'égalité avec les enfants légitimes?

Nous verrons que la situation de l'enfant naturel, qui était traité très durement par le Code civil, a été sensiblement améliorée depuis, sous l'influence d'une idéologie où le sentiment a plus de part assurément que le souci de protéger la famille légitime.

3-La famille adoptive

3°- Enfin, à côté de la famille légitime et de la famille naturelle, il existe une famille adoptive, qui a un caractère purement artificiel parce qu'elle résulte d'un contrat, l'adoption, par lequel une personne crée entre elle et une autre un lien de filiation purement artificiel.

C - Le droit du patrimoine

1-La notion juridique du patrimoine.

C'est la partie du droit civil de beaucoup la plus étendue.

1°- Qu'est-ce que le patrimoine? Le patrimoine, dans le sens juridique, c'est l'ensemble des biens appartenant à une personne et des obligations auxquelles elle est soumise, à condition que ces biens et ces obligations aient une valeur pécuniaire.

Le patrimoine doit être considéré au point de vue actif et au point de vue passif. Il se présente, du point de vue descriptif sous la forme d'un bilan à deux colonnes: celle de l'actif et celle du passif. A la colonne de l'actif on peut inscrire tous les droits appartenant à une personne, droits de propriété, droit de créance; à la colonne du passif on inscrira les dettes. Suivant les circonstances l'actif l'emportera sur le passif, ou inversement.

Droit de gage général des créanciers sur le patrimoine du débiteur.

La notion de patrimoine est une notion purement juridique, une notion abstraite. Le patrimoine, évidemment, n'existe pas comme une chose matérielle. Mais

Source : BIU Cujas

derrière ce concept il y a des réalités. C'est ainsi que le patrimoine d'une personne, l'ensemble de ses biens actifs, constitue, suivant le langage du Code civil et des juristes, le gage de ses créanciers. Cela veut dire que le débiteur qui ne paie pas ses dettes peut voir ses biens saisis par ses créanciers, vendus à leur requête, le prix de vente étant distribué entre les créanciers saisissants.

Cette mainmise des créanciers sur les biens du débiteur ne s'opérera pas toujours de la même manière. S'il s'agit d'un commerçant, elle donnera lieu à une liquidation collective qu'on appelle la faillite; s'il s'agir d'un non commerçant, chacun des créanciers devra agir pour son compte, pratiquer des saisies, etc...

La transmission du patrimoine aux héritiers

D'autre part, autre réalité qui se trouve derrière le patrimoine, au décès d'une personne le patrimoine du défunt est transmis à ses héritiers, actif et passif compris. En un mot, les héritiers recueillent bien l'actif, mais ils sont tenus aussi du passif, ils sont tenus de payer les dettes du défunt, du moment qu'ils acceptent la succession.

2-L'appropriation des choses matérielles; la propriété individuelle et les démembrements de la propriété.

2°- Toute la matière du droit du patrimoine est dominée par cette considération économique que l'homme est amené par les nécessités de la vie à s'approprier les choses matérielles, à les utiliser pour ses besoins et ceux de sa famille. C'est le grand fait économique qui domine tout le droit du patrimoine. Il faut, en un mot, que l'homme se procure ce qui est nécessaire à sa vie physique, nourriture, logement, vêtement, tout ce qui est nécessaire à sa vie morale et intellectuelle, et pour cela l'appropriation des choses matérielles lui est nécessaire.

En droit, on a donc été amené à admettre que chacun pourrait avoir des droits exclusifs sur les choses du monde extérieur. Ces droits sont la propriété individuelle et ce que l'on appelle en droit les démembrements de cette propriété, les servitudes et autres droits, que nous étudierons cette année.

Les droits réels.

Le droit de propriété et ses démembrements constituent ce que l'on appelle des droits réels. Pourquoi "droits réels"? Parce que leurs titulaires peuvent immédiatement et directement exercer leurs droits sur les choses qui en sont l'objet; ce sont des droits qui portent sur les choses. Je suis propriétaire de ce livre, je puis exercer directement mes droits sur cette chose, je n'ai besoin d'aucun intermédiaire. Je suis propriétaire d'une maison, je l'habite ou je la loue, je puis la transformer.

Source : BIU Cujas

C'est au Droit Civil qu'il appartient de déterminer le régime de la propriété, quelles sont les prérogatives du propriétaire. Ce droit de propriété est-il un droit absolu? Est-il soumis à certaines restrictions dans l'intérêt général?

La classification fondamentale des biens en meubles et immeubles. Caractères de cette classification

Mais le régime de la propriété tel que l'a institué le Droit civil diffère nécessairement suivant la nature physique des choses appropriées. Le Droit a été amené à classer les choses suivant leur nature physique; et ici nous faisons en particulier allusion à une distinction fondamentale, bien que quelque peu périmée aujourd'hui: c'est la distinction des meubles et des immeubles.

Tous les biens, dit un texte du Code civil, sont meubles ou immeubles; ils rentrent dans l'une ou l'autre de ces catégories.

Cette distinction est certainement fondée sur la nature physique des choses. Les immeubles sont les choses immobiles, le sol, les fonds de terre et les bâtiments, et aussi les végétaux tant qu'ils ne sont pas détachés du sol.

Tous les autres biens sont meubles; ce sont des choses mobiles, transportables. Ici, une observation terminologique: ne pas prendre le mot "meubles" dans le sens où l'entend le langage courant; évidemment les "meubles meublants", comme on les appelle parfois, sont des choses mobilières en droit, mais sont mobiliers aussi tous autres objets transportables , une voiture, un animal, un navire.

Mais le Droit civil partant d'une classification fondée sur la nature physique des choses, choses immobiles et choses transportables, a fait de cette division en meubles et immeubles une division purement artificielle. Il fait rentrer dans la catégorie des meubles tous les biens, même ceux qui ne sont pas représentés par une chose matérielle; par exemple, une créance est un meuble; les rentes sur l'Etat, les actions d'une société, les obligations émises par une ville, par un Etat ou par une société sont dans notre droit des choses mobilières (on dit les "valeurs mobilières"); ce sont des meubles en droit, et c'est très important dans différents cas, notamment lorsqu'il s'agit de déterminer le sort des biens des époux qui se marient. En effet, sous le régime de la communauté légale, les meubles qui appartiennent à un époux au jour du mariage entrent en communauté, tandis que les immeubles restent sa propriété; les valeurs mobilières qui appartiennent à l'époux entrent dans la communauté, sont indivises entre le mari et la femme.

Nous verrons également que le Code civil a soumis

Source : BIU Cujas

la richesse mobilière à des règles beaucoup moins protectrices que celles qui s'appliquent aux immeubles. Cela est une conception tout à fait archaïque, qui remonte à l'ancien droit, à l'état politique et économique de l'ancien droit. En effet, autrefois les immeubles constituaient l'élément essentiel des fortunes privées. Les fortunes étaient surtout des fortunes immobilières. D'autre part, sous le régime féodal, dont les vestiges ont subsisté jusqu'à la Révolution, la possession du sol était la source de la souveraineté. Dans l'ancienne France, les choses mobilières étaient de peu de valeur, meubles meublant, bijoux, etc.... on ne connaissait guère à ce moment là les actions, les obligations, telles que nous les possédons aujourd'hui, on disait dans l'ancien droit "Res mobilis, res vilis". Aujourd'hui, cet adage est tout à fait faux. Néanmoins, le Code civil avait conservé cet état d'esprit d'indifférence vis-à-vis des choses mobilières; il assurait d'une manière moins ferme la protection des choses mobilières appartenant à des incapables que celle des immeubles. On a dû corriger le Code civil sur ce point.

Voilà ce qu'est la propriété individuelle.

La propriété collective

A côté il existe une propriété collective. L'Etat, les grands services administratifs, communes, départements, ont un domaine privé fort important. D'autre part, les personnes morales privées, les associations, les sociétés, possèdent également des biens d'une valeur considérable, qui figurent dans le patrimoine de la personne morale.

3°- Les droits de créance

3°- Le patrimoine ne se compose pas exclusivement de droits réels, c'est-à-dire du droit de propriété et de ses démembrements. Le patrimoine comprend aussi, et pour une très grande part, des droits de créance; en un mot, à côté du droit des choses, que nous étudierons cette année, existe le droit des obligations, qui figure dans le programme de 2ème Année.

Le droit des obligations est l'une des matières les plus considérables et les plus riches en applications pratiques du Droit civil.

éfinition de 'obligation;le ontrat princi- ale source d' oligations

L'obligation est un rapport de droit qui se forme entre deux ou plusieurs personnes et qui permet à l'une d'elles, le créancier, d'exiger de l'autre, le débiteur, une certaine prestation. Par exemple, un propriétaire a vendu sa maison; l'acheteur a le droit d'exiger du vendeur qui est le débiteur, la délivrance de l'immeuble vendu; et, à l'inverse le vendeur a le droit d'exiger de l'acheteur le paiement du prix; ils sont l'un et l'autre respectivement créancier et débiteur. Il est

Source : BIU Cujas

intervenu entre ces personnes ce que l'on appelle un convention ou un contrat, qui suppose l'accord des volontés des parties.

Or, dans nos sociétés civilisées, il se conclut chaque jour une quantité énorme de contrats, portant sur les objets les plus divers, depuis l'achat de la ménagère qui fait ses provisions, jusqu'aux marchés de travaux, jusqu'aux commandes de matériel ou de marchandises, conclus entre des commerçants et des industriels et qui peuvent porter sur des millions.

L'importance du contrat dans la vie juridique et dans la vie pratique

Nous vivons dans une atmosphère juridique et l'on peut dire que le contrat c'est l'élément primordial de cette atmosphère, qu'il est l'"oxygène" de la vie juridique.

Le contrat est indispensable à notre économie moderne, En effet, dans nos sociétés civilisées, où la plupart des choses ayant une valeur pécuniaire sont appropriées, appartiennent à quelqu'un, toute personne qui veut acquérir la propriété d'une chose ou un droit réel sur cette chose doit s'adresser au propriétaire de celle-ci. Ce dernier, s'il consent à s'en dessaisir, ne consent généralement à le faire que contre une prestation, généralement une prestation pécuniaire. C'est le contrat de vente, qui est de beaucoup le plus répandu; vous passez un contrat de vente quand vous achetez votre journal.

Le contrat devient ainsi la condition préliminaire de l'acquisition de la propriété. Si nous ne pouvions pas acheter les choses dont nous avons besoin, nous serions à peu près dénués de tout. Mais ce n'est pas seulement la propriété d'une chose qu'on peut obtenir par le contrat, on peut se procurer par ce moyen simplement l'usage de cette chose, sans en devenir propriétaire. Pour me loger, je m'adresse à un propriétaire qui me loue un appartement: je n'en deviens pas propriétaire, mais j'en ai la jouissance. C'est le contrat de louage de chose, appelé aussi bail.

Ou bien, ayant besoin d'argent , je conclus un contrat de prêt avec un capitaliste qui m'avance des fonds, de ces fonds, je me servirai, mais je serai obligé de les restituer à l'échéance, ou plus exactement de restituer une somme égale.

D'autre part, et voici un autre rôle du contrat dans nos sociétés modernes, les forces humaines étant limitées, chacun de nous doit recourir à l'activité d'autrui pour augmenter ses moyens d'action sur le monde extérieur. Or, par le contrat, nous nous procurons les services d'autrui. Le maître de maison engage un domestique, l'industriel loue des ouvriers, le commerçant des employés; c'est le contrat de louage de service

Source : BIU Cujas

appelé aussi contrat de travail, ou louage de travail.

Ou encore, ne pouvant vaquer moi-même au soin de mes affaires, je charge une personne de me suppléer de passer pour mon compte, en me représentant, les actes juridiques que je puis avoir à passer. C'est encore un nouveau contrat, le contrat de mandat. Je donnerai mandat ou procuration à cette personne de me représenter dans les divers actes juridiques où je suis partie.

Le contrat a donc un champ d'application indéfini. Par le contrat on peut passer toutes sortes d'actes juridiques, même de ceux qui ne sont pas prévus par les Codes. En somme, le contrat correspond, dans notre économie moderne, à l'échange des produits et des services, c'est l'instrument de cette opération que les économistes désignent sous le nom général d'échange.

ontrats synal-
agmatiques et
ontrats unila-
éraux.

Il est créateur d'obligations, c'est-à-dire qu'il fait naître entre les parties à ce contrat des rapports de créancier et de débiteur. Très fréquemment, à la suite d'un contrat, chacune des parties est à la fois créancière et débitrice; c'est le cas de la vente, dans la vente, l'acheteur est créancier de la chose vendue, mais il est en même temps débiteur du prix, En pareil cas, on dit que le contrat est bilatéral ou synallagmatique.

Parfois, au contraire, une seule partie au contrat est engagée, joue le rôle de débitrice, on dit , en pareil cas, que le contrat est unilatéral: par exemple un prêt d'argent ; une personne m'a prêté de l'argent, elle n'est tenue d'aucune obligation à mon égard: par contre j'aurai à rembourser la somme; le contrat de prêt est un contrat unilatéral.

Il y a aussi des contrats à titre gratuit, par exemple la donation.

a loi autre
source d'obliga-
tions

Le contrat n'est pas la source unique des obligations. Le contrat suppose l'accord des volontés; on ne peut être obligé par contrat qu'autant qu'on y a consenti et donné un consentement libre, Si ce consentement n'était pas libre, s'il était entaché d'erreur, dol ou violence, le contrat serait nul. On ne peut donc être obligé par contrat que si l'on a consenti, et dans la mesure où l'on a consenti. Mais il y a des obligations qui ont leur source dans la loi. Ici on est obligé par la loi, malgré soi. Un rapport de créancier à débiteur par conséquent peut s'établir indépendamment de la volonté des parties. La plus importante catégorie d'obligations légales est celle qui a pour cause la réparation des dommages causés par les actes illicites.

Source : BIU Cujas

Une personne blesse une autre personne volontairement ou par imprudence; un automobiliste renverse un passant, lui cause un dommage, dont il lui doit réparation en vertu de la loi, cette réparation se traduisant généralement par le versement d'une indemnité pécuniaire; la victime est le créancier, l'auteur de l'accident doit des dommages intérêts, il est débiteur.

Ici, l'obligation a sa source dans la loi. Les cas dans lesquels réparation est due pour dommage causé sont innombrables; il est impossible d'en dresser une liste d'avance; si bien que la loi civile dans un texte fameux, l'article 1382, a dû se contenter de poser le principe général de la réparation du dommage causé par un acte fautif. Mais l'application est laissée aux tribunaux. C'est une matière extrêmement vaste que celle de la responsabilité civile, riche d'applications pratiques. Chaque jour il se plaide devant les tribunaux un grand nombre de procès en responsabilité.

Le droit patrimonial dans ses rapports avec le droit de famille

D) Il reste maintenant pour le Droit civil à règler deux problèmes qui vont faire l'objet du programme de 3ème Année, deux problèmes importants qui dépendent tout à la fois du droit de famille et du droit du patrimoine; il s'agit, en un mot, du droit patrimonial dans ses rapports avec la famille.

1)Le régime matrimonial
Le contrat de mariage et la liberté des conventions matrimoniales

1°- La première question est celle du régime des biens entre époux, le régime matrimonial.

La communauté d'existence que suppose le mariage a sa répercussion nécessaire sur les biens appartenant aux époux. Il importe donc que le législateur règle les rapports pécuniaires des époux tant dans l'intérêt de ceux-ci que dans l'intérêt de leurs enfants, et même dans l'intérêt de la famille pour les ménages sans enfant.

Sur ce point le législateur se montre très libéral. Il laisse en principe, et sauf quelques règles auxquelles il est impossible de déroger, aux époux le soin de fixer eux-mêmes le régime de leurs biens. Ils le font dans un acte solennel qui est passé obligatoirement devant notaire avant la célébration du mariage: c'est le contrat de mariage.

Le régime légal

Mais la loi n'oblige nullement les époux à passer un contrat de mariage. Pour le cas où aucun contrat n'a été dressé, la loi fixe le régime auquel seront soumis les biens des époux, ce régime c'est la communauté, qu'on appelle la communauté de meubles et acquêts.

En outre, même dans le cas où les époux font un contrat de mariage, la loi a fixé les règles d'un certain

Source : BIU Cujas

nombre de régimes: régime de séparation de biens ou régimes dotal, auxquels il suffit que les époux se réfèrent dans leur contrat, parce que le régime est tout réglé dans le Code civil.

Mais bien entendu, toute liberté leur est laissée d'amalgamer à leur fantaisie les différents régimes qui leur sont proposés par le Code civil.

2)Le régime successoral. Succession ab intestat et succession testamentaire

2)Il est une autre question que le Code civil doit nécessairement résoudre: c'est la question de la transmission des biens après décès, la question des successions à cause de mort.

Quand une personne décède, qui lui succédera? A qui seront transmis ses biens et ses dettes? Le droit civil a fixé sur ce point les règles de la transmission. Il détermine d'abord les héritiers, qui sont les membres de la famille les plus proches, les descendants d'abord, En principe, les parents les plus proches excluent les plus éloignés. Mais ici encore la loi laisse toute liberté à une personne de pourvoir à la dévolution de ses biens après son décès. Elle peut le faire dans un acte de dernière volonté, le testament.

Restriction à la liberté testamentaire; la réserve.

La liberté du testateur est cependant restreinte, dans une certaine mesure. Quand le testateur laisse de proches parents, des descendants ou des ascendants, la loi interdit à ce testateur de dépouiller entièrement ces derniers; elle l'oblige à leur laisser une part de ses biens qu'on appelle la réserve;

Le Droit civil a encore à règler les conditions dans lesquelles seront transmis les biens faisant partie de la succession. Il déterminera les obligations des héritiers vis-à-vis des créanciers du défunt.

III - LES SOURCES DU DROIT CIVIL

Nous avons vu qu'une règle de droit positive est une règle de conduite imposée à l'homme sous la pression d'une contrainte extérieure; mais quand peut-on savoir qu'on est en présence d'une règle juridique? En un mot, comment ces règles qui constituent le droit civil se manifestent-elles à nous? Comment les particuliers qui sont tenus de les observer, comment les juges qui sont obligés de les appliquer, peuvent-ils en avoir connaissance?

C'est le problème des sources du Droit civil. On dira, par exemple, que la Loi est une des sources, certains disent même la source unique, en tous cas la

Source : BIU Cujas

source principale du Droit civil; alors qu'à une époque plus ancienne la source principale était la Coutume.

La loi et les différents facteurs dont elle est la traduction

La Loi est la source principale du Droit civil tout le monde est d'accord sur ce point. Mais, qu'on ne s'y trompe pas: la loi n'est pas une création purement arbitraire de l'organe législatif. Lorsqu'on emploie le mot "source", on a recours à une image qui rend assez bien compte de la réalité. De même que la source, au sens propre du mot, manifeste l'existence d'une nappe d'eau dans le sous-sol, la Loi, source du Droit, n'est que le signe de facteurs sociaux qui ont contribué à l'établissement de la règle de droit et sans lesquels celle-ci n'aurait pu se constituer.

Le Droit, en effet, n'est pas une création purement arbitraire du législateur. Sans aller jusqu'à l'exagération qu'ont commise certaines Ecoles, qui considèrent que la source unique du Droit est la conscience populaire, il faut au moins dire qu'un peuple a son droit, de même qu'il a sa langue, conforme à son esprit, à ses traditions, à ses moeurs, au degré de civilisation auquel il est parvenu. Or, de même que le grammairien ne crée pas la langue, ne fait que dégager ses règles d'application, de même le législateur ne fait pas le droit, ne crée pas le droit; il le dégage des profondeurs de la vie sociale, il en règle l'application.

Sources formelles et sources substantielles. Les deux grandes sources formelles: la loi et la coutume.

Toute loi ne fait que tenir compte de l'existence de certains facteurs moraux, sociaux, économiques, qui sont les véritables sources substantielles de la règle juridique. De là la distinction qui est faite quelquefois entre les sources formelles du droit, et les sources substantielles ou réelles.

Les sources substantielles, ce sont ces facteurs moraux, économiques, politiques; les sources formelles ce sont celles, comme la loi ou la coutume, qui mettent en forme les règles du droit positif, les aspirations du peuple.

Nous ne nous occuperons ici que des sources formelles, ce qui ne veut pas dire que nous négligerons les facteurs moraux, économiques et sociaux qui contribuent à la formation du Droit; nous nous en occuperons à propos de chaque institution, famille, mariage, droit des biens. Nous nous demanderons en étudiant chaque institution quelles sont les raisons profondes, économiques, morales, des dispositions consacrées par le législateur. Or, l'histoire et le droit comparé nous démontrent que les deux principales sources formelles du Droit civil, qui existent dans toutes les législations à peu près, sont la coutume et la loi, dont le rôle et

Source : BIU Cujas

l'importance respectifs ont varié suivant les époques.

La coutume: comment elle se forme. Imprécision de la coutume; mise de la coutume par écrit.

La coutume, c'est le droit qui se forme peu à peu par la pratique, par la répétition des mêmes actes, sans l'intervention des pouvoirs publics, en vertu de l'assentiment tacite, général, qui finit par reconnaître à ces pratiques un caractère obligatoire. De la répétition des mêmes actes, du fait que, par exemple, on a règlé les successions de telle manière depuis un temps immémorial, naît l'idée d'obligation.

Mais la coutume est évidemment une source de droit manquant de précision, parce que, à la différence de la loi, elle n'est pas promulguée à un jour donné. Sa constatation est difficile, elle est sujette à contestation, mais la coutume est la source principale de toutes les législations primitives; c'est le rôle qu'elle a joué dans notre droit.

Notre droit a d'abord été un droit coutumier. Puis, avec le développement de la civilisation et des affaires, on éprouve le besoin d'une plus grande sécurité, d'une plus grande fixité dans les choses du Droit; et on est ainsi amené à rédiger la coutume par écrit. La coutume véritable est la coutume verbale. Puis, le besoin se faisant sentir d'une plus grande sécurité, d'une plus grande fixité, la coutume est rédigée par écrit. C'est ainsi qu'au XVème et au XVIème siècles, on a été amené en France à rédiger les coutumes. Le droit formulé par écrit présente des avantages de précision, de certitude, de fixité, que n'a pas la coutume non écrite; sans compter que tous ceux auxquels elle s'applique en ont plus facilement connaissance, tandis que dans les législations primitives la connaissance de la coutume est le monopole de certaines personnalités.

La loi - Avantages de la loi sur la coutume

Puis commence le règne de la Loi. La loi est une règle juridique ou un ensemble de règles juridiques édictées par une autorité régulièrement constituée. La loi, c'est du droit écrit, et surtout du droit promulgué, c'est-à-dire porté à la connaissance des citoyens auxquels elle doit s'imposer.

Quel sera l'organe chargé de créer la loi, d'établir la loi? Cet organe varie avec les gouvernements. Par exemple sous la monarchie absolue c'est le souverain:: les ordonnances, les édits de tel roi. Dans nos démocraties modernes, la fonction législative est assumée pour la plus grande part - mais non pour la totalité - par un organe qu'on appelle : l'organe ou le pouvoir législatif, le Parlement, composé du Sénat et de la Chambre des Députés.

Voilà le processus historique. La loi est évidemment une forme supérieure de constatation du Droit. L'Ecole historique l'a nié, bien à tort, il ne faut pas déprécier complètement le rôle du législateur. Sans

Source : BIU Cujas

doute le pouvoir du législateur n'est pas illimité, il ne peut pas aller à l'encontre des grands courants sociaux qui se manifestent dans la vie d'un peuple; sa loi resterait inappliquée, mais il ne faut tout de même pas diminuer par trop le rôle du législateur.

Le rôle du législateur

Le droit sort des profondeurs de la vie sociale c'est entendu, mais en quel état arrive-t-il au point d'émergence? A l'état de matière brute, en quelque sorte. Il faut que le législateur travaille, modèle cette matière, pour l'adapter aux besoins de la communauté pour laquelle il légifère. Il faut ajouter que le rôle du législateur tend à devenir prépondérant à mesure que la vie sociale se complique, comme cela est dans nos sociétés modernes. Non seulement, il faut que le législateur fasse un choix entre les réformes proposées, mais même lorsqu'il adopte une réforme qui paraît bien recueillir l'assentiment unanime, il doit l'adapter, fixer les dispositions susceptibles de faire passer cette réforme dans la pratique.

Prenons un exemple: le risque professionnel. Dans le machinisme moderne, les accidents sont fréquents, ils ne sont pas toujours dus à la faute de l'ouvrier, loin de là; parfois l'accoutumance du danger rend l'ouvrier imprudent. Il y a cinquante ans, pour obtenir la réparation qui lui était due, l'ouvrier était obligé de démontrer que le chef d'entreprise avait commis une faute. Or, dans la plupart des cas, cette preuve était impossible à faire. C'est alors qu'on imagina d'assurer la réparation des accidents, quelle qu'en fût la cause. On considèra dès lors qu'il fallait mettre à la charge des entreprises la réparation des accidents. Comment y arriver? On discuta pendant longtemps, puis la question fut mûre et le 9 Avril 1898 était promulguée une loi qui assurait la réparation du risque professionnel. Les dispositions de cette loi sont très complexes. L'intervention du législateur était absolument nécessaire; il y avait bien une aspiration générale, tout le monde était d'accord sur le principe, mais le législateur a dû mettre la question au point. Donc, n'abaissons pas outre mesure le rôle du législateur.

Nous allons nous cantonner exclusivement dans l'étude des sources du Droit civil. Nous aurons à déterminer les sources actuelles, à nous demander si la loi est la seule source, la source unique, comme on le soutient fréquemment, du Droit civil. Mais auparavant un bref historique est indispensable; il est d'autant plus nécessaire que nos institutions présentes ont de profondes racines dans le passé. En cette matière comme en beaucoup d'autres nous sommes les héritiers du passé.

Source : BIU Cujas

L'état actuel de notre Droit, et en particulier les dispositions du Code civil, ne peuvent se comprendre que si l'on connaît son histoire, c'est-à-dire les différentes phases de son évolution.

L'évolution du droit; facteurs et caractères de cette évolution - Utilité d'un exposé historique du Droit français

Le droit, manifestation de la vie sociale, évolue se transforme en même temps que les conditions économiques, en même temps que les idées morales et politiques L'évolution de notre droit civil en est une éclatante manifestation. L'évolution du Droit n'est pas uniforme, pas plus que ne sont uniformes les transformations économiques, politiques ou morales d'un peuple. Il existe dans la vie d'un peuple des périodes de stabilité sociale, pendant lesquelles les transformations du Droit ne sont pas sensibles. A d'autres époques, au contraire, sous l'influence de révolutions politiques, ou de nouvelles découvertes scientifiques ou industrielles, la société subit de profondes transformations, qui se reflètent dans sa législation.

Considérons la Révolution de 1789; l'ancien régime s'effondre; sous l'influence des idées d'égalité, de laïcité, de nouvelles constitutions politiques s'élaborent, et ces transformations sociales se reflètent dans le Droit civil, les assemblées révolutionnaires édictent une législation civile assez abondante, dont certaines dispositions ont disparu rapidement et d'autres ont subsisté et sont parvenues jusqu'à nous.

Dans le cours du XIXème siècle, l'évolution est évidemment plus lente; elle n'en est pas moins réelle. Sous l'influence du développement de l'industrie, du progrès des idées démocratiques, la législation se transforme. Et depuis la guerre, sous l'influence de la crise économique, nous assistons à un véritable bouleversement de la législation, législation de circonstance dont certaines dispositions disparaîtront sans doute, mais qui comprend aussi des réformes durables, réformes qui étaient dans l'air, qui n'auraient pas abouti peut-être en raison de l'insuffisance du rendement législatif et qui aboutissent par la voie des décrets-lois.

C'est que, comme on l'a bien souvent constaté, le droit est en général en retard sur les faits. L'évolution du droit ne se produit que lentement; il est nécessaire qu'il en soit ainsi parce que le droit doit présenter un certain caractère de stabilité, nécessaire à la sécurité des relations juridiques; pour traiter des affaires il faut être sûr du lendemain. Or, de trop rapides changements dans la législation entraînent l'incertitude, l'insécurité. Les hommes se prémunissent contre des surprises possibles. Ce sont des périodes où les affaires sont difficiles et l'argent cher. Par exemple les multiples lois sur les loyers, sur les rapports

Source : BIU Cujas

entre propriétaires et locataires, sont une cause de troubles sociaux et économiques de toutes sortes.

Le droit doit donc évoluer avec une certaine lenteur. Il constitue une sorte de frein, il offre une certaine résistance à l'évolution des faits, pour des raisons bonnes ou mauvaises - quelquefois très médiocres - toute réforme se heurte aux idées traditionnelles à la routine, aux situations acquises auxquelles elle est susceptible de porter atteinte.

Notre étude sera divisée en deux chapitres:
Chapitre I- Histoire sommaire des sources du Droit Civil
Chapitre II- Les sources actuelles du Droit Civil.

Chapitre 1

HISTOIRE SOMMAIRE DES SOURCES DU DROIT CIVIL

Nous étudierons ici trois questions:
1°- Le droit antérieur au Code civil,
2°- Le Code civil,
3°- La législation postérieure au Code civil.

§ 1 - Droit antérieur au Code civil

Lorsque les Romains conquirent la Gaule, ils y implantèrent leurs institutions juridiques. Puis, après plusieurs siècles, survinrent les invasions barbares. Les peuples qui avaient envahi la Gaule, Francs, Goths, Burgondes, etc...avaient leurs coutumes propres, souvent très différentes du Droit romain.

La personnalité des lois à l'époque franque

On règla d'abord les difficultés résultant de la coexistence d'institutions juridiques différentes sur le même territoire en recourant au système des lois personnelles. En un mot, les Gallo-romains étaient régis par le droit romain; les Visigoths par le droit des Visigoths, les Francs par les coutumes franques.

On s'en accommoda pendant longtemps, mais peu à peu la fusion des races s'accomplit par suite du contact quotidien des deux populations, par suite des mariages mixtes, de l'unité de religion et de l'unité d'autorité politique.

La territorialité à partir du Xème siècle

Au Xème siècle, la fusion est achevée. A cette époque le système de la personnalité des lois a disparu pour faire place à celui des lois territoriales. L'ancienne France n'a pas connu, en effet, l'unité de législation. Le pays est morcelé entre un grand nombre de législations locales, qui s'appliquent chacune sur un territoire déterminé. Une division, qui se manifeste dès les IXème et Xème siècles, qui s'est accentuée et a

Source : BIU Cujas

duré jusqu'au Code civil, se produit entre les pays du Midi et les pays du Nord.

Les Pays de Droit écrit et les Pays de coutumes

Dans les pays du Midi on applique le droit romain. Remarquons-le, ce droit romain qu'on applique tout d'abord ce n'est pas le droit de Justinien, ce n'est pas le droit byzantin, c'est le droit du Vème siècle, représenté par le Code théodosien. C'est seulement plus tard, entre le XIIème et le XIIIème siècles, au moment de la renaissance des études du droit romain, que s'introduit en France le droit de Justinien, sous l'influence des universités.

Le droit romain avait donc survécu dans le Midi, pour diverses raisons. D'abord, les Gallo-Romains y étaient plus nombreux. Puis les barbares qui avaient occupé ces régions, les Visigoths et les Burgondes, étaient eux-mêmes en partie romanisés quand ils entrèrent en Gaule.

Les pays du Nord étaient au contraire partagés entre un grand nombre de coutumes locales. Ici, pas d'unité de législation, une infinité de coutumes locales, dont la plupart, et surtout à mesure qu'on s'avançait vers le Nord, étaient d'origine nordique. Dans ces pays, par conséquent, c'était le droit des envahisseurs qui l'avait emporté; chaque coutume avait son territoire, sur lequel elle s'appliquait exclusivement.

De là la division qui caractérise notre ancien droit et qui a duré jusqu'au Code civil, entre les pays de droit écrit, c'est-à-dire ceux où s'appliquait le Droit romain, et les pays de coutume, c'est-à-dire les pays du Nord. Le limite séparative est approximativement une ligne partant à l'ouest de l'embouchure de la Charente et aboutissant à l'est un peu au Nord du lac Léman. Tout ce qui était au nord de cette ligne était pays de coutume ; tout ce qui était au sud était pays de droit écrit; avec cette réserve que l'Auvergne était pour la plus grande partie un pays de coutume.

Il existait d'ailleurs quelques coutumes dans le Midi, mais elles avaient beaucoup moins d'importance que dans le Nord; et d'autre part, dans certaines régions du Nord, on appliquait à titre subsidiaire le droit romain pour les matières qui n'étaient pas réglées par la coutume.

Les efforts d'unification de la législation par la monarchie

Lorsque disparut le régime féodal et que s'établit la monarchie absolue, on éprouva le besoin d'unifier le droit pour l'ensemble du Royaume. Mais ce travail d'unification ne s'est réalisé que très lentement. Il a fallu la Révolution et l'Empire pour mener à bonne fin cette unification.

La rédaction

La première oeuvre qu'entreprit la Monarchie fut la

Source : BIU Cujas

officielle des coutumes

rédaction des coutumes dont les dispositions jusque là étaient restées bien incertaines. Une Ordonnance de Charles VII de 1453 ordonne la rédaction générale des coutumes. Cette oeuvre ne fut achevée qu'au XVIème siècle. La rédaction des coutumes eut le grand avantage de rassembler, de fixer désormais les règles coutumières qui jusque là étaient éparses, peu accessibles et dont le sens était souvent douteux. Mais la rédaction des coutumes laissait subsister leur diversité.

La législation royale; son intervention tardive en matière de droit privé. Caractère fragmentaire de cette législation

Mais intervinrent alors des agents d'unification. Parmi eux tout d'abord la législation royale, sous la forme des ordonnances ou des édits. Mais si l'autorité législative du roi s'est exercée de bonne heure en matière de droit public, il n'en a pas été de même en ce qui concerne le droit privé. L'autorité royale a rencontré plus de résistance soit de la part des parlements, soit de la doctrine. Pendant longtemps on considérait que le roi n'avait pas le droit de légiférer en matière de droit privé.

L'autorité royale finit par l'emporter, mais assez tard. Et c'est surtout au XVIIème et au XVIIIème siècles que s'est affirmé le droit pour le roi de légiférer en matière de droit privé. Mais encore n'a-t-il légiféré que d'une manière un peu fragmentaire. Les ordonnances de Louis XIV ont réalisé l'unité sur certaines matières, en matière de procédure civile notamment, ou de procédure criminelle; en matière commerciale aussi, dans une certaine mesure: mais pas d'oeuvre d'ensemble en matière de droit civil. Sous Louis XV, quelques ordonnances importantes en matière de droit civil, ordonnances sur les testaments, sur les donations. Aucune oeuvre d'ensemble qui ressemble à un Code Civil.

A la veille de la Révolution subsiste par conséquent pour la plus grande part la diversité de législation en matière civile qui caractérise notre ancienne France. Toutefois, le terrain était prêt pour l'unification, et cela sous l'influence de plusieurs facteurs. La réforme était mûre lorsque la Révolution et l'Empire l'ont réalisée, et cela pour plusieurs raisons.

Les facteurs d'unification
Le droit canonique

Plusieurs facteurs d'unification existaient, notamment le droit canonique, législation unifiée qui était appliquée dans le Royaume par les tribunaux ecclésiastiques: or, ces tribunaux connaissaient de certaines affaires civiles, laïques, notamment des affaires matrimoniales.

Un autre facteur d'unificiation c'était l'enseignement des universités, qui était fondé sur l'étude du droit romain et du droit canonique, deux législations unifiées.

Source : BIU Cujas

La doctrine a été également un agent actif d'unification. Dans la diversité des coutumes, nos anciens jurisconsultes se sont efforcés de dégager les traits communs de ces diverses coutumes. Ils ont cherché les éléments d'unité et ils les ont découverts. Ils y étaient poussés tout naturellement par leur connaissance du droit romain, législation unifiée.

La doctrine

Sans vouloir citer les noms de tous les jurisconsultes qui ont contribué par leurs travaux à l'unification du droit privé en France, on ne peut tout de même passer sous silence certains d'entre eux. En voici trois notamment.

Domat

Le premier, c'est Jean Domat, l'ami de Pascal, qui a publié en 1694 un ouvrage de haute envergure: "Les lois civiles dans leur ordre naturel", qui peut être considéré comme un des précurseurs du Code civil, C'est un grand juriste philosophe.

Bourjon

Il est un autre ouvrage qui a eu une profonde influence, qui a été un instrument d'unification, bien qu'il n'ait pas la même envergure que l'ouvrage de Domat. C'est l'ouvrage du jurisconsulte Bourjon; "Le droit commun de la France", paru en 1747; il s'efforçait dans la diversité de nos coutumes de rechercher ce qui était commun à tout le pays.

Pothier

Enfin il faut citer le nom de Pothier, mort en 1772, qui fut professeur à l'Université d'Orléans et conseiller au présidial de cette ville. Il a été tout à la fois un grand romaniste et un grand civiliste. Il a exposé dans une série d'ouvrages tout le droit privé de la fin de l'ancien régime. Son oeuvre est une oeuvre de vulgarisation, mais c'est une oeuvre admirablement claire et méthodique; elle a exercé une influence considérable sur les juristes de la fin du XVIIIème siècle. Les rédacteurs du Code civil se sont inspirés de l'oeuvre de Pothier dans certaines parties du Code; parfois on retrouve dans les textes du Code civil des phrases de Pothier, plus spécialement dans la partie relative aux obligations et aux contrats.

La jurisprudence des Parlements

Enfin, parmi les facteurs d'unification il faut citer la jurisprudence de l'ancien droit, l'ensemble des décisions des tribunaux. La jurisprudence a exercé une action très efficace dans la voie de l'uniformisation du droit coutumier. En particulier le rôle du parlement de Paris a été considérable du fait que le ressort de ce parlement s'étendait sur plus de la moitié des pays de coutumes. Or, toutes les fois qu'une coutume était muette sur une question litigieuse, qu'avait à résoudre le parlement de Paris, ce tribunal tranchait le litige en s'appuyant soit sur le droit romain, soit sur la solution admise par la coutume de Paris. Ainsi en

Source : BIU Cujas « Les Cours de Droit » 3, Place de la Sorbonne, 3 Répétitions écrites et orales Reproduction Interdite Y

cette matière Paris dès cette époque a joué son rôle d'attraction, son rôle de centralisation.

Malgré tous ces éléments, l'unification était à peine ébauchée à la veille de la Révolution. L'unification totale, ne devait être réalisée que par les gouvernements qui se succèdèrent de 1789 jusqu'au Consulat.

La législation révolutionnaire unification partielle qu'elle a réalisée

La première ébauche de ce travail d'unification est due à la législation révolutionnaire, mais la Révolution n'a pas réalisé l'unification entière. Ce n'est pas à dire que les assemblées révolutionnaires n'aient pas légiféré en matière de droit privé; seulement les assemblées révolutionnaires ont légiféré sur toutes les matières dans lesquelles le droit privé ancien, était en contradiction trop manifeste avec les nouveaux principes politiques, notamment en matière de droit de famille et de propriété foncière. C'est ainsi que la Révolution a institué le divorce, organisé l'état civil laïque, abaissé l'âge de la majorité pour favoriser les éléments jeunes et plus susceptibles d'être touchés par les nouvelles idées politiques, modifié le régime des successions de façon égalitaire.

Sur tous ces points, il y avait unification en ce sens que la législation révolutionnaire s'appliquait à toute l'étendue du territoire. Mais pour les parties qui n'ont pas été touchées par la législation révolutionnaire, l'ancien droit a continué à s'appliquer jusqu'au Code civil.

Observation terminologique: cette législation révolutionnaire en matière de droit privé, on l'appelle généralement: droit ou législation intermédiaire, c'est à-dire intermédiaire entre l'ancien droit et le Code civil.

Le droit intermédiaire s'est appliqué à un certain nombre de matières du droit privé, mais n'a pas réalisé l'unification. Cette unification n'a été véritablement réalisée que le jour de la mise en vigueur du Code civil.

§ 2 - Le Code civil

L'unification et la codification sous le Consulat et l'Empire

Ce qui caractérise la législation du Consulat et du Premier Empire, ce n'est pas seulement qu'elle a unifié le droit civil, supprimé la diversité des législations sur le territoire français, c'est aussi qu'elle a réuni toutes les règles du Droit civil en un document unique formant un Code.

Qu'est-ce qu'un Code ? Qu'est-ce que la codification? La codification, c'est la réunion dans un recueil

Source : BIU Cujas

unique, le Code, de toutes les lois soit applicables à un pays , soit concernant une branche du droit;C'est ainsi que l'on peut réunir en un Code toutes les matières relatives au Droit civil, dans un autre toutes celles relatives au droit commercial, dans un autre celles relatives au Droit pénal: c'est ce qu'a fait le Premier Empire.

Quels sont les avantages de la codification? Elle a été l'objet de critiques très vives de la part de l'Ecole historique, qui considérait qu'elle était un obstacle à l'évolution du droit, mais ces critiques sont injustes.

Les avantages de la codification

La codification présente des avantages pratiques incontestables. Elle groupe les lois relatives à un même objet et en rend par cela même la recherche plus facile; c'est tout au moins un gain de temps, D'autre part, un Code est toujours fait suivant un plan, bon ou médiocre, mais qui est un plan. De là encore la possibilité de trouver plus facilement les dispositions que l'on recherche. De là aussi pour les rédacteurs de ce Code la possibilité de condenser leur oeuvre, d'en réduire les dimensions, d'éviter des répétitions et même des contradictions, comme il s'en rencontre souvent lorsque le droit est contenu dans des lois éparses et rédigées à des intervalles plus ou moins longs. En résumé, plus de précision, plus de certitude, plus de facilité d'application, tels sont les avantages de la codification.

Cela ne veut pas dire que la codification fige le droit à un moment donné, qu'elle empêche l'évolution du droit, non.

Les Codes impériaux et les Codes postérieurs.

C'est sous le Consulat et le Premier Empire qu'ont été rédigés et promulgués les Codes impériaux dont le principal est le Code civil, qui date de 1804, et qui contient toutes les matières relatives au droit privé ordinaire.

Les autres codes impériaux sont: le Code de procédure civile (1807), le Code de commerce (1808), le Code pénal et le Code d'instruction criminelle , qui sont de 1810 et ont été mis en vigueur le 1er Janvier 1811.

Sous la Restauration a été promulgué le Code forestier.

De nos jours, on a promulgué certains Codes: on a réuni des lois éparses concernant une même matière pour en former un code: on n'a rien changé à ces dispositions, mais on les a classées suivant un plan méthodique. Nous avons aujourd'hui un Code rural, un Code du travail et de la prévoyance sociale, où l'on a réuni toutes les dispositions concernant le droit du travail et de la prévoyance sociale.On a modifié aussi certaines dispositions fiscales;il existe aujourd'hui un Code de l'Enregistrement,un Code des Contributions indirectes.

Source : BIU Cujas

Nous n'avons à nous occuper ici que du Code civil.

Le C.C. de 1804 et l'unification du droit civil

Le code civil a réalisé l'unité de législation en France. Ce Code civil se compose de trente-six lois, qui ont été promulguées séparément de mars 1803 à mars 1804, sous le Consulat par conséquent. Ces lois ont été ensuite réunies en un seul code, dont les articles ne forment qu'une seule série de numéros.

La loi du 30 Ventôse, an XII (21 mars 1804) ordonne que les trente-six lois antérieurement promulguées, seront réunies en un seul corps de lois sous le titre de Code civil des Français . On est à la veille de la proclamation de l'Empire. En 1807, le Code reçoit le nom de "Code Napoléon", nom sous lequel il est encore désigné aujourd'hui surtout à l'étranger. En 1814, il récupère la dénomination de Code civil, mais reçoit le nom de Code Napoléon sous le Second Empire, par le décret du 27 Mars 1852. Ce décret n'ayant jamais été abrogé, le Code civil a encore l'appellation officielle de Code Napoléon, mais on l'appelle toujours Code civil. L'usage constant est de dire "Code civil" et c'est ainsi qu'il est appelé dans les textes officiels, et notamment les lois qui le modifient.

Le Code civil a abrogé toute la législation antérieure, le droit romain, les coutumes, etc...C'est ce que décide l'article 7 de la loi du 30 ventôse, an XII qui a mis en vigueur le Code civil.

L'application du C.C. en Alsace Lorraine depuis 1925 sauf maintien sur certains points du droit allemand à titre de droit local.

Le Code civil a donc réalisé l'unité complète de législation en matière civile. Cette unité subsiste, mais elle a reçu une atteinte du fait du retour à la France des trois départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle. Il n'y a pas unité complète de législation entre ces trois départements et le reste des départements français.

Pour le comprendre, il faut savoir que lors du retour de l'Alsace Lorraine à la France, ce pays était régi par le Code civil allemand, mis en vigueur le 1er Janvier 1900. Jusque là l'Alsace Lorraine était demeurée régie par le Code civil , même sous le régime allemand. Puis, à la date du 1er Janvier 1900, le Code civil allemand est appliqué à l'Alsace Lorraine avec quelques dispositions particulières. Lors du retour des trois départements à la France , c'est le Code civil allemand qui régit ces trois départements.

Mais comme cette dualité de législation n'allait pas sans inconvénients, on s'efforça de rétablir l'unité de législation. Une loi du 1er Juin 1924 a remis en vigueur à partir du 1er Janvier 1925 l'ensemble de la législation civile française, et notamment le Code civil dans les trois départements recouvrés. Toutefois

Source : BIU Cujas

certaines parties du droit allemand ont été maintenues dans les trois départements. Il s'agit de matières pour lesquelles les dispositions du droit en vigueur dans les trois départements étaient jugées préférables; notamment les questions concernant la tutelle, ou encore la publicité des mutations immobilières par le système du livre foncier. On a conservé sur différents points, et notamment sur les deux précédents, qui nous intéressent cette année, la législation allemande. Il y a dans cette mesure-là une atteinte qui a été apportée à l'unité de législation.

Le Code civil

Il serait trop long d'exposer les travaux préparatoires du Code civil, c'est-à-dire les conditions dans lesquelles il a été préparé et voté; on pourra sur ce point se reporter aux manuels. Le travail de préparation du Code civil a été extrêmement sérieux. De tous les Codes impériaux, c'est assurément le Code civil dont les travaux préparatoires ont été le plus sérieusement poussés et confiés aux personnalités les plus compétentes.

Etudions la structure et l'esprit de ce Code.

La structure du C.C.

Voici la structure du Code civil. Il est divisé en trois livres; chaque livre étant lui-même subdivisé en titres; ceux-ci en chapitres, puis en sections. L'ensemble des dispositions du Code porte une seule série de numéros: 2.281 articles. Les trois livres sont précédés d'un titre préliminaire, intitulé "De la publication, des effets et de l'application des lois en général", ce qui amène les professeurs de droit civil à parler de la loi, de sa promulgation, du principe de la non-rétroactivité des lois, etc..

Le titre préliminaire

Livre I : des personnes

Le Livre Ier est intitulé: "Des personnes". Il a trait notamment à la jouissance des droits civils. Autrefois, il contenait des dispositions sur la nationalité; elles ont été abrogées depuis et remplacées par une autre législation. Le Livre Ier contient des dispositions sur l'état civil, sur le mariage, les conditions dans lesquelles le mariage peut être conclu , les effets du mariage, la filiation, les incapacités, la tutelle, etc..

Livre II: Des biens et des différentes modifications de la propriété.

Le Livre II est intitulé "Des biens et des différentes modifications de la propriété". On y trouve d'abord ce qui concerne la distinction des biens et notamment la distinction en meubles et en immeubles. Puis le Livre II s'occupe de la propriété, et notamment de la propriété foncière. Il s'occupe encore des démembrements de la propriété, et notamment de l'usufruit et des servitudes. C'est le plus court des trois livres.

Source : BIU Cujas

Livre III:Des différentes manières dont on acquiert la propriété

Le livre III est intitulé: "Des différentes manières dont on acquiert la propriété". Il contient en réalité les principales matières suivantes: les successions, les donations, libéralités et testaments, la théorie générale des obligations, les règles propres aux différents contrats, vente, louage, mandat, etc.. les régimes matrimoniaux, les privilèges et hypothèque et la prescription.

Le plan du Code; son caractère pratique

Certains ont critiqué ce plan adopté par les rédacteurs du Code: ils l'ont accusé d'être peu élégant et peu scientifique surtout. On a fort bien répondu à cette critique que le plan d'un Code n'a pas besoin d'être scientifique. Une méthode scientifique est nécessaire dans un livre, dans l'enseignement, elle n'est pas indispensable dans un Code, elle peut même quelquefois être gênante. Comme on l'a dit très justement, un Code est fait pour des gens qui ont fini leurs études, pour des praticiens qui connaissent le droit. Ce qui importe avant tout c'est que la répartition des matières soit commode, qu'en un mot le Code soit facile à consulter. Or, à ce point de vue le Code civil ne craint aucune comparaison avec d'autres codes, même plus récents que lui. C'est un modèle de clarté et à cet égard on peut dire qu'il n'a jamais été dépassé.

L'esprit du Code

Il faut maintenant que nous recherchions quel est l'esprit du Code civil, que nous nous appliquions à dégager l'esprit dans lequel il a été rédigé.

Le Code civil n'a pas été créé de toutes pièces; le législateur du Code civil ne pouvait rompre complètement avec le passé, d'autant plus que beaucoup d'institutions antérieures méritaient d'être conservées.

Le Code civil a donc des racines profondes dans le droit antérieur, mais nous savons que le droit antérieur était loin d'être unifié. Sans doute, dès la fin l'ancien régime l'unification était dans une certaine mesure réalisée, soit par la législation royale, soit par la pratique, par la jurisprudence. D'autre part, nous avons vu que la législation révolutionnaire, le droit intermédiaire, avait dans une large mesure apporté l'unification. Mais malgré tout subsistait à la veille la rédaction du Code civil la diversité des législations en France en matière civile, et en particulier la distinction des pays de droit écrit, où s'appliquait le droit romain, et des pays de droit coutumier.

L'éclectisme des rédacteurs du C.C. Emprunts aux différentes sources de notre ancien droit

A quelles sources le législateur du Code civil a-t-il puisé principalement? Il a fait oeuvre d'éclectisme, on peut dire qu'il a puisé à toutes les sources, c'est-à-dire que, suivant la matière qu'il règlait il s'est inspiré tantôt du droit coutumier, tantôt du droit ro-

Source : BIU Cujas

et au droit intermédiaire.

main, tantôt enfin des ordonnances royales ou de la législation intermédiaire.

Sur les points où existait une certaine unité de législation sous forme d'ordonnances applicables à tout le Royaume, les rédacteurs du Code civil se sont inspirés de ce droit unifié qu'ils ont conservé en grande partie. C'est ce qui est arrivé pour les donations, pour les testaments et pour les preuves; matières importantes pour lesquelles il existait des ordonnances que le Code civil a conservées, dans leur esprit général tout au moins.

Pour tout ce qui concerne l'organisation de la famille, les successions, le régime de la communauté, les rédacteurs du Code civil se sont inspirés avant tout du droit coutumier, spécialement de la coutume de Paris.

Enfin, le régime de la propriété, les règles générales des obligations, les contrats, sont fortement inspirés du droit romain.

En ce qui concerne les régimes matrimoniaux il est un régime que les rédacteurs du code ont conservé, à titre facultatif: c'est le régime dotal, régime romain appliqué dans les pays du Midi.

Enfin le droit canonique a fourni quelques règles concernant le mariage.

Telles sont les sources auxquelles ont puisé les rédacteurs du Code civil. De cette diversité de législations les rédacteurs du Code civil ont fait un droit véritablement national. Cette fusion était déjà réalisée en grande partie avant le Code civil, mais ils l'ont complétée, achevée. Il y a un droit français, qui n'est ni le droit romain, ni le droit germanique, qui est véritablement un droit national, élaboré au cours des siècles. Le Code civil n'a fait que consacrer cette fusion d'éléments divers.

Ce qui caractérise le Code civil et ce qui fait véritablement son mérite, ce qui a assuré son succès dans le monde, c'est son caractère de sagesse et de modération. Il s'est tenu dans un juste milieu. On peut dire qu'il a été rédigé au moment opportun. On était sorti des excès de la Révolution; il a su combiner la tradition nationale avec certaines idées qui avaient été consacrées par la Révolution.

A cet égard, on ne saurait mieux faire que de citer ce qu'écrit le grand historien Albert Sorel, dans sa préface au Livre du Centenaire du Code civil. Il écrit: "Le Code civil, c'est la jurisprudence du droit romain et l'usage des coutumes combinés ensemble et adaptés à la Déclaration des Droits de l'homme, selon les moeurs, convenances et conditions de la nation française".

Source : BIU Cujas

C'est dire, en un mot, que le Code civil a emprunté au droit romain, aux coutumes, aux ordonnances royales, les principes dont la sagesse et l'utilité pratique avaient été reconnues par un long usage. Des maximes traditionnelles sont la base de la législation du Code civil; mais le Code civil a appliqué ces principes, il les a assortis à la société nouvelle issue de la Révolution.

Les principes fondamentaux du C.C.

Le Code civil a proclamé le principe de la liberté civile: plus rien notamment qui rappelle le servage; on ne peut louer ses services pour la vie entière.

Un autre principe reconnu par le Code civil c'est que tous les citoyens sont égaux devant la loi; il n'apporte aucune restriction à la liberté pour les individus d'acquérir les droits reconnus par la loi.

Par ailleurs, le Code civil a solidement organisé la famille, qu'il fonde sur le mariage, l'autorité maritale et la puissance paternelle. Mais dans cette organisation il maintient le principe que le droit civil est indépendant des idées religieuses (principe issu du droit révolutionnaire); sécularisation du mariage et de l'état civil.

Enfin le Code civil assure avec non moins de fermeté la protection de la propriété et sa transmission par voie de succession. Pour lui la propriété par excellence est la propriété foncière, la seule qui ait une réelle importance au commencement du XIXème siècle. On a pu dire du Code civil qu'il est la législation d'un pays agricole où la propriété est morcelée. C'est en effet l'état général du pays au commencement du XIXème siècle.

Le Code civil a posé le grand principe qui devrait être inscrit au fronton de toutes les chancelleries et de tous les palais de justice : que la convention tient lieu de loi à ceux qui l'ont faite. C'est le respect de la parole donnée (article 1134)

Qualités de forme du C.C.

Telles sont les qualités de fond, auxquelles s'ajoutent des qualités de forme, qui caractérisent le Code civil et qui nous expliquent son succès. Le langage du Code civil est clair, précis, bref.

Le succès du C.C. à l'étranger.

Ces qualités de fond et de forme expliquent le succès du Code civil non seulement en France, mais à l'étranger. Il a été adopté, en effet, ou imité par un certain nombre de pays étrangers. Il est encore en vigueur dans certains d'entre eux, en particulier en Belgique, au Luxembourg, Il est resté en vigueur dans certaines parties de l'Allemagne jusqu'au 1er Janvier 1900.

Evidemment, le Code civil n'est pas sans défauts.

Source : BIU Cujas

Ces défauts nous les signalerons, mais malgré tout le Code reste une oeuvre capitale, d'une solidité qui lui a permis de résister aux orages politiques, de survivre aux changements de régimes; il a pu franchir un siècle fécond en changements politiques et sociaux. Il est vrai qu'on l'a beaucoup modifié.

§ 3 - Législation postérieure au Code Civil

Les transformations économiques politiques, sociales, postérieures au C.C. Transformation du droit civil français

Les auteurs d'un Code ne peuvent avoir la prétention d'arrêter l'évolution du Droit. Cependant c'est une illusion à laquelle cèdent volontiers les grands réformateurs; Napoléon 1er n'y a pas plus échappé que Justinien. Mais les rédacteurs du Code, qui étaient des praticiens expérimentés, ne s'y étaient pas trompés. Ils savaient bien qu'ils ne faisaient pas oeuvre définitive, qu'ils ne statuaient pas pour l'éternité; et l'un d'eux notamment, qui est un des plus distingués parmi les rédacteurs, Portalis, écrit: "Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé que mille questions inattendues viennent s'offrir aux magistrats, car les lois une fois rédigées demeurent telles qu'elles ont été écrites, les hommes au contraire ne se reposent jamais; ils agissent toujours, et ce mouvement qui ne s'arrête pas produit à chaque instant quelque combinaison nouvelle, quelque nouveauté, quelque résultat nouveau". C'est la voix de la sagesse.

Les événements du XIXème siècle devaient démontrer l'exactitude de ces observations. Le XIXème siècle, en effet, a été le témoin de profondes transformations, sociales, économiques, auxquelles le droit a dû nécessairement s'adapter. Ce sont les grandes découvertes scientifiques, les applications de la vapeur, de l'électricité, l'avènement de la grande industrie, la construction des chemins de fer, le développement de la richesse qui s'en est suivi, et notamment le développement de cette catégorie de biens que sont les valeurs mobilières, qui résulte de l'accroissement du nombre des sociétés par actions.

Au point de vue social et politique, transformations importantes également: accroissement de la classe ouvrière, par suite du dépeuplement progressif des campagnes et de l'avènement de la grande industrie, le suffrage universel, le régime démocratique, voilà des facteurs d'évolution dont on ne peut nier l'importance.

De là, des besoins nouveaux, des institutions juridiques nouvelles, que le Code de 1804 n'avait pas prévus et ne pouvait pas prévoir. On le lui a amèrement

Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

reproché: Karl Marx en particulier n'a pas eu assez de sarcasmes pour le code civil! Reproche absolument injustifié. Les rédacteurs du Code civil n'étaient pas des prophètes; ils se sont contentés d'être de leur temps, ils ont légiféré pour la société de leur temps.

Ces transformations ont eu pour conséquence de modifier profondément le caractère du droit civil français. Celui qui aujourd'hui s'en tiendrait, pour connaître le droit civil français, au Code de 1804 n'aurait qu'une vue étrangère à la réalité. Une législation nouvelle et abondante est venue modifier le Code civil ou le compléter. D'autre part, il est un autre facteur qui est intervenu, et qui joue dans notre droit actuel un rôle considérable que nous aurons l'occasion bientôt d'indiquer: c'est la jurisprudence des tribunaux, l'interprétation judiciaire. Aujourd'hui on ne peut vraiment connaître le Droit civil français si l'on ne tient pas compte des lois qui sont venues modifier le Code et surtout si on ne tient pas compte de la jurisprudence.

Laissant de côté la jurisprudence pour le moment, occupons-nous exclusivement du mouvement législatif consécutif à la promulgation du Code.

L'évolution du Droit civil après le C.C.

A la suite de ces transformations sociales et économiques, le législateur est intervenu pour mettre les choses au point, et ces interventions ont été extrêmement nombreuses. Il ne saurait être question de donner une énumération des lois qui sont venues modifier le Code civil ou qui intéressent le Droit civil. Mais il convient d'indiquer l'esprit général de ces modifications, l'esprit général de l'évolution du droit civil.

Esprit de cette évolution: réaction contre l'individualisme du C.C., la socialisation du droit

Pour le comprendre, il faut savoir que le Code civil part d'un principe individualiste, Il a été rédigé à une époque où règnait la conception du libéralisme économique: laissez faire, laissez passer. Or, les choses se sont profondément modifiées depuis. Ce qui caractérise l'évolution du Droit civil au cours du XIXème siècle, et surtout en ces dernières années, c'est l'intrusion de plus en plus grande de l'Etat dans les rapports du droit privé. Le Droit civil s'est socialisé en un mot, et nous le constatons aussi bien dans la législation du droit de famille que dans la législation des biens ou celle des contrats et des obligations.

Profonde transformation de la législation sur le droit de famille. L'émanci-

Considérons d'abord le droit de famille. De nombreuses modifications ont été apportées au Livre I, qui régit les rapports de famille. Il est certain que les rédacteurs du Code civil ne reconnaîtraient plus leur

Source : BIU Cujas

pation de la femme et de l' enfant

oeuvre. De si nombreuses lois sont venues modifier les textes qu'il ne reste pour ainsi dire plus rien des textes originaires.

On a changé la législation sur la nationalité à plusieurs reprises.

Dans le droit de famille, la législation du mariage a subi d'assez profondes transformations. La tendance actuelle, c'est de favoriser le mariage. Autrefois le mariage subissait des entraves du fait du consentement des ascendants; aujourd'hui, on n'a pas supprimé complètement celui-ci, lorsqu'il s'agit des mineurs, mais on a grandement facilité le mariage, et sur ce point, la législation récente ne peut encourir aucun reproche.

Autre modification du Code civil, qui n'est pas une véritable modification, car sur ce point notre législation a évolué d'une manière quelque peu particulière: le Code civil, issu du Droit révolutionnaire, avait conservé le divorce; puis en 1816 le divorce est supprimé, et il fut établi en 1884.

La puissance paternelle, la tutelle, ont subi, elles aussi, de profondes modifications. D'une façon générale le droit de la famille s'est orienté dans le sens d'une émancipation de la femme et de l'enfant. Emancipation de l'enfant notamment en ce que le mariage est facilité. D'autre part, l'Etat exerce un contrôle - et là encore il n'y a aucun reproche à adresser à la législation nouvelle - sur la manière dont les parents s'acquittent de leur devoir d'éducation.

Emancipation de la femme. Sous le régime du Code civil, dont les textes à ce point de vue étaient inspirés des idées de Bonaparte, un texte décidait que la femme devait obéissance à son mari (art. 213). Ce principe a subsisté jusqu'à la loi du 18 février 1938, qui a supprimé pour la femme le devoir d'obéissance.

Emancipation de la femme au sujet de sa capacité patrimoniale également. La femme sous le régime du Code civil était absolument incapable, elle ne pouvait accomplir aucun acte sans autorisation de son mari. Aujourd'hui, la femme a reçu une capacité patrimoniale à peu près complète, depuis la loi du 18 Février 1938.

Le droit de famille, par conséquent, s'oriente vers l'émancipation des individus, à laquelle vient se joindre une intrusion de plus en plus grande de l'Etat dans les relations de famille. Ce que l'on gagne en indépendance, on le perd au profit de l'Etat.

Restrictions de plus en plus nombreuses au droit de propriété

En ce qui concerne le régime des biens, même évolution. Le droit de propriété, que le Code civil avait réglementé en s'inspirant des idées romaines, a subi dans le courant du XIXème siècle, et jusqu'à nos

Source : BIU Cujas

jours de très nombreuses atteintes, dans un intérêt social. Le droit de propriété est loin d'être aujourd'hui ce droit absolu qu'ont connu les Romains. La propriété foncière notamment est aujourd'hui grevée de nombreuses servitudes d'intérêt général, dans un intérêt de défense nationale, dans un intérêt d'esthétique pour faciliter les communications, etc..Il convient d'ajouter qu'il est une catégorie de dispositions qui constituent de véritables atteintes à la propriété, ce sont les dispositions fiscales. Notamment, lorsqu'une personne vient à décéder, le fisc prend une telle part de sa succession que cela aboutit à une véritable confiscation. De ce côté aussi la propriété se socialise.

Intervention de plus en plus fréquente du législateur dans le domaine contractuel. La législation du travail

Mais il est une matière qui jusqu'à ces dernières années n'avait pas subi de profondes atteintes de la part du législateur moderne: c'est la matière des obligations et des contrats, matière réglementée par le Code civil suivant les principes du droit romain. Le code civil s'inspirait pour règler les contrats - certains d'entre eux notamment - du libéralisme économique qui avait cours en 1804. Tout est changé aujourd'hui; notre législation en cette matière s'est socialisée également. L'intrusion de l'Etat dans les rapports contractuels se fait chaque jour plus pressante.

On est parti de cette idée - en partie exacte - que dans un grand nombre de cas les personnes qui concluent un contrat ne sont pas sur un pied d'égalité économique. Le Code civil partait de cette idée que chacun a le droit de discuter librement lors de la passation d'un contrat. Or, cela n'est pas vrai dans bien des cas. Les parties sont loin d'être sur un pied d'égalité économique. Il importe donc d'empêcher que celui qui est économiquement le plus fort n'impose à l'autre des clauses excessives, draconiennes.

De là une législation abondante relativement à certains contrats. Le législateur interdit notamment l'insertion de certaines clauses; il édicte par ailleurs des dispositions impératives auxquelles les parties n'ont pas le droit de déroger dans leurs contrats. C'est ce qui explique notamment l'intervention du législateur pour réglementer le contrat de transport, où il prend des mesures en faveur des expéditeurs vis-à-vis notamment des grandes entreprises de transports maritimes, ou des compagnies de chemins de fer.

Cette idée de protection de contractant le plus faible explique encore l'intervention du législateur dans le contrat d'assurance, où il intervient en faveur des assurés. Elle explique encore l'intervention massive du législateur dans le contrat de louage de services,

Source : BIU Cujas

son intervention a pour but d'assurer la protection du salarié. La législation du travail est devenue si abondante qu'elle constitue aujourd'hui un corps de droit tout entier, et un corps de droit qui ne figure pas dans le Code civil. La législation du travail ne peut figurer dans le Code civil, elle est trop mouvante, sans cesse en voie de transformation; or, un Code a besoin d'une certaine fixité.

Atteintes de plus en plus fréquentes au principe du respect des contrats.

Mais le législateur moderne va plus loin et c'est ici que son intervention appelle de très sérieuses réserves. Dans les années qui ont suivi la guerre, et aujourd'hui encore, le législateur est intervenu pour modifier certains contrats, pour autoriser en un mot l'une des parties à méconnaître ses engagements devenus trop lourds. C'est ce qui s'est passé dans les rapports entre bailleurs et locataires, entre vendeurs et acheteurs de fonds de commerce; d'une façon générale des mesures ont été prises en faveur des débiteurs pour leur accorder des délais de paiement, et quelquefois même pour leur permettre de se soustraire à leurs engagements. En somme, le vieux principe de droit et de morale que les conventions librement formées font la loi des parties, ce vieux principe du respect de la parole donnée a été méconnu par une législation abondante.

Une question pratique se pose. Il existe une législation nouvelle abondante depuis la promulgation du Code civil, mais où se trouvent ces lois?

Il faut faire de ces lois deux catégories. Parmi les lois qui sont venues compléter le droit civil ou le modifier, les unes ont été insérées dans le Code civil lui-même, dont elles ont modifié les dispositions; c'est le cas notamment de cette loi déjà citée du 18 Février 1938 sur la capacité de la femme mariée. D'autres lois, promulguées depuis 1804, n'ont pas été insérées dans le Code civil, et elles ne pouvaient l'être, car étant donné leur importance on ne pouvait leur faire une place dans le Code; elles restent à part. Il en est de fort importantes: loi du 23 mars 1855 sur la transcription; loi du 27 février 1880 sur les valeurs mobilières appartenant à des mineurs; loi du 13 Juillet 1907 sur le libre salaire de la femme mariée. Ce sont des lois qui ne figurent pas dans le Code civil.

Nécessité d'une révision du C.C. Difficulté de la réaliser dans le régime législatif actuel.

Pour en terminer avec cette étude du Code civil, on ne peut passer entièrement sous silence la question de sa révision, de son remplacement, question qui au début du XXème siècle, avait fort préoccupé les milieux doctrinaux, mais qui est aujourd'hui passée au second plan.

Source : BIU Cujas

Pourquoi cela ? N'y aurait-il pas lieu, à mesure que le temps s'écoule de le remplacer? En faisant abstraction des contingences, il faudrait répondre par l'affirmative. Du point de vue théorique, certainement il faut souhaiter que nous ayons un Code civil nouveau, à l'imitation de nombreux pays qui ont des Codes civils beaucoup plus récents que le nôtre, la Suisse, l'Allemagne, etc... Nous aurions besoin d'un corps de droit civil rénové; c'est incontestable. Tous les juristes ne se rendent pas à ces raisons, mais il est évident que les avantages de la codification sont tels que nous devons souhaiter qu'un nouveau Code civil nous soit donné.

Du point de vue pratique, comment peut-on réviser un Code civil? Suivant la procédure parlementaire ordinaire, certainement non; et voilà pourquoi on ne parle plus de la révision du Code civil. En effet, une oeuvre de cette taille n'est réalisable et n'a pu être réalisée dans les pays étrangers que si l'on abandonne la procédure parlementaire actuelle. Il ne faut pas se faire d'illusions à cet égard. Dans n'importe quel pays, en Suisse, en Allemagne, ou ailleurs, on n'a pu observer la procédure parlementaire pour élaborer un Code civil. C'est une oeuvre que des assemblées nombreuses, et généralement incompétentes, sont hors d'état de mener à bien.

Il faudrait confier à une commission de jurisconsultes, commission peu nombreuse , ce travail de révision, puis il importerait que le parlement eût la sagesse d'adopter les dispositions sans y rien modifier. La révision en dehors de cette procédure n'est ni possible, ni même concevable.

Chapitre II

LES SOURCES ACTUELLES DU DROIT CIVIL

Loi- Coutume - Jurisprudence - Doctrine

Quelles sont aujourd'hui les sources du Droit civil Si l'on veut modifier le Droit civil, quel est l'organe qui a qualité pour cela?

Il est une source sur laquelle tout le monde est d'accord: c'est la loi; elle est la source principale du Droit civil.

Mais une question controversée est celle de savoir s'il y a encore place aujourd'hui pour la coutume, parmi les sources du Droit civil. Après nous être occupés

Source : BIU Cujas

de la loi nous nous demanderons si la coutume est encore aujourd'hui une source du Droit civil.

Puis une nouvelle question se posera: la loi et la coutume ne se suffisent pas à elles-mêmes; leurs dispositions doivent être appliquées, sinon elles resteraient à l'état de principes théoriques, et pour cela elles doivent être interprétées. D'autre part, la loi ne peut tout prévoir; sur de très nombreux points elle est muette; or, il faut cependant que les questions qui se posent soient résolues. Pour cela il y a des organes qui sont désignés pour interpréter la loi et pour résoudre les questions litigieuses qui peuvent se poser: ce sont les tribunaux. Or, l'ensemble des solutions adoptées par les tribunaux constitue ce que l'on appelle la jurisprudence. Nous aurons à nous demander si la jurisprudence est une source du droit.

Enfin nous nous occuperons de la doctrine, qui elle aussi joue un rôle important dans l'élaboration des règles juridiques.

§ 1 - La loi

Le professeur de Droit civil est obligé de parler de la loi. En effet, il y a dans le Code civil un titre préliminaire qui est intitulé: De la publication, des effets et de l'application des lois en général".

La loi au sens strict et au sens large

Qu'est-ce que la loi? Notre terminologie sur ce point a besoin d'être précisée. Dans la langue juridique, et dans la langue courante aussi d'ailleurs, on entend le mot "loi" en deux sens: dans un sens strict et dans un sens plus large.

Au sens strict, la loi c'est l'acte qui est formulé par l'organe législatif, actuellement Sénat et Chambre des Députés et qui est promulgué par le Président de la République.

Au sens large, on entend par "loi" toutes les règles juridiques générales et impératives, quelle que soit l'autorité qui les ait formulées. C'est qu'en effet dans notre Droit il n'y a pas que le Parlement qui puisse édicter des règles de droit, d'autres autorités sont investies de ce pouvoir. Ce sont toutes celles qui ont qualité pour faire ce que l'on appelle des règlements. Dans le sens large, par conséquent, l'expression "loi" comprend non seulement la loi proprement dite, issue des délibérations parlementaires, mais encore les diverses espèces de règlements, en outre les traités internationaux. Tous ces actes obligent les particuliers et la force publique intervient pour en assurer le respect: ce sont des règles juridiques, des "lois" au sens où l'entend l'homme de la rue.

Source : BIU Cujas

Nous allons étudier:

1°- Les différents actes qui ont force de loi,

2°- La promulgation et la publication des lois,

3°- L'application de la loi dans le temps et dans l'espace.

4°- L'abrogation des lois.

1 - Les actes ayant force de loi

1 - Les lois, lois constitutionnelles et lois ordinaires.

1 - Parmi ces actes il faut accorder la première place à la loi au sens étroit, c'est-à-dire à l'acte émanant de l'organe législatif, A ce point de vue on fait une distinction entre les lois constitutionnelles et les lois ordinaires; en matière de droit civil il n'y a que des lois ordinaires. Sur cette distinction voir le cours de droit constitutionnel.

2-Les réglements décrets et arrêtés

2 - A côté de la loi proprement dite, il existe une seconde catégorie d'actes ayant force obligatoire: ce sont les règlements. Le parlement, en effet, ne peut ni tout prévoir, ni tout faire. Aussi, est-il nécessaire que certaines autorités soient investies dans une certaine limite du pouvoir d'édicter elles aussi des règles générales et obligatoires. Les actes de ces autorités sont appelés des règlements.

Le pouvoir réglementaire appartient tout d'abord au Président de la République , chef du pouvoir exécutif; les actes émanant du président de la République s'appellent des décrets. Sous la Restauration et la Monarchie de Juillet on les appelait des ordonnances.

Le pouvoir réglementaire appartient encore à certains agents locaux,les préfets dans les départements, et les maires dans les communes; leurs actes s'appellent des arrêtés, législation locale.

Les réglements sont nombreux et ont parfois une importance considérable. En matière de droit civil, ce sont surtout les décrets qui ont de l'importance; il n'y a guère de législation locale en matière de droit civil.

Un grand nombre de lois sont suivies de décrets du Président de la République, qui ont pour objet de préciser les détails d'application de ces lois. Le législateur ne pose que des formules générales. Il appartient au chef de l'Etat, chef du pouvoir exécutif, de prendre des dispositions de détail pour assurer l'exécution de la loi.

Réglements d'administration publique

Il arrive même que le législateur invite expressément le chef de l'Etat à règler l'exécution de la loi qu'il vient de voter, c'est même très fréquent. La loi, dans une disposition finale, décide que son application sera l'objet d'un réglement d'administration publique.

Source : BIU Cujas

En effet, le décret que rend le Président de la République à la suite de l'invitation qui lui est faite par le législateur doit être rendu après avis du Conseil d'Etat: c'est un réglement d'administration publique.

C'est ainsi qu'une loi récente, du 1er Juillet 1938, a modifié la loi sur les accidents du travail. Cette loi doit entrer en vigueur le 1er janvier prochain; elle prévoit que sur différents points le Président de la République prendra des décrets, avec l'avis du Conseil d'Etat, pour en assurer l'application. Ces décrets devaient être pris dans les trois mois de la promulgation de la loi.

Les réglements comme la loi sont des dispositions générales dont l'observation s'impose à tous. Ce sont bien des règles juridiques; ils constituent une véritable législation secondaire.

Toutefois, c'est un principe constitutionnel que les autorités investies du pouvoir réglementaire ne peuvent méconnaître la loi; un décret, un arrêté, qui modifierait une loi serait illégal; les tribunaux ne devraient pas en tenir compte et le décret pourrait être annulé par le Conseil d'Etat. Le décret peut donc règler l'application des lois, poser des règles de détail, mais il ne peut pas contrevenir à la loi, aller à l'encontre de ses dispositions.

Les décrets lois Leurs différentes sortes

Cependant ce principe comporte des exceptions. A certaines époques troublées, dans lesquelles généralement l'assemblée législative a été dissoute, il est arrivé que le gouvernement, le pouvoir exécutif, s'est substitué au législateur et a pris par décrets des dispositions qui, en temps ordinaire, auraient été du domaine exclusif de la loi, auraient été de la compétence exclusive du législateur. C'est arrivé à différentes reprises dans notre histoire, au cours du XIXème siècle. Ces dispositions, on les appelle des "décrets-lois".

D.L.pris par le pouvoir exécutif en l'absence d'assemblée législative

Il y a deux espèces de décrets-lois. Les décrets-lois auxquels nous faisons allusion sont des décrets qui sont pris par le pouvoir exécutif aux époques de changement de gouvernement, époques où il n'y a pas encore d'assemblée législative. Sous l'empire de la nécessité, le pouvoir exécutif excède sa compétence et prend des dispositions qui seraient de la compétence du législateur.

Des décrets de ce genre ont été rendus du 24 Février au 4 mai 1848 par le gouvernement provisoire; du 2 décembre 1851 jusqu'au 29 mars 1852, à l'avènement du Second Empire; du 4 Septembre 1870 au 12 Février 1871, par le Gouvernement de la Défense Nationale, jusqu'à la réunion de l'Assemblée nationale. On considère d'une façon générale, bien qu'aucun texte ne le dise, que

« Les Cours de Droit »
3, Place de la Sorbonne, 3
Répétitions écrites et orales
Reproduction Interdite
Source : BIU Cujas
Y

ces décrets-lois sont légaux; on les applique comme les lois.

Les décrets-lois pris par délégation du pouvoir législatif

Mais voici une autre catégorie de décrets-lois, qui est une innovation de notre droit moderne. Les difficultés d'ordre financier et monétaire qui se sont multipliées depuis un certain nombre d'années ont provoqué en effet l'éclosion d'une nouvelle catégorie de décrets-lois, d'une espèce tout à fait différente de la précédente, bien qu'on leur donne la même appellation. Il s'agit de décrets qui sont pris par le gouvernement avec l'autorisation des Chambres, par une sorte de délégation de la fonction législative. En un mot, le législateur abandonne en quelque sorte sa compétence et il permet au chef du pouvoir exécutif de légiférer sur des matières qui sont du ressort exclusif du Parlement.

Ces décrets constituent de véritables lois; ils ont la même force que les lois; ils modifient les textes législatifs; ils ont la force de la loi, sauf obligation pour le gouvernement de soumettre les décrets qu'il prend ainsi à la ratification des Chambres dans un délai donné. Ce qu'exige simplement le législateur c'est que les décrets-lois soient soumis à la ratification; il n'exige pas que la ratification intervienne! Or, l'expérience de ces dernières années nous démontre que la plupart des décrets ont bien été soumis à la ratification des Chambres, c'est-à-dire qu'un projet de loi a été déposé par le gouvernement, mais les Chambres n'ont jamais statué. Or, les décrets s'appliquent tant que le parlement n'a pas refusé de les ratifier, jusque là, les décrets continuent à s'appliquer.

L'objet de ces décrets sont généralement de permettre au gouvernement soit de réaliser des économies, soit de pourvoir à l'amélioration de la situation financière. Mais il est arrivé que, sous le couvert de la sauvegarde du franc, ou de l'amélioration de la situation financière, le gouvernement a pris les mesures les plus diverses et n'ayant que de lointains rapports avec la situation budgétaire.

C'est ainsi que parmi les décrets de 1935, nous trouvons des décrets qui réglementent la procédure civile, d'autres la transcription, certains s'occupent de la protection des enfants naturels.

Voici les dates des principaux "trains de décrets-lois".

D'abord, loi du 3 Août 1926, qui a autorisé le gouvernement à procéder par décrets jusqu'au 31 décembre à toute suppression ou fusion d'emplois, établissements ou services. C'est grâce à ce décret qu'on avait réformé l'organisation judiciaire en France, supprimé

Source : BIU Cujas

les tribunaux d'arrondissement . Ces décrets n'ont pas été ratifiés.

Loi du 28 février I934, article 36: "autorise le gouvernement à prendre jusqu'au 30 juin I934 des décrets rendus en Conseil des Ministres et intéressant les mesures d'économie et d'équilibre du budget". Une centaine de décrets sont intervenus en I934, en vertu de cette loi du 28 février.

Puis, le 6 juillet I934, une loi (article I3) permet de réaliser par décret la réforme fiscale, dont la loi fixe d'ailleurs les directives et les limites. Ici il s'agissait de décrets ayant un objectif très limité.

C'est ensuite la loi du 8 juin I935, qui autorise le gouvernement à prendre jusqu'au 3I octobre toutes dispositions ayant force de loi pour lutter contre la spéculation et défendre le franc. Ce fut la source la plus abondante de décrets-loi, environ cinq cents; quatre cents ont paru le 3I octobre, notamment le décret sur la transcription.

Une loi du 30 juin I937 a encore permis au gouvernement de légiférer par décrets.

Enfin cette année ont paru deux séries de décrets-lois.

La loi du I3 avril I938, autorisant jusqu'à la clôture de la session parlementaire le gouvernement à prendre des mesures pour faire face à la défense nationale et redresser les finances.

La loi du 5 octobre I938, a autorisé le gouvernement jusqu'au I5 novembre à prendre par décrets des mesures de redressement économique et financier. Certains de ces décrets intéressent le droit civil; ils sont peu nombreux

3- Les Traités internationaux.

3 - Enfin, une troisième catégorie d'actes qui ont force de loi; ce sont les traités internationaux. Ces actes, lorsqu'ils sont conclus dans les conditions prescrites par la Constitution sont obligatoires au même titre qu'une loi.

2 - La promulgation et la publication des lois.

Cette matière, bien qu'étrangère à proprement parler au droit civil, a été réglée par le Code civil, dans l'article Ier, Titre préliminaire. Elle figure dans le programme de Ière année.

Conditions pour que la loi votée par le parlement devienne exécutoire et obligatoire.

Lorsqu'une loi a été votée par le parlement, Sénat et Chambre des Députés, elle n'est pas encore obligatoire, ni exécutoire. Pour qu'elle le devienne une double opération est nécessaire: la promulgation et la publication.

Tout au moins, cette distinction est faite tra-

Source : BIU Cujas

ditionnellement par la jurisprudence, bien que les textes -et notamment le décret-loi du Gouvernement de la Défense Nationale du 5 novembre 1870 qui nous régit actuellement à ce point de vue- ne fassent pas la distinction entre la promulgation et la publication D'ailleurs, étymologiquement, "promulgari" veut dire publier. Peu importe; on fait traditionnellement la distinction entre la promulgation et la publication.

I- Promulgation par décret du président de la République.

La promulgation a lieu par décret du Président de la République. Par ce décret, le chef de l'Etat constate officiellement que le texte de la loi a été adopté par le Sénat et la Chambre des Députés dans les formes prescrites par la Constitution. Le Président déclare en outre que la loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

Le décret du 6 avril 1876 règle la formule de la promulgation des lois: "Le Sénat et la Chambre des Députés ont adopté, -le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit: (texte de la loi)-. La présente loi, délibérée et adoptée par le Sénat et par la Chambre des Députés, sera exécutée comme loi de l'Etat".

Par la promulgation, le pouvoir exécutif participe donc dans une certaine mesure à la confestion de la loi. Il ne peut d'ailleurs refuser la promulgation.

2- La publication de la loi. La règle Nul n'est censé ignorer la loi.

La loi une fois promulguée est bien exécutoire, mais elle n'est pas encore pour cela obligatoire. Il faut encore qu'elle soit publiée, c'est-à-dire portée à la connaissance des citoyens.

Il a paru nécessaire, en effet, que ceux à qui la loi doit être appliquée ne soient pas pris au dépourvu par une disposition légale dont ils ignoreraient l'existence. Si "nul n'est censé ignorer la loi", adage ancien et toujours en vigueur, encore faut-il que ce principe soit entendu dans des limites raisonnables. Il faut donc trouver un moyen d'avertir ceux à qui la loi sera appliquée. Ce sera l'objet de la publication.

Mais cette juste sollicitude, il ne faut tout de même pas la pousser trop loin. Il aurait été vraiment excessif, d'exiger pour chaque espèce la preuve que l'individu a bien eu connaissance de la loi. Pareil système aurait abouti à l'anarchie, d'abord parce que beaucoup de gens ne lisent pas l'Officiel; ensuite parce que, même ayant eu connaissance de la loi, certains auraient soutenu qu'ils n'en ont pas eu connaissance.

Il faut donc aboutir à une solution transactionnelle. La loi doit être respectée. Dès lors notre

Source : BIU Cujas

droit a pris un moyen terme. La loi promulguée reçoit une certaine publicité; puis, à l'expiration d'un certain délai qui suit cette publicité, la loi est censée connue de tous; elle peut être opposée à tous sans que personne soit admis à démontrer qu'il n'a pas eu connaissance de la loi. C'est ce qu'on appelle en droit une présomption irréfragable, c'est-à-dire que la loi présume que tout le monde a eu connaissance de la disposition légale, et personne n'est admis à prouver que cette connaissance en réalité il ne l'a pas eu.

On ne peut donc pour échapper à l'application de la loi, exciper de son ignorance. Nous verrons plus tard que l'ignorance de la loi quand elle est véritable a tout de même un certain effet; c'est de justifier de la bonne foi de l'intéressé dans certains cas où la loi prend en considération cette bonne foi. Dans certains cas, en effet, en matière de nullité de mariage par exemple, la loi prend en considération la bonne foi, l'ignorance, et notamment l'ignorance du droit.

Deux personnes se marient ignorant l'existence d'un empêchement qui existe entre elles. Le mariage sera nul, on leur appliquera la loi. Mais si elles démontrent qu'elles étaient dans l'ignorance de cette loi, que c'est par une erreur de droit qu'elles se sont mariées dans ces conditions, leur mariage produira tout de même certains effets; notamment les enfants qui pourraient être issus de ce mariage annulé auront la qualité d'enfants légitimes. C'est ce qu'on appelle le mariage putatif.

Formes successives de publication.

Dans quelles conditions la loi va-t-elle devenir obligatoire? A la suite d'une certaine publicité; mais quelle est cette publicité? Notre législation a passé sur ce point par trois phases.

La première date du Code civil; le système de publicité est contenu dans l'article Ier du Code civil.

Puis le système a été légèrement modifié par une Ordonnance royale de 1816.

Enfin, le système qui nous régit actuellement, est le système institué par un décret-loi du Gouvernement de la Défense Nationale du 5 novembre 1870.

- Système du C.C.

L'article I dit, dans son alinéa I: "Les lois sont exécutoires dans tout le territoire français, en vertu de la promulgation qui en est faite par le Roi (I)

(I) Comment expliquer que ce Code qui est né sous le Consulat dise "le Roi"? Le Code civil a eu plusieurs éditions, dont la dernière date de 1816. A ce moment là, la Monarchie était restaurée et partout

Source : BIU Cujas

" Elles seront exécutées dans chaque partie du Royaume (de la République), du moment où la promulgation en pourra être connue".

"La promulgation faite par le Roi sera réputée connue dans le département de la résidence royale, un jour après celui de la promulgation..."

Mais cette promulgation, où a-t-elle lieu? La loi ne nous le dit pas. Pas de recueil officiel. Seulement la promulgation était censée connue parce que dans la Constitution de l'an VIII elle devait obligatoirement intervenir un certain nombre de jours (dix jours) après le vote de la loi. On connaissait dès lors le jour où la promulgation avait lieu.

Dans le département de la Seine la loi était obligatoire un jour après celui de la promulgation. Pour les autres parties de la France, c'était très compliqué. L'application de la loi se faisait par zones concentriques suivant la distance entre Paris et le chef-lieu de chaque département.

L'article I dit que la loi est obligatoire dans chacun des autres départements après l'expiration du délai d'un jour, augmenté d'autant de jours qu'il y aura de fois IO myriamètres entre la ville où la promulgation aura été faite et le chef-lieu de chaque département.

La loi devenait obligatoire à Paris un jour après celui de la promulgation; dans un premier rayon de IO Kms autour de Paris, au bout de deux jours; dans un rayon un peu plus éloigné, 200 Kms, au bout de trois jours, etc... En Corse, il fallait quinze jours pour que la loi fût appliquée. Les distances avaient été fixées officiellement entre Paris et le chef-lieu de chaque département.

2- Système de l'ordonnance de I8I6; Le Bulletin des Lois.

Ce système ne pouvait plus s'appliquer sous la restauration, parce qu'à cette époque le Roi n'était pas obligé de promulguer la loi dansun délai déterminé. C'est alors que l'Ordonnance du 26 novembre I8I6, tout en conservant le système d'application par zones concentriques, est venue instituer un organe officiel dans lequel la loi est publiée: c'est le Bulletin des Lois. Dès lors le point de départ du délai d'application, aux termes de cette Ordonnance, c'est le jour où le Bulletin des Lois contenant un texte législatif est reçu au Ministère de la Justice. La loi est obligatoire un jour après celui où le Bulletin des Lois est reçu au Ministère

---

où il était question de l'empereur on a substitué le mot "Roi": le Roi; le Procureur du Roi, etc..

Source : BIU Cujas

la Justice; et, dans les autres départements, suivant les distances fixées par l'article Ier (système des zones concentriques).

3- Système actuel (D.L. de I870 et loi du I9 avril I930).

Tel est le système qui nous a régis jusqu'en I870. En I870 le Gouvernement de la Défense Nationale institue le système qui nous régit actuellement. Dorénavant, dit l'article Ier du décret-loi du 5 novembre I870, "la promulgation des lois et décrets résultera de leur insertion au Journal Officiel de la République Française, lequel à cet égard remplacera le Bulletin des Lois".

Le Bulletin des Lois n'est d'ailleurs pas supprimé par le décret de I870; il continua à paraître, mais très irrégulièrement. Certaines dispositions, certains décrets notamment, n'étant pas insérés au Journal Officiel, l'étaient au Bulletin des Lois, et, pour ces textes-là c'est l'Ordonnance de I8I6 qui s'appliquait. Ce régime dura jusqu'en I930. Une loi du I9 avril I930 supprime le Bulletin des Lois. Toutes les dispositions légales et les décrets paraîssent au Journal Officiel.

'insertion au .O.

Voyons maintenant dans quelles conditions la loi deviendra obligatoire. Elle doit être insérée au Journal Officiel.

L'article 2 du décret de I870 dit: "Les lois et décrets seront obligatoires, à Paris, un jour franc après la promulgation... (ici la loi confond promulgation et publication), et partout ailleurs, dans l'étendue de chaque département, un jour franc après que le Journal Officiel qui les contient sera parvenu au chef-lieu de cet arrondissement".

ɔment auquel a loi devient bligatoire à aris et au ef-lieu de aque arron- issement.

Lorsque la loi a été publiée au Journal Officiel, elle devient obligatoire à Paris un jour franc après celui de la promulgation. Un jour franc, c'est un jour compté de minuit à minuit, un jour entier. Une loi est publiée au Journal Officiel de ce jour, 26 novembre; quand la loi sera-t-elle obligatoire? La Journée du 26 ne compte pas; le jour franc c'est celui qui commence le 27 novembre à 0 heure et qui se termine le même jour à 24 heures. La loi sera obligatoire à Paris le 28 dès la première minute.

Pour les chefs-lieux d'arrondissement, la loi devient obligatoire un jour franc après que le Journal Officiel est parvenu au chef-lieu de cet arrondissement. Le décret abandonne le système des zones concentriques; on tient compte du jour d'arrivée de l'Officiel, et le jour d'arrivée ne comptant pas, on compte un jour franc; le surlendemain de l'arrivée du Journal Officiel la loi est obligatoire au chef-lieu de l'arrondissement.

Source : BIU Cujas

La promulgation d'urgence.

Tel est le système qui a été adopté par le décret de I870 et qui nous régit encore actuellement. Mais l'Ordonnance de I9I6, qui continue sur ce point à être en vigueur, a prévu une forme exceptionnelle de promulgation, qui peut être employée par le gouvernement lorsqu'il désire qu'une loi soit mise à exécution dans les délais les plus rapides. Elle est prévue par l'article 4 de l'Ordonnance du 27 novembre I8I6 et par une autre Ordonnance du I8 janvier I8I7. Il s'agit d'une promulgation d'urgence, qui s'applique encore aujourd'hui, généralement lorsqu'il s'agit de lois de finances qui sont votées généralement le dernier jour de l'année. On recourt à cette promulgation spéciale pour que les impôts puissent être perçus immédiatement.

Elle consiste dans une transmission télégraphique. La signature du chef de l'Etat est toujours obligatoire; mais une fois que le chef de l'Etat a signé le décret de promulgation, on transmet le texte de la loi par la voie télégraphique dans tous les arrondissements, et la publicité consiste ici, non pas dans l'insertion à l'Officiel (on ne tient pas compte du Journal Officiel qui contient la loi mais qui paraît un ou deux jours plus tard) mais dans un affichage du texte de la loi.

Difficulté soulevée par la détermination du moment auquel est applicable la loi promulguée d'urgence.

Mais il y a une difficulté. L'Ordonnance de I8I7, article 2, nous dit que les lois et ordonnances qui sont publiées de cette manière seront exécutées à partir du jour de la publication. Qu'est-ce que cela veut dire?

L'administration de l'Enregistrement avait entendu cette disposition d'une manière très large; elle soutenait que la loi est applicable, à compter de la première heure du jour où la loi a été affichée. Par exemple, la loi est affichée le Ier janvier à I4 heures; elle est applicable le Ier janvier à partir de 0 heure I minute. Il s'agissait d'une personne qui était décédée à 6 heures du matin le jour de l'affichage; mais l'affichage n'avait eu lieu qu'à I2h.45. La loi élevait les droits de mutation par décès. La personne étant décédée à 6 heures du matin, l'administration de l'Enregistrement prétendait percevoir les droits de mutation nouveaux; les héritiers protestaient et soutenaient que la loi n'ayant pas été affichée avant I2h.45, les droits de succession ouverte avant l'affichage étaient les droits anciens. La Cour de cassation a donné raison aux héritiers, notamment dans un arrêt du 4 mars I93I.

Mais, à partir de quel moment la loi devient-elle

Source : BIU Cujas

obligatoire? De l'avis de beaucoup, elle devient obligatoire immédiatement, dès l'affichage. Il n'est pas question ici de jour franc, ni même d'attendre le lendemain. En vertu de cette Ordonnance de 1816 et de cette Ordonnance de 1817 sur la promulgation d'urgence, la loi est immédiatement applicable dès l'affichage.

Ce n'est pourtant pas la solution qui a prévalu devant la Cour de cassation. La Cour de cassation, dans un arrêt du 9 Novembre 1932 (G.P. 25 Décembre), décide que la loi ainsi publiée n'est obligatoire que le lendemain. En un mot, aujourd'hui à 12 H. 45 on publie d'urgence une loi, à notre avis la loi devient immédiatement applicable. La Cour de cassation dit: non, elle ne s'appliquera que le lendemain. à partir de 0 heure.

Fixation par le législateur de la date d'entrée en vigueur d'une loi déterminée.

Il est des cas où le législateur simplifie le problème en fixant lui-même la date d'entrée en vigueur de sa disposition. Il arrive en effet que des lois exigent une mise en train, que leur application ne soit pas possible immédiatement. Dans ce cas, le législateur fixe à un délai plus ou moins éloigné l'entrée en vigueur de la loi. C'est ce qui est arrivé notamment pour une loi du 1er Juillet dernier, qui a modifié la législation des accidents du travail, en améliorant la situation des victimes d'accidents du travail. Il fallait tenir compte des contrats d'assurance en cours. et laisser le temps aux personnes soumises à cette législation et aux compagnies d'assurances de modifier leurs contrats. C'est pourquoi le législateur a décidé que la loi n'entrerait en vigueur que six mois après la promulgation, c'est-à-dire le 1er Janvier.

Publication des décrets

Les règles relatives à la publication des décrets sont aujourd'hui les mêmes que celles de la publication des lois.

Conséquences de l'insertion au J.O. d'un texte erroné. De la valeur des errata.

Mais voici une question d'actualité. La loi promulguée et publiée est obligatoire dans le texte qui a été inséré au Journal Officiel. Mais que décider si le texte du Journal Officiel est erroné? S'il ne correspond pas à la loi telle qu'elle a été votée, au décret tel qu'il a été rédigé et signé par le chef de l'Etat? Pendant longtemps ce fait a été exceptionnel, mais les erreurs que contiennent les textes insérés à l'Officiel se multiplient dans des proportions extravagantes. La pratique s'est instituée d'insérer à l'Officiel un erratum pour réparer les erreurs ou omissions. Les errata ne sont pas chose exceptionnelle; il paraît à la suite de certaines lois importantes des colonnes d'errata: c'est le cas des décrets-lois qui viennent d'être publiés.

Certains errata modifient radicalement le sens

Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

de certains textes. Cela est grave, surtout en matière d'impôts et en matière de délais Le danger est qu'un erratum vienne modifier une loi après coup.

Sans entrer dans le détail de la controverse, bornons-nous à citer un arrêt de la Cour de cassation du 18 Décembre 1933, qui décide que la rectification par voie d'erratum des dispositions légales ou réglementaires insérées à l'Officiel n'est admissible qu'autant qu'il s'agit de réparer une simple erreur matérielle; par exemple un mot omis, une coquille typographique. Mais, dit la Cour, s'il ne s'agit pas de réparer une erreur matérielle, si l'erratum contient une modification plus importante , on n'a pas à en tenir compte. Il appartient au juge d'apprécier, dit la Cour de cassation, eu égard aux circonstances, si l'existence d'une telle erreur est assez apparente pour qu'il convienne de faire prévaloir sur le texte primitivement inséré le texte ainsi modifié.

3 - Application de la loi dans l'espace et dans le temps.

La loi promulguée et publiée est obligatoire pour tous, mais quand on a posé ce principe, on n'en a pas fini avec les difficultés.

Il est un premier ordre de difficultés dont nous n'avons pas à nous occuper à ce cours: c'est l'application de la loi dans l'espace. La loi n'est obligatoire que dans les limites du territoire français; la souveraineté du législateur s'arrête aux frontières de la France, c'est bien entendu. Mais la difficulté est qu'il y a des étrangers en France, des Français à l'étranger; des étrangers qui possèdent des biens en France, et inversement des Français qui possèdent des biens à l'étranger. Dès lors la question se pose de savoir quelle loi sera applicable à ces diverses situations: est-ce la loi française ou la loi étrangère? C'est la question de l'application de la loi dans l'espace.

Par exemple un étranger habite la France; il décède; il a des biens en France ;par quelle loi sera règlée sa succession: par sa loi nationale ou par la loi française? C'est un problème de droit international privé, pour lequel il existe un cours particulier en 3ème Année. Bien que la question soit prévue par l'article 3 du Code civil, elle est exclue du programme de Droit civil.

Par contre, figure dans le programme de Droit civil la question de l'application de la loi dans le temps.

Position du problème

La difficulté est la suivante. Il est des situa-

Source : BIU Cujas

tions juridiques dont les effets se prolongent pendant un temps quelquefois fort long, tels le mariage, la propriété, et dès lors se pose la question de savoir si une situation juridique créée sous l'empire d'une loi donnée peut être modifiée par une loi postérieure modifiant la première. Quelle loi doit s'appliquer à cette situation juridique? Est-ce la loi ancienne? Est-ce la loi nouvelle? C'est la question de l'application des lois dans le temps.

L'art. 2 C.C. La loi nouvelle n'a pas d'effet rétroactif mais s'applique à toutes les situations juridiques qui ont pris naisssance depuis sa mise en vigueur.

La question est règlée par l'article 2, qui pose un principe très bref: "La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif".

C'est très simple au premier abord, mais en réalité c'est une des questions les plus compliquées qui existent.

D'après ce texte, il y a une ligne de démarcation bien nette à établir entre deux périodes: pendant la période antérieure au moment où la loi nouvelle devient obligatoire, la loi ancienne s'applique seule; la loi n'a pas d'effet rétroactif. Pendant la période postérieure au moment où la loi nouvelle est devenue obligatoire, cette loi nouvelle s'applique exclusivement.

Par conséquent, si une loi devient obligatoire aujourd'hui, les situations juridiques antérieures sont réglées par la loi ancienne; celles qui ont pris naissance à partir d'aujourd'hui sont réglées par la loi nouvelle.

Justification de la non rétroactivité

Cette disposition se justifie fort bien. Si la loi rétroagissait , si une loi nouvelle pouvait porter atteinte à ce qui a été fait ou acquis sous l'empire de la loi antérieure, il n'y aurait plus de sécurité possible; les particuliers pourraient voir leur état ou leur patrimoine compromis à tout instant par la promulgation d'une loi nouvelle. Ce qui est valable sous une législation doit rester valable quand bien même une loi nouvelle introduirait de nouvelles dispositions.

Exemple simple: dans notre législation actuelle, l'âge de la majorité est fixé à 21 ans. Un contrat passé par une personne qui a 21 ans accomplis est donc valable. Supposez qu'une loi nouvelle recule l'âge de la majorité à 23 ans. Voici un contrat qui a été fait sous l'empire de la loi ancienne par une personne qui avait 21 ans accomplis, ce contrat était valable, il restera valable, quand bien même une loi viendrait postérieurement reculer l'âge de la majorité.

Hypothèse inverse: aujourd'hui la loi fixe la majorité à 21 ans; si un individu âgé de 20 ans fait seul un acte juridique, cet acte est nul. Supposez que quelques jours plus tard une loi intervienne aux termes de laquelle la majorité est fixée à 20 ans;

Source : BIU Cujas

pourra-t-on dire à ce jeune homme: la majorité est fixée à 20 ans, l'acte que vous avez passé antérieurement est valable, il n'est plus nul? Non, ce jeune homme a le droit de demander la nullité, quand bien même l'âge de la majorité a été abaissé.

Difficultés soulevées par le principe de la non rétroactivité

Voilà ce que veut dire l'article 2, qui pose le principe de la non rétroactivité des lois, principe qui paraît simple au premier abord, qui s'applique très bien dans notre exemple, mais en réalité il en est peu qui aient soulevé autant de difficultés d'interprétation.

Les points certains

1-Respect des effets des actes juridiques définitivement accomplis lors de la mise en vigueur de la loi nouvelle

Un premier point certain, c'est qu'une loi nouvelle ne peut porter atteinte aux effets des actes juridiques définitivement accomplis au moment de la promulgation. C'est le cas de l'élévation de l'âge de la majorité. Autre exemple: aujourd'hui on succède jusqu'au sixième degré. Une personne meurt aujourd'hui, laissant des cousins au sixième degré; ces cousins vont hériter s'il n'y a pas d'héritier plus proche. Si demain devient obligatoire une loi décidant qu'on ne succédera plus que jusqu'au quatrième degré, du moment que la succession a été ouverte par le décès survenu sous l'empire de la loi ancienne qui fixait au sixième degré la possibilité de succéder, la loi nouvelle ne peut porter atteinte aux droits des héritiers; leur droit de succession s'est ouvert sous la loi ancienne; la loi nouvelle qui abaisse au quatrième degré le degré successible n'aura aucun effet à l'encontre de ces héritiers.

2-Application exclusive de la loi nouvelle aux faits postérieurs à sa mise en vigueur.

Un second point certain, c'est que la loi nouvelle est seule applicable aux faits qui se produisent depuis le moment où elle est devenue obligatoire. Supposons qu'aujourd'hui une loi devienne obligatoire, aux termes de laquelle on n'héritera plus que jusqu'au quatrième degré; une personne meurt aujourd'hui, la loi est obligatoire; d'après la loi nouvelle, les cousins au sixième degré seront exclus; c'est l'Etat qui recueillera la succession.

Difficulté concernant les situations juridiques nées avant la loi nouvelle mais dont les effets se prolongent après la mise en vigueur de celle-ci. Exemples.

Mais voici l'origine de toutes les difficultés. La difficulté provient de ce qu'il existe en droit des situations dont les conséquences se développent successivement et pendant un temps plus ou moins long. Il y a en droit, en effet, deux sortes de faits ou d'actes juridiques. Il y a des faits ou des actes juridiques dont les effets se réalisent immédiatement et une fois pour toutes. Ces faits sont instantanés en eux-mêmes et dans leurs conséquences; par exemple, l'ouverture d'une succession par la mort de quelqu'un; le droit des héritiers est fixé dès l'instant de la mort.

Source : BIU Cujas

Par exemple encore, les conditions de validité d'un acte, d'une vente; aujourd'hui les ventes d'immeubles peuvent être faites par actes sous seing privé; pas besoin d'aller chez le notaire; si aujourd'hui une vente est faite sous seingsprivés elle est valable. Mais que demain une loi vienne décider que les ventes d'immeubles doivent avoir lieu devant notaire, la vente antérieure reste valable.

Mais il est d'autres situations d'où naissent des effets successifs susceptibles de se produire pendant une longue période. C'est le cas du mariage, qui produit des effets juridiques entre les époux tant que le mariage subsiste. C'est le cas du contrat de mariage qui règle les rapports pécuniaires entre époux. C'est le cas de l'état de Français ou d'étranger; l'état de Français entraîne un certain nombre de conséquences: droit de vote, jouissance de certains droits civils, dont le Français bénéficie jusqu'à sa mort; les conséquences de la nationalité française se produisent indéfiniment jusqu'à la mort du Français.

Dès lors, lorsqu'une situation juridique de ce genre a pris naissance sous l'empire de la loi ancienne, les effets qu'elle produira dans l'avenir seront-ils toujours régis par la loi ancienne sous l'empire de laquelle la situation a pris naissance, ou bien au contraire la situation juridique sera-t-elle affectée dans ses effets futurs par le changement de législation?

Voici quelques exemples.

La naturalisation, acte par lequel une personne de nationalité étrangère acquiert la qualité de Français, entraîne certains droits; celui qui est naturalisé devient Français et il acquiert en principe tous les droits reconnus aux Français, tout au moins il en était ainsi jusqu'à ces dernières années, droits politiques, droit de vote notamment, droit d'accès aux fonctions publiques. Supposez qu'une loi décide que les étrangers naturalisés ne jouiront plus des droits politiques ou n'en jouiront plus qu'après un certain délai: c'est ce que vient de faire un décret-loi qui a décidé que les étrangers naturalisés ne seront électeurs que cinq ans après leur naturalisation; une loi du 19 Juillet 1934 a décidé que les étrangers naturalisés n'auraient accès aux fonctions publiques qu'après dix ans. La question est de savoir si la loi nouvelle va s'appliquer aux étrangers naturalisés sous l'empire de la loi ancienne. Ceux qui seront naturalisés aujourd'hui seront soumis à la loi nouvelle, mais ceux qui ont été naturalisés sous la loi ancienne, vont-ils perdre le droit de vote ou le droit d'accès aux fonctions publiques? Tel est le problème. Signalons d'ail-

Source : BIU Cujas

leurs que dans le décret-loi il est dit que la disposition qui restreint le droit de vote ne sera pas applicable aux étrangers antérieurement naturalisés.

Autre exemple: la propriété. Voilà un droit qui produit des conséquences à l'infini, peut-on dire, puisqu'à la mort d'une personne ses droits de propriété passent à ses héritiers, etc... Le droit de propriété emporte certaines prérogatives . Si le législateur supprime l'une de ces prérogatives, un de ces droits inhérents à la propriété, est-ce que la loi s'appliquera aux propriétaires qui avaient acquis leurs droits sous l'empire de la loi ancienne qui leur accordait cette prérogative?

Autre exemple: le mariage et la situation de la femme mariée. Avant la loi du 18 Février 1938, la femme était frappée d'incapacité; elle ne pouvait faire aucun acte sans l'autorisation de son mari ou sans l'autorisation de justice. De même elle ne pouvait entreprendre aucune profession sans l'autorisation de son mari. Survient la loi du 18 Février dernier, qui restitue à la femme sa pleine capacité, qui supprime l'autorisation maritale en grande partie. Quelle est la situation des ménages qui se sont mariés antérieurement à la loi? L'union conjugale a été constituée sous l'empire de la loi ancienne, sous l'empire du Code civil, qui admettait l'incapacité de la femme. Certains maris ont-ils le droit de soutenir qu'ils ont un droit acquis à ce que leurs femmes restent incapables ? Ou bien est-ce que la loi nouvelle va s'appliquer immédiatement aux ménages même constitués antérieurement à la loi du 18 Février?

Dernier exemple, emprunté aux régimes matrimoniaux Jusqu'à une loi du 13 Juillet 1907, lorsque les époux étaient mariés sous le régime de la communauté, le mari avait le droit de percevoir les gains et les salaires de sa femme. Il en faisait parfois mauvais usage; si bien qu'une loi du 13 Juillet 1907 est venue décider que désormais les femmes exerçant une profession distincte de celle de leurs maris pourraient percevoir leurs gains et salaires et les administrer et placer comme elles l'entendraient. Cette loi devait-elle s'appliquer aux époux mariés avant la loi du 13 Juillet 1907 ? Ou bien la loi nouvelle devait-elle recevoir immédiatement application?

Dispositions transitoires

Comment la question doit-elle être réglée? Pas de difficultés dans certains cas, parce que le législateur a prévu la question. Il institue ce qu'on appelle une disposition transitoire, qui va ménager le passage d'une législation à l'autre.

La distinction

Mais bien souvent le législateur n'a rien dit.

Source : BIU Cujas

des droits acquis et des simples expectatives

Certains auteurs ont voulu faire intervenir ici une distinction: la distinction des droits acquis et des expectatives. La loi nouvelle, disent-ils, ne peut pas porter atteinte aux droits acquis, mais elle peut nuire à ce qui n'est que simple expectative. Seulement la difficulté est de savoir quand on est en présence d'un droit acquis ou d'une expectative. Quand la conséquence d'un fait ou d'un acte doit-elle être considérée comme étant la suite nécessaire de cet acte au point qu'il y a droit acquis? Ou bien quand doit-elle être considérée seulement comme étant une suite possible de cet acte, auquel cas il y aurait simple expectative? Ce n'est pas facile à déterminer.

Principe de l'application immédiate de la loi nouvelle même aux faits qui seraient la conséquence d'une situation juridique antérieure.

Applications

Ce qu'il faut décider, avec la jurisprudence de la Cour de cassation, c'est que la loi nouvelle doit en principe s'appliquer immédiatement, s'appliquer aux faits qui se produisent sous l'empire de cette loi, alors même que ces faits seraient la conséquence d'une situation juridique ayant pris naissance sous l'empire de la loi ancienne.

Il faut partir de ce principe : la loi nouvelle doit s'appliquer immédiatement. Et cela pour une raison bien simple: c'est que toute loi nouvelle constitue ou est censée constituer une amélioration par rapport à la législation antérieure; sans cela on ne l'aurait pas faite. Donc le principe est que la loi nouvelle s'applique immédiatement; elle dispose pour l'avenir, mais elle englobe tout l'avenir. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation dans différents arrêts, notamment dans un arrêt du 31 Janvier 1921. "Toute loi nouvelle, dit la Cour de cassation, s'applique même aux situations établies ou aux rapports juridiques formés dès avant sa promulgation, à moins qu'il n'en résulte une lésion des droits acquis". La Cour de cassation maintient assez volontiers la distinction des droits acquis et des simples expectatives.

Il faut que la loi nouvelle s'applique tout de suite, et cela paraît indispensable. Le système contraire aboutirait même dans certains cas à des impossibilités. En particulier, on ne pourrait pas modifier le régime de la propriété, puisqu'il s'agit d'un droit dit perpétuel. Par exemple, la loi qui, sous la Révolution, a aboli les droits féodaux, ou celle qui a aboli l'esclavage des noirs en 1848, ces lois portaient atteinte à des droits acquis, aux propriétaires d'immeubles qui pouvaient invoquer des droits féodaux, aux propriétaires d'esclaves qui étaient dans les colonies. Mais alors aucune réforme ne serait possible en matière de propriété. Le législateur ne nous garantit nullement l'existence indéfinie dans l'avenir de nos droits acquis, dit

Source : BIU Cujas

M. Planiol. Il faut admettre que la loi nouvelle s'applique immédiatement.

Pour la même raison, la loi sur l'incapacité de la femme mariée doit s'appliquer même aux femmes mariées antérieurement à sa promulgation. La loi du 13 Juillet 1907 sur le libre salaire de la femme mariée s'est appliquée même aux époux mariés antérieurement à la loi.

Pour la même raison encore, la jurisprudence a décidé que la loi de 1912 qui a admis la recherche de la paternité, a pu être invoquée par les enfants naturels qui étaient nés antérieurement à cette loi. Le père qui ne voulait pas reconnaître l'enfant n'avait aucun droit acquis à rester ignoré.

Tempérament, en matière contractuelle, au principe de l'application immédiate de la loi nouvelle. Respect du principe de la liberté des conventions. Application aux effets du contrat de la loi en vigueur au moment de sa conclusion

Le principe que la loi nouvelle doit s'appliquer immédiatement comporte un tempérament lorsqu'il s'agit de contrats. Il faut décider que la loi ancienne doit continuer à s'appliquer toutes les fois que l'application de la loi nouvelle aboutirait à méconnaître une convention librement formée entre deux personnes. Une convention peut, elle aussi, produire des effets successifs. Or, la loi nouvelle ne peut s'appliquer à aucun des effets résultant de la convention passée sous l'empire de la loi ancienne; sinon elle méconnaîtrait ce qu'ont voulu les parties à ce contrat.

C'est qu'en effet il existe dans notre droit un principe général; les particuliers peuvent librement passer entre eux des conventions et faire produire à leurs actes, à leurs contrats, tels effets qu'ils jugent utiles. C'est le principe de la liberté des conventions; principe auquel on a apporté en ces dernières années pas mal d'atteintes; principe qui subsiste cependant et qui est à la base de notre législation civile.

Il résulte de là qu'un contrat valablement conclu entre deux personnes doit régir les contractants et continuer à les régir sans qu'on ait à se préoccuper des modifications législatives postérieures. Les parties ont voulu l'application de la loi ancienne; elles sont soumises exclusivement à cette loi ancienne. La solution qui appliquerait la loi nouvelle aux situations anciennes, méconnaîtrait la volonté des intéressés et apporterait un trouble grave dans l'économie des contrats. Les contrats passés sous une loi déterminée continuent donc à être régis par cette loi, quels que soient les changements apportés par la suite à l'ancienne législation.

C'est ce que décide la Cour de cassation, notamment dans un arrêt du 30 Novembre 1920 (Sirey 1921.1.167). L'arrêt décide que les effets d'un contrat sont régis en principe par la loi en vigueur au moment où il est passé.

Source : BIU Cujas

En particulier les causes de résolution ou de nullité dérivant d'une loi nouvelle ne peuvent affecter les droits contractuels légalement acquis sous l'empire de la loi ancienne.

Exemple- Aujourd'hui les époux qui se marient sans contrat de mariage sont soumis au régime de la communauté légale, qu'on appelle la communauté des meubles et acquêts. Ce régime de communauté, ils sont censés l'avoir adopté en se mariant du seul fait qu'ils n'ont pas rédigé de contrat de mariage; c'est en quelque sorte une convention tacite de leur part. Supposez que demain intervienne une loi qui décide que désormais le régime des époux qui se marieront sans contrat sera le régime de séparation de biens. Que faudra-t-il décider pour les époux qui se seront mariés sous l'empire de la loi ancienne? Incontestablement il faudra leur faire applicationdu principe consacré par la Cour de cassation dans son arrêt du 30 décembre 1920, et décider que leurs rapports pécuniaires continueront à être régis par la communauté de meubles et acquêts. Le régime de séparation de biens ne sera applicable qu'aux époux qui se marieront à partir du jour où la loi nouvelle sera devenue obligatoire.

Autre exemple: Aujourd'hui le taux de l'intérêt de l'argent est libre. On peut emprunter à un taux que les parties fixent librement. Supposez qu'aujourd'hui des personnes fassent un contrat de prêt d'argent et que l'intérêt stipulé soit de 8 %. Supposez encore que demain intervienne une loi qui nous ramène à l'état de choses ancien, qui fixait le maximum du taux de l'intérêt. La loi nouvelle décide par exemple qu'on ne pourra pas dans un contrat de prêt stipuler un intérêt supérieur à 4 ou 5 %. Est-ce que cette loi nouvelle s'appliquera aux contrats de prêt passés sous le régime actuel? Certainement non; les parties continueront à être régies par leur contrat qui était valable et qui stipulait un intérêt de 8 %; le débiteur ne pourra pas invoquer la loi nouvelle pour diminuer le taux de l'intérêt qu'il devra payer à son créancier.

Telle est la règle en ce qui concerne les contrats. Mais il semble qu'il y ait des exceptions à cette règle.

La loi nouvelle doit elle-même en matière contractuelle s'appliquer rétroactivement, si elle est d'ordre public?

D'après certains arrêts, qu'une partie de la doctrine a généralisés, il faut admettre que, même s'agissant d'un contrat, les dispositions de la loi nouvelle doivent s'appliquer aux rapports des contractants, du moment que ces dispositions ont un caractère d'intérêt général, un caractère d'ordre public. Les dispositions d'ordre public devraient s'appliquer même à un contrat passé sous l'empire de la loi ancienne.

Source : BIU Cujas
Reproduction interdite

Solution affirmative de la Cour de Cassation en matière de clause or et de délai congé

Exemple: La jurisprudence a fait application de cette solution à une matière qui a donné lieu à de nombreuses discussions en ces dernières années; il s'agit des clauses de paiement en or ou en monnaie étrangère, qui avaient été insérées dans certains contrats. Nous vivons sous un régime de cours forcé, en ce sens que la Banque de France ne peut être contrainte de remettre de l'or en échange de ses billets. Le cours forcé est une cause de dépréciation monétaire. Pour éviter cet inconvénient, certaines personnes avaient inséré dans leurs contrats, et notamment dans les contrats de louage d'immeubles, une clause aux termes de laquelle le loyer devait être payé en or ou en francs appréciés suivant la valeur de l'or, ou encore en monnaie étrangère, en livres ou en dollars. Or, la Cour de cassation a décidé que ces clauses de paiement-or sont nulles comme portant atteinte au crédit public, comme de nature à entraîner la dépréciation de la monnaie. Elles sont nulles d'une nullité d'ordre public.

Mais il est arrivé que des gens très prévoyants avaient inséré ces clauses antérieurement à 1914, alors que nous ne vivions pas sous le régime du cours forcé. Or, la cour de cassation décide que c'est en période de cours forcé que ces clauses de paiement en or ou en monnaie étrangère sont illicites comme contraires à l'ordre public; elles sont valables en une période normale, puisqu'on a toujours la possibilité à cette période de se procurer de l'or à la Banque de France en échange des billets. Ces personnes, avant la guerre de 1914, alors qu'on était en période normale, avaient déjà, en prévision d'une dépréciation possible de la monnaie, inséré une semblable clause dans un contrat de louage, ou dans tout autre contrat. L'institution du cours forcé devait-elle rétroagir et atteindre les clauses qui avaient été insérées antérieurement dans certains contrats ? La Cour de cassation a décidé que ces clauses étaient également nulles, qu'elles tombaient sous la loi du cours forcé (arrêt du 17 Mai 1927: Sirey 1927.I.289).

Autre exemple: La Cour de cassation a eu également l'occasion de décider qu'une disposition nouvelle d'ordre public devait s'appliquer même aux contrats passés antérieurement, à propos de la loi du 19 Juillet 1928, qui a interdit d'abréger par convention individuelle le délai de prévenance d'usage en matière de louage de services. Dans certaines professions, lorsque l'ouvrier ou l'employé donne congé à son patron, ou inversement lorsque cet ouvrier ou cet employé est congédié par le chef d'entreprise, l'un et l'autre doivent observer un certain délai de prévenance. Or, il arrivait fréquemment

Source : BIU Cujas

que dans les contrats industriels ou commerciaux, il était stipulé que le délai de prévenance ne devrait pas être observé, en un mot que l'employé ou l'ouvrier pourrait être congédié séance tenante, ou qu'il pourrait quitter le travail sans délai. Ces clauses étaient valables.

La loi du 19 Juillet 1928 a décidé au contraire qu'à l'avenir une convention individuelle ne pourrait ni supprimer, ni abréger les délais d'usage. La question était de savoir si cette clause pouvait régir les contrats passés sous l'empire de la loi ancienne, qui admettait la validité. Il semblait que ces contrats dussent continuer à s'appliquer. Cependant, la cour de cassation, ayant considéré que la loi nouvelle était d'ordre public, a déclaré applicable la disposition nouvelle aux contrats anciens.

De ces deux solutions, l'une relative aux clauses de paiement en or, l'autre relative aux délais d'usage, certains auteurs ont tiré cette conclusion, peut-être hâtive, que toutes les fois qu'une disposition nouvelle est d'ordre public, elle régit nécessairement les contrats antérieurs à sa promulgation.

Portée du principe de la non rétroactivité Il s'impose au juge mais non au législateur

Telle est la portée du principe de la non rétroactivité des lois. Mais il importe de remarquer tout d'abord que ce principe lie le juge et non pas le législateur. Les tribunaux ne peuvent; sans encourir la censure de la Cour de cassation, donner à une loi un effet rétroactif dans un cas où elle ne le comporte pas; c'est un point certain. Par contre, comme le principe de l'article 2 est inscrit non pas dans la constitution mais dans une loi ordinaire, le Code civil, le législateur a toujours le pouvoir de donner un effet rétroactif à une loi qu'il édicte dans un cas déterminé.

En général, il ne le fait pas. Il l'a cependant fait quelquefois. Dans certains cas c'est nécessaire, et cela n'a pas d'inconvénients; dans d'autres cas l'effet rétroactif donné à une loi peut être tout à fait funeste. Voici un exemple fameux de l'inconvénient qu'il peut y avoir à donner un effet rétroactif à la loi. Il s'agit d'une loi du 17 nivôse an II, qui avait modifié complètement le régime de la dévolution successorale, c'est-à-dire changé l'ordre dans lequel les héritiers devaient succéder. Or, cette loi avait été déclarée par le législateur rétroactive, c'est-à-dire que toutes les successions qui s'étaient ouvertes depuis le 14 Juillet 1789 jusqu'à la promulgation de la loi du 17 nivose an II, étaient remises en question. L'effet rétroactif donné à une loi dans ces conditions est tout à fait funeste.

Source : BIU Cujas

Signalons en terminant trois points.

Le principe de non rétroactivité et les lois pénales, les lois de procédure et les lois interprétatives

1°- On est d'accord pour reconnaître un effet rétroactif aux lois pénales, dans le cas tout au moins où elles sont moins rigoureuses que la loi ancienne. On fait bénéficier en un mot les inculpés qui ont commis l'infraction sous l'empire de la loi ancienne de la moindre rigueur de la loi nouvelle. Par contre, on ne peut pas donner un effet rétroactif à la loi pénale lorsque cette loi nouvelle est plus rigoureuse que l'ancienne. Ici on maintient le principe de la non rétroactivité.

2°- D'après un grand nombre d'auteurs, les lois de compétence et de procédure ont un effet rétroactif, mais cette solution parait tout à fait inexacte. Sans doute les lois de compétence et de procédure s'appliquent immédiatement aux instances en cours, mais c'est précisément en raison du principe que la loi nouvelle doit s'appliquer immédiatement. Une instance, c'est une de ces situations juridiques qui produisent des effets se développant pendant une certaine période; or, la loi nouvelle doit régir l'instance dès le moment même où elle est promulguée; bien entendu, la loi nouvelle ne portera pas atteinte aux actes qui ont été faits antérieurement, mais elle régira l'instance dès que cette loi sera devenue obligatoire. Il n'y a là aucune atteinte au principe de non rétroactivité. L'application immédiate de la loi n'est pas l'application rétroactive.

3°- Enfin certains auteurs attribuent un effet rétroactif aux lois dites interprétatives. Cela est inexact encore, comme nous le verrons en nous occupant de l'interprétation des lois.

4 - L'abrogation des lois.

Abrogation de la loi par voie législative

Une loi est abrogée, par le fait d'un acte postérieur qui retire à la loi sa force obligatoire. Cet acte postérieur ne peut d'ailleurs lui-même être qu'une loi. Une loi a seule le pouvoir d'abroger une autre loi; un simple décret ne pourrait abroger une loi le chef de l'Etat ne peut en effet méconnaître la loi dans ses décrets.

Cependant, sous le régime des décrets-lois, il va sans dire que le décret-loi, ayant la même force que la loi, peut lui-même abroger la loi. Mais c'est un régime exceptionnel.

Abrogation expresse

L'abrogation d'une loi par une autre loi peut être expresse ou tacite. Elle est expresse quand le législateur dispose en termes formels que telle loi ou tel

Source : BIU Cujas

article d'une loi est abrogé. C'est ainsi que la loi du 18 Février 1938 sur la capacité de la femme mariée a abrogé expressément un certain nombre de textes du Code civil.

Abrogation tacite

L'abrogation est tacite lorsque le législateur en réglementant une matière régie par une loi antérieure édicte des dispositions nouvelles incompatibles avec la loi antérieure. Il arrive fréquemment que le législateur n'abroge pas expressément une loi ou un texte de loi qui est devenu incompatible avec les dispositions nouvelles; mais cette incompatibilité constitue une abrogation tacite; la loi nouvelle a abrogé tacitement l'ancienne. Nous verrons cela en étudiant la loi du 18 Février 1938. Le législateur a bien abrogé certains textes du Code civil qui tenaient compte de l'incapacité de la femme mariée, mais il en a laissé subsister quelques autres. Certains de ceux-là doivent être considérés comme étant abrogés tacitement, bien que le législateur ne les ait pas visés expressément.

La désuétude entraîne-t-elle abrogation.

Voilà des points qui ne soulèvent aucune difficulté Mais la question délicate, que nous ne faisons qu'énoncer pour le moment, est celle de savoir si une loi reste en vigueur tant qu'elle n'a pas été abrogée expressément ou tacitement par le législateur, ou si au contraire une loi ne cesse pas d'être en vigueur lorsqu'elle n'est plus observée. C'est la question de savoir si la désuétude, la non application de la loi pendant un délai plus ou moins long, entraîne abrogation de celle-ci. C'est une question délicate, qui est étroitement connexe à celle de savoir si la coutume est aujourd'hui une source de droit. C'est la question que nous abordons maintenant.

§ 2 - La coutume

Il faut maintenant que nous nous demandions si à côté de la loi il n'y a pas une autre source: la coutume.

Nous avons déjà dit que dans les législations primitives la coutume est la source habituelle du droit à défaut de règles écrites; c'est la période du droit non écrit, Alors que la loi est une règle de droit formulée, édictée par l'organe législatif, la coutume ne fait l'objet d'aucune promulgation; elle se dégage peu à peu des faits, des pratiques habituellement suivies dans un milieu donné.

De nos jours, la coutume a fait place au droit écrit, à la loi. Est-ce à dire qu'elle ait cessé d'être complètement une source du droit civil? Grave problème sur lequel on discute et l'on ne s'entend pas.

Source : BIU Cujas

Qu'est-ce que la coutume, quels sont ses caractères spécifiques, quand peut-on dire qu'il y a coutume?

Les deux éléments spécifiques de la coutume:

On s'accorde généralement à décider que la coutume suppose la réunion de deux conditions: une condition d'ordre matériel et une condition d'ordre psychologique.

1.) élément matériel

1°- Pour qu'il y ait coutume, il faut d'abord qu'à la suite de la répétition constante de certains actes une pratique se soit établie concernant un rapport juridique, par exemple que depuis un temps plus ou moins long et presque immémorial on ait règlé les successions de telle manière; il faut une pratique constante remontant à un temps assez lointain. C'est la condition d'ordre matériel.

2)élément psychologique

2°- Mais il faut aussi, deuxième condition, d'ordre psychologique, que cette pratique constante soit considérée comme obligatoire par les intéressés, c'est-dire qu'elle soit devenue pour eux une véritable règle juridique qu'on doive observer comme règle de droit, règle au besoin sanctionnée par la force publique, par les tribunaux. C'est ce que les canonistes appellent l'"opinio necessitatis"; il faut que l'opinion générale soit que c'est une règle obligatoire.

L'absence de cette seconde condition permet d'exclure du droit coutumier certaines pratiques couramment suivies sans doute mais auxquelles les intéressés n'attachent pas le caractère obligatoire. Il en est ainsi notamment de certaines habitudes courantes telle que celles du pourboire dans certains cas, ou des cadeaux de fête, ou encore de certaines habitudes observées chez les commerçants, ou chez les hommes d'affaires, mais sans que ceux-ci y attachent un caractère de nécessité. Quand on méconnaît ces pratiques constantes, qu'on ne donne pas un pourboire dans telle situation donnée où tout le monde en donne habituellement, ou lorsqu'on n'observe pas ces pratiques entre gens d'affaires, on peut être considéré comme commettant une incorrection, mais on n'a pas violé une règle juridique, parce que l'opinion n'y attache pas le caractère de nécessité juridique; or, le droit coutumier est composé de règles juridiques.

Certains auteurs ajoutent une troisième condition c'est que la coutume ait été consacrée par les tribunaux. Pour ces auteurs, il n'y a pas de droit coutumier en dehors de la jurisprudence. Il y a là une exagération une règle juridique peut exister sans que les tribunaux l'aient expressément consacrée.

Le rôle de la coutume dans la formation du droit

Il est certain que la coutume ainsi comprise, avec les deux caractères que nous venons de lui attribuer a joué dans la formation du droit et spécialement de notre droit civil, un rôle considérable.

Source : BIU Cujas

Exagération à cet égard de l'Ecole historique

Comme on l'a très justement fait remarquer, toutes les institutions qui nous régissent actuellement, famille, succession, régimes matrimoniaux, propriété, sont issues de pratiques qui ont été surajoutées les unes aux autres et qui n'ont pris leur forme actuelle qu'à la suite d'un travail d'élaboration de plusieurs siècles.

L'Ecole historique soutient qu'il est nécessaire qu'il en soit ainsi, que le véritable droit c'est le droit coutumier. C'est un leurre, disent les partisans de l'Ecole historique, que de vouloir fixer les institutions juridiques dans des lois, dans des formules écrites. Ce disant, l'Ecole historique reste fidèle à son point de départ, à l'idée qui lui est chère, à savoir que le droit est une émanation de la conscience juridique du peuple.

Dès lors, la coutume comme la loi, mais mieux que la loi, n'est qu'un mode de révélation du droit issu de cette conscience juridique; mais la coutume est un mode supérieur parce qu'elle est une manifestation immédiate et spontanée de cette conscience du peuple, tandis que la loi n'est qu'une manifestation médiate et réfléchie.

Prééminence de la loi comme mode de création du droit dans la société moderne.

Ces prétentions de l'Ecole historique sont démenties par les faits. Il est certain que de nos jours, à raison de la complication des rapports sociaux, le rôle du législateur devient de plus en plus prépondérant. Dans nos ciétés modernes, même celles qui étaient le plus inféodées au droit coutumier telles que l'Angleterre, nous avons assisté au développement toujours plus considérable de la législation. La loi tend à supplanter la coutume. Reste à savoir si elle la supplante tout à fait.

Imperfections de la coutume : imprécision; difficulté de constatation

La raison de cette supériorité de la loi tient aux sérieux inconvénients que présente le droit coutumier.

Le droit coutumier d'abord manque souvent de précision. En quoi consiste exactement la coutume? Elle n'est écrite nulle part. On peut discuter sur sa portée, sur son étendue.

En second lieu, le droit coutumier est d'une constatation difficile puisqu'il n'est pas écrit; il arrivera souvent que l'on discutera sur l'existence même de la règle. Telle règle doit-elle être observée dans certains cas? Certains disent: oui, d'autres, au contraire, le nieront, et il faudra que les tribunaux tranchent la question. Nous en avons encore quelquefois l'exemple au sujet des usages professionnels des commerçants. Il arrive qu'un commerçant soutienne que tel usage est applicable dans ses relations juridiques avec

Source : BIU Cujas

tel autre commerçant; l'autre oppose une dénégation; il faut que le tribunal recherche si tel usage existe.

Dans les systèmes juridiques où lacoutume est la source principale du droit, l'un des problèmes difficiles auxquels on se heurte fréquemment est celui de la preuve de la coutume. Dans notre ancien droit il avait fallu instituer un système de preuves spécial pour la coutume, ce qui indique les difficultés auxquelles on se heurtait à ce sujet.

D'autre part, troisième inconvénient de la coutume, en présence de l'incertitude de la règle coutumière, les tribunaux peuvent être portés à en nier l'existence alors qu'elle existe peut-être, ou au contraire à inventer une règle qui n'existe pas, ou à appliquer une règle à un cas pour lequel elle n'a pas été faite. Incertitude et danger d'arbitraire.

Enfin on dit à l'encontre de la coutume que celle-ci tend à s'immobiliser et à survivre à sa raison d'être; elle engendre la routine.

La coutume comme source actuelle du droit

Par conséquent, la coutume n'est pas du tout la source supérieure du droit que nous présente l'Ecole historique. Est-ce une raison pour admettre, comme le soutiennent certains aujourd'hui, qu'elle a cessé complètement d'être une source du droit?

1)Maintien exprès de certaines coutumes par la loi elle-même

Tout d'abord, il est des cas dans lesquels il n'y a pas de doute possible: ce sont les cas dans lesquels la loi elle-même renvoie à la coutume.

a)en matière de propriété foncière de louage d'immeuble ou de services

Nous en trouvons un certain nombre d'exemples dans le Code civil. D'abord dans le régime de la propriété foncière; articles 663, 671 et 674 C.C. L'art. 671 interdit de planter des arbres à une distance trop rapprochée du mur de la propriété voisine, de façon à éviter les contestations entre propriétaires. Mais quelle est cette distance? L'art. 671 la fixe, mais il la fixe en l'absence d'usages constants et reconnus, c'est-à-dire que la loi renvoie d'abord aux usages locaux; si ces usages locaux fixent la distance à laquelle la plantation pourra être faite il faut d'abord observer les usages, et c'est seulement en l'absence d'une coutume que la loi fixe la distance à laquelle la plantation peut être faite.

La loi renvoie aussi à la coutume en matière de louage d'immeuble, lorsqu'elle décide, dans l'art. 1736 que lorsque le bail a été fait sans écrit, c'est-à-dire sans détermination de durée, l'une des parties ne peut donner congé à l'autre qu'en observant les délais fixés par l'usage des lieux. La loi ne fixe pas ces délais; elle s'en rapporte purement et simplement à la coutume, à l'usage local ou à l'usage professionnel.

Même recours à la coutume en matière de délai-

Source : BIU Cujas

congé dans le contrat de louage de services. Le délai de prévenance que doit observer le patron qui donne congé à son employé ou l'employé qui quitte son patron, ce délai n'est pas fixé par la loi; les délais sont fixés par les usages locaux.

Tous ces usages constituent de véritables coutumes, locales ou régionales, établies à la suite d'une longue pratique. Ces usages sont considérés comme obligatoires par les intéressés; leur inobservation est sanctionnée par les tribunaux.

b)Les usages commerciaux

Il est une autre catégorie d'usages dont on admet aujourd'hui en jurisprudence la validité: ce sont les usages commerciaux, dont l'observation s'impose aux commerçants à moins d'usages contraires. En faveur de ce maintien des usages en matière commerciale on invoque certains textes qui ne sont pas véritablement explicites.

Ces textes, c'est d'abord la loi du 15 Septembre 1807, relative à la mise en vigueur du Code de commerce Cette loi déclare abroger les lois anciennes, mais comme elle ne fait pas allusion aux usages, on dit qu'elle a entendu maintenir les usages anciens. En tout cas, la Cour de cassation admet que les usages anciens sont restés en vigueur; elle l'a décidé dans un arrêt du 18 Juillet 1929 (Sirey 1929.I.380).

2-En dehors de tout texte la maintenant la coutume est-elle encore une source de Droit?

Mais en dehors de ces hypothèses où la loi donne en quelque sorte pleine valeur à la coutume, peut-on admettre dans notre législation actuelle l'existence de coutumes non autorisées par le législateur? Peut-on admettre qu'il se forme encore aujourd'hui un véritable droit coutumier? Et surtout est-il possible d'admettre la formation d'un droit coutumier qui viendrait contredire sur certains points l'oeuvre du législateur lui-même?

a)Solution négative de la jurisprudence Argument d'ordre constitutionnel. Argument tiré du rôle de la Cour de cassation

A cette question beaucoup d'auteurs, et d'une façon générale les tribunaux, répondent négativement. La coutume n'est plus aujourd'hui une source de droit en dehors des cas où la loi y renvoie elle-même. On fait observer en ce sens que dans notre constitution toute règle juridique doit provenir des organes auxquels est accordé le pouvoir de faire des lois ou des règlements. Il serait contraire à ce principe d'autoriser la création d'une coutume en dehors des cas où le législateur le permet, et surtout à l'encontre de dispositions législatives.

Sans doute les partisans de cette doctrine ne nient pas l'existence et l'éclosion incessante d'usages nouveaux, de pratiques nouvelles, tendant à modifier le droit existant ou à s'y superposer. Autant vaudrait nier que le droit est en constante évolution. Mais,

Source : BIU Cujas

disent ces auteurs, ces pratiques nouvelles ne peuvent acquérir force obligatoire que le jour où elles sont consacrées expressément par le législateur. Pas de coutume obligatoire en dehors des cas - et ils sont fort peu nombreux - où la loi le prévoit expressément.

Tel est l'avis de la Cour de cassation. La Cour de cassation s'est toujours refusée à casser une décision pour violation de la coutume. Sans doute la Cour de cassation prend parfois en considération certaines maximes ou principes traditionnels, bien que non écrits dans la loi: tels la règle que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui; ou le principe du secret des lettres confidentielles; mais la Cour de cassation n'admet ces principes qu'en tant qu'ils lui paraissent consacrés implicitement par la loi; elle les couvre en quelque sorte de l'autorité de la loi, qui les admet, dit-elle, implicitement.

Il faut bien reconnaître que la Cour de Cassation est assez dans son rôle en considérant que la loi est la source exclusive du droit. La Cour de cassation se considère uniquement comme la gardienne de la loi; notamment nous verrons qu'elle refuse non seulement de casser pour violation de la coutume, mais encore pour violation de la jurisprudence, et il faut bien reconnaître que tel était historiquement le rôle qui a été confié par le législateur à la Cour de cassation.

La loi de 1790 qui a institué le Tribunal de cassation décide que ce tribunal cassera les décisions judiciaires qui auront statué en contravention expresse au texte de la loi. Ainsi s'explique que la Cour de cassation s'attache - c'est d'ailleurs la loi qui lui en fait l'obligation - toutes les fois qu'elle casse une décision, à invoquer un texte de loi qui a été méconnu par les juges dont elle censure la décision.

C'est ainsi que la Cour de cassation lorsqu'elle a admis que les usages commerciaux étaient obligatoires s'est crue obligée de couvrir sa décision en faisant appel à un texte de loi. Quel texte a-t-elle invoqué? Un texte bien vague, l'article 1107 du Code civil, qui décide que les règles particulières aux transactions commerciales, aux contrats commerciaux, sont établies par les lois relatives au commerce. Il n'est pas question des usages, néanmoins la Cour de cassation voulant consacrer les usages commerciaux, estimant qu'il est nécessaire que leur observation soit imposée, s'est crue obligée néanmoins de couvrir sa décision en invoquant ce texte extrêmement vague.

Telle est la position prise par un grand nombre d'auteurs et par la jurisprudence; il n'y a pas de coutume en dehors des cas où la loi l'autorise expressément

Source : BIU Cujas

b)Situation contraire admettant que la xoutume est encore dans une certaine mesure source du droit
Critique des arguments de l'opinion négative

De l'avis de M. Morel, et de l'avis d'une bonne partie de la doctrine, il y a quelque chose d'excessif et d'inexact dans ce dédain de certains auteurs modernes pour la coutume. La coutume est encore dans une certaine mesure une source du droit. Les faits imposent cette solution et la jurisprudence a admis plus d'une fois l'existence de véritables coutumes.

Voyons les arguments que l'on peut invoquer en faveur de cette solution; discutons d'abord les arguments de la doctrine adverse.

L'argument tiré du droit constitutionnel est assez faible. Dans notre constitution, dit-on, il n'y a que certains organes desquels puissent émaner des décisions juridiques: ce sont le Parlement, le chef de l'Etat, et toutes les autorités qui sont chargées de faire des réglements. Cet argument apparaît assez faible. En effet, si aucun texte n'énonce expressément la coutume parmi les sources du droit, il n'existe par contre aucune disposition qui, dans la constitution interdise la formation de règles coutumières et qui dise expressément que seul le législateur est la source unique du droit. Bien plus, le projet de Code civil de l'an VIII reconnaissait la coutume comme source du droit positif et cela dans un Livre préliminaire qui a été supprimé lors des travaux préparatoires, parce qu'il présentait, disait-on, un caractère trop philosophique.

Quoi qu'il en soit, une interdiction de la coutume serait condamnée à rester lettre morte. La coutume répond, en effet, à une nécessité. Devant l'impuissance où se trouve le législateur de tout prévoir et de tout règler, et surtout devant son impuissance à s'adapter sans délai aux conditions changeantes du milieu social, la pratique qui, elle, ne peut attendre, doit, sous la pression des événements et des besoins, modifier les institutions existantes, les accommoder aux nécessités de l'heure présente et, au besoin, créer des institutions nouvelles. C'est là l'origine du droit coutumier,

La coutume est donc bien un élément de formation du droit, en l'absence de la loi. En dehors du droit privé, nous en avons la démonstration certaine avec le droit international public. En ce qui concerne le droit international public, il n'y a pour ainsi dire pas de textes; à part quelques traités, c'est la coutume qui est la source essentielle du droit international public et il en est de même en droit public. Aujourd'hui beaucoup de principes de notre droit public ont un caractère purement coutumier, ils ne sont inscrits dans aucune loi.

Mais que décider en ce qui concerne le droit privé?

Source : BIU Cujas

Pour le droit commercial, nous avons vu que l'on consent à admettre le maintien des usages, et même la formation d'usages nouveaux. Mais pour le droit civil où existe une législation abondante, il est certain que la coutume ne peut plus jouer aujourd'hui le rôle qu'elle remplissait dans les sociétés primitives. La coutume est dans les sociétés primitives, la seule source du droit. Aujourd'hui, dans la plupart des matières de droit privé, famille, propriété, obligations, il existe un corps de législation écrite, qui permet de résoudre un grand nombre de questions. Par conséquent, il n'y a plus place aujourd'hui pour des coutumes générales, concernant tout un corps de droit.

La place de la coutume en droit privé. Distinction

Mais est-ce à dire qu'il n'y ait plus aucune place pour la coutume? Le nier serait aller à l'encontre des réalités. Mais la question doit être envisagée à deux points de vue :

1°- Première question: peut-on admettre la validité d'une coutume qui ne ferait que seconder la loi en cas d'insuffisance de celle-ci? C'est ce que l'on appelle la coutume "secundum legem", coutume qui ne fait que seconder la loi.

2°- Deuxième question, plus délicate: peut-on admettre qu'une coutume aille directement à l'encontre d'une disposition de loi? C'est ce que l'on appelle la coutume "contra legem".

a)Validité de la coutume secundum legem soit sous forme de règles de notre ancien Droit acceptées par la jurisprudence actuelle

1°- Première question: peut-on admettre la validité d'une coutume "secundum legem", ne contredisant pas la loi? Sur ce premier point la réponse doit être affirmative. Tout d'abord, il est certain que, même depuis la promulgation du Code civil, on a maintenu dans notre droit certains principes qui étaient antérieurement applicables. Quoique la loi du 30 ventôse, an XII, qui a promulgué le Code civil, ait abrogé les coutumes générales ou locales antérieurement applicables, la jurisprudence n'a pas hésité à conserver certaines règles qui étaient antérieurement applicables.

C'est d'abord le cas de certains principes supérieurs qui constituent de véritables principes de droit naturel et dont l'origine se perd dans la nuit des temps; tels, le principe que nul ne peut s'enrichir injustement aux dépens d'autrui, dont la jurisprudence a fait de nombreuses applications; ou le principe que la fraude corrompt tous les actes; ou encore le principe que nul n'est censé ignorer la loi, principe qui n'est écrit nulle part dans notre législation; ou encore le principe que la bonne foi se présume.

D'autre part, il est des matières que le Code civil n'a réglementées que d'une manière très sommaire, pour lesquelles on a été nécessairement amené à conserver

Source : BIU Cujas

les règles admises par notre ancienne jurisprudence. En voici un exemple: Il est un régime matrimonial qu'on appelle le régime dotal. Ce régime est règlé par le Code civil, mais d'une manière assez sommaire. Or, la jurisprudence a conservé un très grand nombre de solutions qui étaient admises antérieurement au Code civil par la jurisprudence de l'ancien droit en matière de régime dotal. Aucune de ces règles qui sont consacrées par la jurisprudence actuelle ne sont écrites dans le droit civil: c'est du droit coutumier qu'on a conservé. On en pourrait donner d'autres exemples.

soit sous forme de pratiques coutumières

La question délicate est de savoir su'il y a place encore aujourd'hui pour la formation d'une coutume secundum legem? A notre avis, rien ne s'y oppose; des coutumes peuvent encore s'instituer aujourd'hui sous l'influence des praticiens, par exemple, les notaires, les officiers ministériels, et même les praticiens purement privés, tels que le contentieux des banques, ou le contentieux de certaines administrations privées.

C'est ainsi qu'une pratique coutumière s'est instituée depuis longtemps chez les notaires: c'est la pratique de l'acte de notoriété lorsqu'il s'agit de démontrer la qualité d'héritier. Il est difficile de prouver qu'on est héritier d'une personne; cela exige la preuve de la parenté, la production d'actes de l'état civil dont on peut contester la valeur. Les notaires ont trouvé un moyen très simple de prouver la qualité d'héritier légal, c'est la pratique de l'acte de notoriété; pratique coutumière dont la jurisprudence admet la validité.

D'autre part, dans certains groupes professionnels profession agricole, industrielle, commerciale, il s'intitule de véritables pratiques auxquelles les tribunaux reconnaissent la force obligatoire. C'est ainsi que pendant longtemps une pratique purement coutumière a exigé la publication des ventes de fonds de commerce, alors qu'elle n'était exigée par aucune loi. Cette pratique a été ensuite consacrée par le législateur.

Aujourd'hui encore c'est une pratique coutumière qui est jugée obligatoire par le tribunal de commerce, que la personne qui met en gérance un fonds de commerce doit procéder à une certaine publicité. Si elle n'observe pas cette publicité, la personne qui met en gérance son fonds de commerce sera responsable des dettes de son gérant; elle devra notamment payer les fournisseurs si ceux-ci restent impayés.

On peut encore citer la pratique du compte courant, en matière de banque; c'est une pratique purement coutumière. Il n'existe aucun texte sur le compte courant; par conséquent nous vivons en cette matière sous des

Source : BIU Cujas

pratiques purement coutumières et on peut en dire autant de toutes les pratiques bancaires en matière de commerce d'importation ou d'exportation.

En ce qui concerne la coutume "secundum legem" il faut donc admettre qu'il y a encore place aujourd'hui pour un droit coutumier.

2- La coutume contra legem Son inefficacité à l'encontre des dispositions impératives. Possibilité de la création de pareille coutume à l'encontre d'une disposition supplétive

2°- La deuxième question est celle de savoir si l'on peut admettre la création de coutumes contraires à la loi. C'est la question de la coutume "contra legem".

Ici les discussions sont plus vives encore. Certains auteurs qui admettent volontiers la possibilité d'une coutume "secundum legem" hésitent à considérer que la coutume puisse s'insurger contre la loi.

Toutefois on propose généralement une distinction entre les deux catégories de dispositions légales: les dispositions impératives et les dispositions supplétives ou interprétatives de volonté.

Les dispositions impératives s'imposent sans qu'il soit possible aux intéressés d'y déroger par leurs conventions. Etant donné le caractère généralement d'ordre public des dispositions impératives, il est absolument impossible, dit-on, d'admettre qu'il puisse s'établir une coutume contraire à la loi.

Par contre, il est une autre catégorie de dispositions de lois, ce sont les dispositions supplétives ou interprétatives de volonté; celles-là ont été édictées par le législateur pour le cas où les parties à un contrat, par exemple, n'auraient pas prévu telle ou telle situation juridique. Mais ces dispositions ne s'imposent pas aux parties, elles peuvent y déroger dans leurs conventions, et par conséquent rien ne s'oppose à ce que des pratiques s'établissent contrairement à ces dispositions supplétives, et qu'il s'institue un véritable droit coutumier.

Voilà la distinction qui est généralement faite et qui paraît raisonnable. Il paraît impossible qu'une coutume puisse s'établir contre une disposition de loi d'ordre public.

Les textes dispositifs Exemples de coutumes créées à leur encontre

Seulement, le problème est plus compliqué qu'il ne paraît au premier abord. Il est tout de même certaines dispositions impératives contre lesquelles peut s'instituer un véritable droit coutumier. Il ne s'agit pas à proprement parler de dispositions d'ordre public mais il s'agit de dispositions dont l'observation n'est cependant pas laissée à la volonté des parties. Il s'agit notamment de certaines mesures de publicité, de certaines mesures qui sont prises dans l'intérêt des tiers.

Voici deux exemples, d'où il résultera qu'à l'en-

Source : BIU Cujas

contre de semblables textes législatifs qu'on appelle quelquefois des textes dispositifs, une coutume peut s'établir. Ces deux exemples sont empruntés à la matière des obligations.

a)La date certaine des quittances indépendamment de tout enregistrement

1°- Premier exemple:Il s'agit d'abord de la disposition de l'art. 1328 C.C. relative à la date des actes sous seing privé. L'acte sous seing privé c'est l'acte qui est revêtu simplement des signatures, du "seing" des parties. L'acte sous seing privé ne fait pas foi de sa date par lui-même. La loi redoute certaines manoeuvres, l'antidate par exemple, ou la post-date.

Pour que cette date puisse être fixée d'une manière certaine vis-à-vis des tiers, la loi exige l'observation de certaines formalités, et notamment l'enregistrement. Par cela même que l'acte sous seing privé est enregistré, qu'il figure sur les registres officiels du receveur de l'enregistrement, il y a certitude qu'au jour de l'enregistrement cet acte existait. Il a acquis ce qu'on appelle "date certaine". Tel est le principe posé par l'art. 1328.

L'art. 1328 ne fait aucune exception, il pose une régle applicable à tous les actes sous seing privé. Or, selon une longue tradition, il est fait exception à ce principe pour les quittances. Une longue tradition, qui est appuyée par la jurisprudence, décide que les quittances font foi de leur date par elles-mêmes. On a admis cette solution pour des raisons pratiques: sinon, il aurait été nécessaire de faire enregistrer toutes les quittances; ç'eût été impossible dans la pratique Il s'est créé sur ce point une coutume contraire à la loi et la jurisprudence consacre cette coutume bien qu'aucun texte n'autorise une semblable exception.

b)De certains cas de conventions où en fait la preuve par témoins est admise au dessus de 500 francs

2ème Exemple : Il s'agit de la disposition de l'art. 1341, qui décide qu'en matière civile, il faut passer acte par devant notaire ou sous signature privée de toute convention excédant la somme de 500 frs. En un mot, du moment qu'une convention porte sur une valeur supérieure à 500 frs, il est absolument nécessaire pour en faire la preuve de rédiger un écrit, qui peut être un acte sous signature privée. On ne pourra pas, en l'absence d'écrit, faire la preuve de cette convention en entendant des témoins; la preuve par témoins ne serait pas recevable. Pour des raisons bonnes ou mauvaises, la loi se défie de la preuve par témoins.

A ce principe il est fait certaines exceptions par la loi elle-même. Mais la jurisprudence tient compte de certains usages, de certaines situations dans lesquelles il est moralement impossible à l'un des contractants ou aux deux d'exiger de l'autre la rédaction d'un écrit. Par exemple il n'est pas d'usage que le maître qui paie

Source : BIU Cujas

ses gages à son serviteur réclame de lui une quittance. Il n'est pas d'usage lorsque vous traitez avec un médecin que vous réclamiez de lui la rédaction d'un écrit en bonne et due forme, aux termes duquel il s'engagera à vous donner ses soins; il n'est pas d'usage lorsque vous payez les honoraires du médecin d'exiger de lui une quittance. Il est un certain nombre de cas dans lesquels il y a une sorte d'impossibilité morale pour l'une des parties d'exiger de l'autre un écrit. La jurisprudence tient compte de ces situations particulières et elle décide qu'en pareil cas la preuve pourra être faite par témoins, même au-dessus de 500 frs. Voilà encore une coutume contraire à la loi.

Du principe que la désuétude ne vaut pas abrogation de la loi.

Voici une dernière question qui est connexe à celle que nous étudions en ce moment: la question de savoir si une loi peut être abrogée par la désuétude, par le non usage.

Voici une loi qui édicte certaines prescriptions. Pendant un temps très long, cinquante, soixante ans, peut-être un siècle, on ne l'applique plus, on n'observe plus ses dispositions, sans que la loi ait jamais été abrogée formellement par le législateur. Puis un jour une question se présente; l'une des parties ou le ministère publie réclame l'application de cette loi. Peut-on soutenir que cette loi est tombée en désuétude, qu'elle a été abrogée par cela même par le non usage, en somme par une coutume contraire qui a consisté à ne pas appliquer la loi?

Le problème s'est posé à différentes reprises en jurisprudence. La Cour de cassation s'est montrée très nettement hostile à l'abrogation de la loi par le non usage. Elle considère que du moment qu'une loi n'a pas été abrogée expressément ou tacitement par une autre loi, cette loi continue à être en vigueur et peut s'appliquer malgré l'oubli dans lequel elle est tombée pendant peut-être un siècle. Solution très grave; la jurisprudence n'a cependant pas reculé devant les conséquences extrêmement fâcheuses parfois que peut entraîner la solution qu'elle préconise. En voici un exemple. La loi du 25 Ventôse an XI sur le notariat prescrivait que les actes notariés devaient être reçus par deux notaires. Or, en fait, on n'observait pas cette règle. La pratique s'était instituée que l'acte fut reçu par un seul notaire, lequel transmettait ensuite la minute à son collègue qui la signait sans avoir assisté à l'acte lui-même. C'était une pratique qui était devenue constante en France, jusqu'au jour - c'était en 1840 - où une partie à une donation soutint que cet acte était nul pour n'avoir pas été reçu

Source : BIU Cujas

par deux notaires, en conformité avec le texte de la loi de Ventôse an XI. On soutint devant les différentes juridictions que la loi était tombée en désuétude pour n'avoir plus été appliquée depuis de longues années. Mais la Cour de cassation décida, dans un arrêt du 25 Janvier 1841, que les contraventions à une disposition législative ne peuvent être légitimés par leur nombre. La Cour de cassation cassa la décision de la Cour d'appel qui avait maintenu la validité de l'acte.

La question s'est posée encore à propos d'un autre problème, un problème du travail, la question du marchandage, et elle a été résolue dans le même sens par un arrêt des Chambres réunies du 31 Janvier 1901. Le non usage n'est pas suffisant pour abroger la loi.

Jusqu'où va-t-on lorsque l'on entre dans cette voie? Il y a des auteurs qui sont partisans - Josserand notamment - de l'abrogation de la loi par la désuétude. Ces auteurs nous représentent que dans certains cas la solution contraire aboutirait à des résultats absurdes. Ils citent notamment un certain réglement de 1634 qui n'a jamais été abrogé et qui interdit de fumer à partir d'une certaine heure sur les navires: tout contrevenant doit être jeté à fond de cale et battu par l'équipage.

Il faut bien reconnaître que la jurisprudence de la Cour de cassation se justifie dans une certaine mesure. La difficulté, en effet, est de déterminer quand il y a désuétude. Il faut évidemment que celle-ci soit bien établie. Il en est ainsi pour certains auteurs lorsque la désuétude provient d'un changement complet des moeurs. Ce serait le cas pour le réglement de 1634. Ou encore lorsque les autorités chargées d'appliquer la loi s'en sont elles-mêmes désintéressées. Mais enfin ces critères ne sont pas d'une certitude parfaite.

Il est certain que dans certains cas on devrait bien admettre l'abrogation de la loi par la désuétude. Portalis, l'un des rédacteurs du Code civil, le reconnaissait et il parlait de "cette puissance invisible (la désuétude) par laquelle sans secousses et sans commotions les peuples se font justice des mauvaises lois, qui semble protéger la société contre les surprises faites au législateur et le législateur contre lui-même".

Pour terminer notre examen de la question de la coutume, signalons l'article 1er du Code civil suisse. C'est un des codes les plus récents et un des mieux faits. Le Code civil suisse dans son article 1er décide que les juges doivent d'abord appliquer la loi, mais à défaut d'une disposition légale le juge prononce selon le droit coutumier. Donc, le Code civil suisse admet

Source : BIU Cujas

la possibilité d'une formation coutumière, même à l'heure actuelle.

Quoi qu'il en soit, il est certain que la coutume ne joue plus aujourd'hui qu'un rôle secondaire. Mais il est une autre forme de droit coutumier, un droit coutumier d'un genre spécial, qui joue actuellement un rôle considérable: c'est la jurisprudence.

§ 4 - La jurisprudence

Les deux sens du mot jurisprudence

Qu'est-ce que la jurisprudence? Dans un sens très général, la jurisprudence c'est la science du droit. Mais ce n'est pas dans ce sens qu'on entend ici le mot "jurisprudence". En droit français, le mot "jurisprudence" est entendu dans un sens plus technique.

La "jurisprudence des tribunaux", ou "jurisprudence tout court, on entend par là l'ensemble des décisions rendues par les tribunaux sur les litiges qui leur sont soumis.

Comme ces tribunaux pour résoudre les litiges et d'une manière générale pour accomplir les actes de leur ministère, s'inspirent généralement des précédents judiciaires, notamment des arrêts de la Cour de cassation, rendus dans des espèces soulevant des questions de droit identiques ou voisines, il se dégage à la longue des arrêts un véritable corps de règles juridiques. C'est ce que l'on appelle la jurisprudence. On dira par exemple que sur tel problème d'ordre juridique, par exemple abrogation des lois par la désuétude, application du principe de la non rétroactivité des lois, la jurisprudence est établie dans tel sens. Cela veut dire que toutes les fois que la question se présente devant les tribunaux , ceux-ci la résolvent dans le sens indiqué.

La jurisprudence source d'élaboration d'un droit coutumier de nature spéciale.

Or, la question est de savoir si la jurisprudence ainsi entendu constitue véritablement une source du droit, en dehors de la loi ou de la coutume. Question très discutée, à laquelle il faut répondre que la jurisprudence ne constitue pas une source du droit de même nature que la loi ou la coutume, mais qu'elle est néanmoins un organe d'élaboration des règles juridiques, qu'elle est la source d'un droit coutumier, mais de nature spéciale.

Cette conception, qui fait de la jurisprudence une source spéciale du droit coutumier est la conséquence nécessaire du rôle que jouent les tribunaux qui ont pour mission d'appliquer la loi aux contestations dont ils sont saisis. Or, pour appliquer la loi, il est nécessaire de l'interpréter; et très souvent il est nécessaire de l'adapter à des situations non prévues

Source : BIU Cujas

par le législateur. Les tribunaux apparaissent ainsi comme les organes essentiels, indispensables, d'interprétation et d'adaptation de la loi. L'accomplissement de cette mission les conduit à jouer un rôle véritablement créateur de règles juridiques. Que seraient la loi ou la coutume sans la jurisprudence, sans les tribunaux qui sont là pour les interpréter?

Pour comprendre ce rôle de la jurisprudence, il faut d'abord rechercher les raisons qui nécessitent cette interprétation et cette adaptation de la loi.

Ensuite, nous pourrons comprendre dans quelles conditions les tribunaux donnent cette interprétation font cette adaptation de la loi. Nous comprendrons ainsi comment s'établit par leur intermédiaire ce véritable corps de droit qu'est la jurisprudence.

1-De l'interprétation de l'adaptation des lois; leur nécessité

1 - Il est nécessaire d'interpréter la loi et de l'adapter.

Réduites à elles seules, la loi et la coutume seraient bien insuffisantes à remplir le rôle assigné au droit, c'est-à-dire à satisfaire les besoins de justice, d'ordre, de sécurité, sans lesquels aucune société ne peut subsister.

Autorité compétente pour interpréter la loi. Inaptitude du pouvoir législatif - Le référé législatif; ses inconvénients

En effet, tout d'abord la loi dans son texte même peut être obscure; elle a besoin d'être interprétée. Mais qui fera cette interprétation? Il est un organe qui paraît tout naturellement désigné pour la donner: c'est le législateur; c'est lui qui fait la loi, c'est lui qui par conséquent aurait mieux qualité que quiconque pour l'interpréter.

En effet, il existe dans notre droit des lois qui sont des lois interprétatives. On en a vu des exemples, mais ces exemples sont très rares, car les difficultés d'interprétation des lois se posent généralement à l'occasion de cas d'espèces, et c'est véritablement méconnaître le rôle du législateur que de lui faire préciser l'interprétation d'une loi à l'occasion d'un cas d'espèce qui relève du pouvoir des tribunaux; ce serait une méconnaissance de la séparation des pouvoirs.

Cependant les Révolutionnaires n'avaient pas reculé devant cette impossibilité pratique; ils avaient admis qu'en cas de difficulté, au cas où les tribunaux se heurteraient à une difficulté absolue d'interprétation, ils devaient surseoir à statuer et recourir à ce que l'on appelait le "référé législatif", c'est-à-dire demander au législateur de donner l'interprétation de la loi. En réalité, cette institution ne put fonctionner; les assemblées législatives étaient encombrées de demandes de référés qui ne recevaient jamais de solution.

Source : BIU Cujas

Ce n'est pas le rôle du parlement que de donner des interprétations à propos de cas d'espèces. Cependant il est des cas où la loi est si obscure, où son application se heurte à de telles difficultés d'interprétation, que le législateur intervient pour donner cette interprétation. Cela est arrivé plusieurs fois depuis le Code civil. On est en pareil cas en présence de ce que l'on appelle l'interprétation législative.

Les lois interprétatives; cas où elles interviennent; leur portée; critique de la notion de rétroactivité de ces lois

La loi interprétative, loi par laquelle le législateur interprète une loi antérieure, est obligatoire comme toute loi, l'interprétation qu'elle donne s'impose à tous, puisqu'il s'agit d'une règle générale et obligatoire.

L'interprétation législative est très rare, mais on en cite certains exemples; et notamment à propos des actes notariés. L'arrêt de la Cour de cassation de 1841 qui considérait que les dispositions de la loi de ventôse an XI n'avaient jamais été abrogées par désuétude avait soulevé une tolle général dans le monde du notariat et dans le monde des affaires, puisqu'il était devenu d'usage que les actes notariés ne fussent jamais reçus par deux notaires; tous les actes notariés depuis plus de cinquante ans allaient être remis en question. Le législateur vota le 21 Juin 1843 une loi interprétative de la loi de ventôse qui disait qu'on considérerait comme valables les actes reçus par un seul notaire.

On dit quelquefois que les lois interprétatives sont des lois rétroactives contrairement au principe de l'art. 2. Mais c'est là une expression peu exacte. Ce qu'il faut dire c'est que la loi interprétative fait corps avec la loi qu'elle interprète; c'est un seul et même acte. La loi interprétative ne fait que préciser le sens du texte primitif; par conséquent il y a lieu de donner cette interprétation pour toutes les situations qui se sont présentées depuis le vote de la loi primitive. Il n'y a pas là d'effet rétroactif; c'est l'application de la loi primitive interprétée par un texte postérieur.

Mais cette solution certaine nous fait pressentir la possibilité d'un abus, auquel le législateur s'est parfois laissé aller, et notamment dans le cas que nous venons de citer. Sous couleur d'interpréter une loi en réalité le législateur rectifie ou modifie cette loi. Grâce à ce subterfuge il est possible de donner à la loi soi-disant interprétative un effet rétroactif.

On sait que sous le Premier Empire, le Conseil d'Etat avait reçu de la constitution le pouvoir d'interpréter les lois. En cas d'obscurité de la loi, le

Source : BIU Cujas

Conseil d'Etat était invité par l'Empereur à interpréter celle-ci. L'avis donné par le Conseil d'Etat avait force obligatoire, il avait la force obligatoire d'une loi. Mais ce rôle du Conseil d'Etat a disparu avec la constitution impériale; il n'a jamais été rétabli depuis.

La nécessité d'interpréter et d'adapter la loi

L'interprétation législative reste donc une exception. C'est aux tribunaux qu'il appartient normalement d'interpréter les lois. Mais les tribunaux n'ont pas seulement à interpréter la loi lorsque son sens est obscur; les tribunaux ont une tâche beaucoup plus délicate, qui tient à l'insuffisance naturelle de la loi.

La loi, en effet, qui procède par voie de formules générales et abstraites, ne peut prévoir les multiples situations particulières qui se présentent dans la vie courante et auxquelles sa réglementation s'adapte mal ou ne s'adapte pas du tout. La loi ne peut d'ailleurs formuler que des directives générales, dont l'application aux cas concrets doit être réservée à d'autres organes. Voilà pourquoi on peut parler de l'insuffisance naturelle de la loi.

D'autre part, le législateur ne peut statuer raisonnablement, n'étant pas unprophète, qu'en considération de la situation existait à l'époque où il légifère. Bien plus, le législateur ne statue souvent qu'à l'égard de faits passés, car le droit, surtout la loi, est en retard sur les faits. Mais la loi, elle, n'arrête pas le cours de la vie juridique; celle-ci continue, de nouveaux besoins se révèlent; l'état de choses ancien disparaît ou se transforme; de nouvelles situations s'établissent, par suite de l'évolution sociale, économique, morale. Il arrive un moment où la loi ne permet plus de résoudre les problèmes nouveaux qui se posent et qu'il faut résoudre nécessairement. Il arrive même que la loi soit en complet désaccord avec les faits.

Une loi nouvelle s'impose évidemment, mais en attendant qu'elle soit votée -il faut résoudre les litiges, il faut pourvoir aux besoins nouveaux qui se sont présentés. Les hommes d'affaires, les praticiens sont sollicités par leurs clients ou les usagers de les tirer d'affaire, de résoudre les difficultés.

Les organes d'interprétation -Leur rôle d'adaptation de la

Ainsi s'impose l'existence d'organes d'interprétation et d'adaptation du droit. Quels sont ces organes? Certains ont un caractère officiel, comme les tribunaux ou les officiers ministériels, comme les notaires, les fonctionnaires chargés d'appliquer la loi, ou d'autres de simples personnes privées comme certains praticiens ou les hommes de doctrine, mais tous ont le même objec

Source : BIU Cujas

tif: ajuster la loi aux espèces nouvelles, combler les lacunes de la loi, créer du droit nouveau. Pour créer ce droit nouveau, on s'inspire évidemment des précédents, des principes généraux du droit existant, des solutions données par la loi dans les cas voisins, solutions qu'on applique aux cas nouveaux par voie d'analogie. Nous aurons bien souvent l'occasion de constater qu'en s'appuyant sur un texte qui n'a aucun rapport avec la question, la jurisprudence a fait parfois du droit entièrement nouveau, pour parer à la carence du législateur.

Exemples de créations jurisprudentielles

On en peut donner maints exemples. Notamment le législateur du Code civil n'avait pas prévu - et il ne pouvait guère prévoir - le développement extraordinaire du machinisme au cours du XIXème siècle; il y avait des machines à l'époque où il légiférait, mais le législateur ne pouvait prévoir les applications de la vapeur, de l'électricité, le développement des chemins de fer, de l'automobile ou de l'aviation. Or, ces machines sont une source de dangers permanents non seulement pour ceux qui s'en servent, qui les font fonctionner, mais encore pour les passants, pour les tiers; de là de nombreux accidents. Or, les principes très simples posés par le Code civil en matière de responsabilité se révèlaient absolument insuffisants pour assurer aux victimes des accidents causés par ces machines la réparation à laquelle elles avaient droit.

La doctrine et la jurisprudence se sont attachées à résoudre la question, car le législateur n'avait rien prévu et a continué à ne rien prévoir. La doctrine et la jurisprudence ont créé, en l'absence de textes législatifs un véritable corps de droit nouveau, celui de la responsabilité du fait des choses, création purement jurisprudentielle. Il n'y avait à peu près rien dans la loi qui permit cette création; on a trouvé dans un texte, l'art. 1384, une petite phrase insignifiante, sur laquelle on a bâti un corps de droit considérable, la responsabilité du fait des choses.

Autre exemple: l'assurance sur la vie, Elle était à peu près inconnue au début du XIXème siècle, comme à peu près toute espèce d'assurance d'ailleurs; on ne connaissait guère que l'assurance maritime. L'assurance sur la vie était considérée au début du XIXème siècle comme une opération immorale tendant à spéculer sur la durée de la vie humaine, et appelant en quelque sorte un "votum mortis". Or, l'assurance sur la vie s'est considérablement développée au XIXème siècle; elle est devenue aujourd'hui d'une pratique courante, elle est

Source : BIU Cujas

une mesure de sage prévoyance. La pratique a été amenée à élaborer un droit nouveau, celui de l'assurance, et notamment de l'assurance sur la vie. Ce fut l'oeuvre de la pratique et de la jurisprudence, et c'est seulement en 1930, plus d'un siècle par conséquent après la promulgation du Code civil, qu'a été promulguée une loi sur le contrat d'assurance, loi qui n'a fait que consacrer à peu près les solutions qui avaient été élaborées par la jurisprudence.

La pratique et la jurisprudence apparaissent donc déjà dans une large mesure comme créatrice de droit.

2-Le rôle des tribunaux; les deux principes dominant le rôle du juge

2 - Par quels moyens la jurisprudence peut-elle devenir une véritable source de droit? Quel est le rôle des tribunaux dans notre droit?

Les tribunaux ont pour mission essentielle d'appliquer la loi aux cas qui leur sont soumis par les plaideurs. Ils exercent une juridiction contentieuse; c'est le principal; mais à côté de cela ils peuvent être sollicités par certaines personnes de donner des autorisations, de donner des homologations; c'est ce qu'on appelle l'exercice de leur juridiction gracieuse

Le fonctionnement de la jurisprudence en France est dominé par deux principes essentiels que nous trouvons l'un et l'autre au Code civil, dans ses articles 4 et 5.

a) Obligation pour le juge de statuer même en cas d'obscurité ou d'insuffisance de la loi.

L'article 4 est ainsi conçu : "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".

Les rédacteurs du Code civil en étaient bien revenus des conceptions des révolutionnaires,qui, en cas d'insuffisance ou d'obscurité de la loi, obligeaient les juges à surseoir à statuer pour s'adresser au législateur. Le référé législatif a été supprimé comme inopérant. Les rédacteurs du Code civil font au juge u obligation de juger malgré le silence, l'obscurité ou l'insuffisance de la loi. Un juge n'a pas le droit de dire: pour moi la question n'est pas claire, la loi n'a pas statué. Il doit juger sous peine d'être coupable de déni de justice,c'est-à-dire d'être poursuivi pénalement et civilement.

Si la loi est obscure, ou insuffisante, les juges doivent l'interpréter. Si elle est muette, ils doivent rechercher la solution en s'inspirant des règles d'interprétation que vous apprendrez à connaître par la suite.

b)Interdiction pour les tribunaux de statuer

Deuxième principe, article 5 ! "Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et

Source : BIU Cujas

par voie de dispositions générales. Prohibition des arrêts de réglement

réglementaire sur les causes qui leur sont soumises".

Pour comprendre ce texte, il faut remonter à l'ancien droit. Sous l'ancien régime, les parlements se reconnaissaient le droit de rendre ce que l'on appelait des arrêts de réglement, dans lesquels ils fixaient d'une manière générale pour le présent et pour l'avenir l'interprétation qu'ils donnaient d'une question de droit. Le parlement qui avait rendu cet arrêt de réglement se conformait à sa jurisprudence tant qu'un autre arrêt de réglement n'était pas venu abroger le premier. Le parlement jouait ainsi le rôle de législateur.

Sous la Révolution, on a considéré, en haine des parlements, en raison des abus qu'on leur imputait et dont certains étaient réels, on a considéré qu'il y avait là un empiètement inadmissible du pouvoir judiciaire sur le pouvoir législatif. Sur ce point, par conséquent, le Code civil a conservé la doctrine révolutionnaire: interdiction pour les tribunaux de rendre des arrêts de réglement.

La décision du juge ne le lie pas pour l'avenir et ne lie pas les autres juges même d'un degré inférieur

Il résulte de là que les juges doivent uniquement statuer sur les cas particuliers qui leur sont soumis, sur les espèces qui leur sont soumises. La décision rendue dans une espèce particulière ne lie pas le juge qui l'a rendue pour l'avenir et à l'occasion d'une autre espèce soulevant peut-être une question identique.

Il résulte encore de l'art. 5 que la décision rendue par une juridiction, même supérieure, par une cour d'appel ou la Cour de cassation, ne lie pas une autre juridiction, même inférieure, un tribunal de première instance ou un juge de paix, pour l'avenir et à l'occasion d'autres espèces. Nous verrons que la Cour de cassation dans certains cas peut imposer sa décision, mais c'est tout à fait exceptionnel. En principe, un juge de paix ou un tribunal de première instance n'a nullement à tenir compte, à respecter une décision rendue par une cour d'appel dans une autre affaire.

Dans notre droit, une séparation très nette est donc faite entre le juge et le législateur. Le législateur formule les lois générales, des règles générales, abstraites; le juge, au contraire, ne fait qu'appliquer ces lois à des cas concrets, sans pouvoir poser lui-même de règles générales. Voilà quelle est la mission des juges dans notre droit; ils appliquent la loi, ils doivent l'appliquer, l'interpréter, mais ils ne peuvent donner cette interprétation que pour une espèce; ils ne peuvent pas rendre des arrêts de réglement.

Comment se crée une jurisprudence; l'influence

S'il en est ainsi, comment concevoir la formation d'une jurisprudence? C'est facile à comprendre, car la règle de l'art. 5 ne permet pas aux juges de s'abandonner

Source : BIU Cujas

du précédent et le rôle régulateur de la Cour de Cassation

à leur fantaisie. Il faut tenir compte de ce fait sociologique, pourrait-on dire, que sur une question donnée les divergences entre les tribunaux, divergences d'interprétation, tendent plus ou moins vite à s'atténuer et à disparaître. Il arrive souvent que sur une question délicate les tribunaux sont d'avis divergents. Le tribunal de la Seine juge de telle manière, le tribunal de Versailles juge d'une autre manière la même question; peut-être même deux chambres d'un même tribunal de la Seine jugent-elles en sens contraire; mais généralement cette situation ne dure pas très longtemps. Le plus souvent, ces divergences tendent à disparaître, si bien que finalement une solution unique finit par prévaloir.

Ce phénomène s'explique d'abord par la loi de l'imitation, loi sociologique. Lorsque la solution d'une question de droit a été admise par un tribunal, puis par plusieurs tribunaux, il y a de grandes chances pour qu'elle apparaisse conforme aux intérêts généraux. Puisque plusieurs tribunaux ont déjà jugé dans le même sens il y a des chances pour que cette solution soit non seulement conforme à la loi, mais conforme à l'intérêt général. Par conséquent c'est une tendance toute naturelle de la part des juges qui à l'avenir sont saisis de la même question de juger comme l'ont fait leurs prédécesseurs.

C'est le système du précédent. Le précédent ne s'impose pas assurément, mais en somme on le suit tout de même parce que cela paraît être la solution la plus raisonnable. Cette tendance à tenir compte des précédents est accentuée dans notre droit par l'existence d'une cour régulatrice, la Cour de cassation, qui est chargée de veiller à l'interprétation exacte des lois. Sans doute, la Cour de cassation doit respecter elle aussi la règle de l'art. 5: les décisions de la Cour de cassation ne s'imposent pas aux tribunaux en dehors des espèces pour lesquelles la Cour a statué; la Cour de cassation elle-même n'est pas liée par la solution qu'elle a donnée dans une espèce; elle peut se déjuger, donner une autre solution dans une espèce tout à fait semblable, cela lui est arrivé quelquefois. Mais il faut tenir compte d'abord de ce fait que lorsque la Cour de cassation a donné une solution sur une question donnée, il est très rare qu'elle se déjuge ensuite. La Cour de cassation qui est chargée de maintenir l'unité de l'interprétation de la loi, évite autant que possible de modifier sa propre jurisprudence. D'autre part, il faut tenir compte de ce fait que lorsque la Cour de cassation a statué dans un sens, les juridictions inférieures s'inclinent généralement devant les solutions admises par la Cour suprême: sinon elles s'exposeraient à voir leurs décisions défé-

Source : BIU Cujas Reproduction interdite

réés à la Cour de cassation, qui, conformément à sa jurisprudence antérieure, en prononcerait l'annulation.

Voilà comment se crée la jurisprudence, par le système du précédent et par l'existence d'une cour régulatrice, la Cour de Cassation.

La jurisprudence qui se forme dans ces conditions constitue véritablement une source du droit. La jurisprudence forme un corps d'arrêts et de jugements qu'il importe de bien connaître, afin de savoir quel est l'état du droit en France à un moment donné. Celui qui ne connaîtrait que les textes du Code civil n'aurait qu'une idée tout à fait superficielle et même inexacte de l'état du droit en France, car ce qu'il est essentiel de connaître, surtout lorsqu'un Code a plus de cent ans d'existence, c'est l'état de la jurisprudence sur les questions qui peuvent se présenter.

La jurisprudence constitue donc une véritable source de droit, une source de droit coutumier. Cependant cette opinion est contestée par un grand nombre d'auteurs. Elle a été contestée surtout par les auteurs anciens.

Il est certain qu'au lendemain de la promulgation d'un Code les difficultés ne se révèlent pas très nombreuses; par conséquent on peut considérer que les tribunaux n'ont qu'une seule mission: être les gardiens de la loi, appliquer la loi. Mais la situation change du tout au tout lorsqu'un Code est devenu très ancien, comme l'est le Code civil . En pareil cas, des situations nouvelles se révèlent, et la jurisprudence devient créatrice de droit.

Néanmoins, de nos jours encore certains auteurs refusent à la jurisprudence le caractère de source véritable du droit; ils considèrent que les tribunaux sont uniquement les gardiens de la loi et que d'autre part la jurisprudence ne peut être comparée au droit coutumier, puisqu'elle n'a pas la fixité de ce droit; à tout instant des revirements de jurisprudence peuvent se produire.

En tout cas, la Cour de cassation refuse de casser une décision pour violation d'une jurisprudence antérieure.

La jurisprudence source de droit; la coutume jurisprudentielle, ses caractères particuliers

Néanmoins la jurisprudence, en tant qu'elle supplée au moins à l'insuffisance de la loi, constitue bien une véritable source du droit, et une source de droit coutumier. On y retrouve les deux éléments essentiels de la coutume: d'abord la pratique constante, ensuite cette seconde condition d'ordre psychologique qu'on appelle quelquefois l'"opinio necessitatis", c'est-à-dire la conviction que cette pratique s'impose impérativement.

Source : BIU Cujas

Cela est si vrai que lorsqu'une jurisprudence est bien établie les intéressés tendent de moins en moins à la contester. Lorsqu'ils consultent les avocats ou les avoués, on leur déconseille d'essayer de remonter le courant de la jurisprudence, en leur disant: "la question ne se plaide plus, il est inutile d'insister", vous perdrez votre procès.

Dès lors, lorsqu'une jurisprudence constante et uniforme s'est formée sur un point donné, on peut dire qu'elle acquiert une fixité comparable à celle de la loi. Les décisions de la jurisprudence sont considérées comme obligatoires, comme s'imposant aux plaideurs. La jurisprudence constitue une véritable source de droit coutumier.

Cependant la coutume issue de la jurisprudence se distingue dans une certaine mesure de la coutume dite spontanée des peuples primitifs; elle tient le milieu entre la coutume primitive, spontanée, issue de la conscience populaire, et la loi. C'est une coutume raisonnée que la coutume jurisprudentielle, une coutume qui s'appuie sur la loi. Les tribunaux, en effet, doivent appuyer leurs décisions sur la loi. Sans doute, ils tirent de textes plus ou moins généraux des conséquences que le législateur n'avait certainement pas prévues ils comblent les lacunes de la loi, mais en s'inspirant de l'esprit de celle-ci, en l'accommodant aux nécessités et aux besoins économiques nouveaux. Parfois même il arrive que les tribunaux se mettent en contradiction flagrante avec la loi, mais ils n'en invoquent pas moins celle-ci; on peut dire qu'ils s'appuient sur la loi mais pour mieux l'étouffer!

La coutume jurisprudentielle, par conséquent, nous apparaît comme une formation disciplinée; à l'heure actuelle elle est devenue la source la plus importante du droit civil. A mesure que les codes vieillissent, elle devient l'instrument d'adaptation et de perfectionnement du droit.

La jurisprudence a joué ce rôle à toutes les époques. Elle l'a joué tout d'abord aux époques où la coutume était la source unique du droit. A ces époques, la jurisprudence exerce même une influence décisive sur la formation du droit. Nous savons, en effet, que la coutume est peu précise, qu'elle est sujette à contestation; c'est seulement quand il a été jugé que telle coutume existe qu'on a la certitude de cette existence. Ainsi s'explique que pour certains auteurs il n'y ait pas de véritable coutume en dehors de la jurisprudence. En tout cas, il est certain que la jurisprudence aide la coutume à se dégager et à se préciser.

Le rôle de la

Même aux époques où la législation est la source

Source : BIU Cujas

jurisprudence dans la formation du droit

principale du droit, la jurisprudence joue un rôle considérable. Dans certains pays, la jurisprudence est officiellement l'organe créateur du droit. Il en était ainsi en droit romain, il en est ainsi encore aujourd'hui en Angleterre.

Son importance dans le Droit romain et dans le droit anglais L'influence du précédent. La jurisprudence, organe officiel d'élaboration du droit.

En droit romain il y avait très peu de lois; comment le droit romain a-t-il progressé? Par la jurisprudence du préteur. Le préteur pouvait prendre des dispositions réglementaires qu'il insérait dans son édit. Chaque année, dans son édit, il indiquait que dans tel et tel cas il délivrerait telle formule, il donnerait telle action. Sans doute, la disposition qu'il prenait était une disposition temporaire qui ne survivrait pas nécessairement à la magistrature du préteur qui l'avait insérée dans son édit, mais le système du précédent jouait alors comme il joue encore aujourd'hui. Quand une disposition avait été jugée favorable, qu'elle avait produit de bons effets, le préteur suivant la conservait, et ainsi de suite, de telle sorte que les institutions prétoriennes se transmettaient de magistrat en magistrat, jusqu'au jour où l'édit est devenu perpétuel. C'est ainsi que le droit romain a progressé. Dans cette civilisation il y avait peu de lois, mais une jurisprudence abondante qui est arrivée à corriger le droit strict.

Le droit anglais s'est formé à peu près de la même manière: des principes de droit strict, que l'on a conservés et que l'on conserve encore aujourd'hui, mais des principes que l'on a tempérés à l'aide des juridictions d'équité. D'ailleurs en Angleterre, où le droit n'est pas codifié, les décisions de certaines cours supérieures constituent des précédents obligatoires qui lient non seulement la cour qui les a rendus, mais même les tribunaux inférieurs.

Dans ces civilisations, la jurisprudence est véritablement un organe officiel d'élaboration du droit.

Le rôle créateur de la jurisprudence en France par l'interprétation uniforme de la loi

Dans la France actuelle, il n'en est pas tout à fait de même. Dans notre droit français, les lois sont nombreuses; nous vivons sous un système de droit législatif. Mais comme la loi ne peut pourvoir à tout, les tribunaux qui ont l'obligation de juger sont nécessairement appelés à interpréter et à adapter la loi. Sans doute les tribunaux ne peuvent pas, à la différence du préteur romain, à la différence de nos anciens parlements rendre des arrêts de réglement, mais l'ensemble des décisions de la jurisprudence finit toujours par s'inspirer d'une solution unique, celle surtout qui est préconisée par la Cour de cassation, si bien qu'on arrive à faire de la jurisprudence, surtout dans un pays dont les codes sont vieillis, un organe véritablement créateur du droit.

Source : BIU Cujas

Mais il n'en est pas seulement ainsi dans les pays dont les codes sont vieillis. Si nous considérons la législation suisse, qui possède un code récent, nous constatons qu'elle prescrit aux juges de tenir compte des opinions de la doctrine et de la jurisprudence. L'article 1er du Code civil suisse décide que, à défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier; à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur; le texte ajoute que le juge doit s'inspirer des solutions consacrées par la doctrine et par la jurisprudence. Cette dernière disposition recommande aux tribunaux de s'inspirer des précédents de jurisprudence, même là où il y a une loi applicable. Dans notre droit, le rôle de la jurisprudence est considérable; qui ne connaît que les textes de lois ignore à peu près le droit qui s'applique.

Les recueils de jurisprudence

Comment peut-on connaître la jurisprudence ? Il y a des recueils d'arrêts. Les deux principaux à l'heure actuelle sont le Recueil de Sirey et le Recueil de Dalloz. Ils ont la même structure; dans une première partie, on y trouve la jurisprudence de la cour de cassation; dans une seconde, la jurisprudence des tribunaux judiciaires et des cours d'appel; dans une troisième la jurisprudence du Conseil d'Etat et des tribunaux administratifs. On cite un arrêt d'après l'année, la partie et la page.

Il y a aussi des répertoires, qui renseignent sur la jurisprudence.

Il existe des journaux quotidiens, comme la Gazette du Palais, qui donnent la jurisprudence récente.

Pour compléter le rôle de la jurisprudence il est bon de posséder quelques notions élémentaires sur notre organisation judiciaire et sur le rôle que joue la Cour de cassation.

Notions sur l'organisation judiciaire civile

Nous laisserons de côté les juridictions commerciales: tribunal de commerce; nous ne nous occuperons pas du conseil de prud'hommes, bien qu'il ait à connaître de certaines questions relatives au contrat de travail. Nous ne nous occuperons que des juridictions purement civiles.

La hiérarchie judiciaire

a) les justices de paix et leur compétence.

Les juridictions civiles forment une hiérarchie, au bas de laquelle sont placées des justices de paix et au sommet de laquelle se trouve la Cour de cassation. Les juges de paix sont placés dans chaque canton, à Paris dans chaque arrondissement. Ils statuent sur

Source : BIU Cujas

certains litiges déterminés par la loi. Ils n'ont compétence que pour les matières qui sont expressément désignées par la loi. D'une façon générale les juges de paix connaissent des affaires de moindre valeur. En principe, dit une loi de 1905, ils ont à connaître des affaires personnelles mobilières dont la valeur n'excède pas 4.500 frs.

2)Les tribunaux civils d'arrondissement- Juridictions de droit commun

Au-dessus des juges de paix figurent les tribunaux de première instance. Il y en a en principe un par arrondissement; à Paris un seul pour le département de la Seine. Ces tribunaux sont compétents pour toutes les affaires civiles. Leur juridiction est la juridiction de droit commun, c'est-à-dire qu'ils sont compétents pour toutes les affaires qu'une loi n'attribue pas à un autre tribunal, au juge de paix ou au tribunal de commerce. Leur compétence est générale. Ils sont en outre juges d'appel des décisions du juge de paix.

Le tribunal civil juridiction d'appel des décisions du juge de paix

Toutes les décisions du juge de paix ne sont pas susceptibles d'appel, notamment celles qui portent sur des litiges dont la valeur ne dépasse pas 1.500 frs sont rendues en dernier ressort, l'appel n'est pas possible. Toutes les fois que l'appel est possible, c'est devant le tribunal de première instance qu'est port l'appel d'une décision de juge de paix.

Les jugements des tribunaux de première instance ne sont susceptibles d'appel que lorsqu'ils excèdent la valeur de 7.500 frs. Au-dessous de cette somme, les jugements des tribunaux de première instance ne sont pa susceptibles d'appel.

3-Les Cours d'appel

Au-dessus des tribunaux civils sont les cours d'appel, leur ressort est plus étendu, il englobe plusieurs départements. Les cours d'appel connaissent en appel des décisions rendues par les tribunaux de première instance et par les tribunaux de commerce, et la juridiction des référés.

Les cours d'appel ne connaissent pas des décisions des juges de paix. Le tribunal de première instance est juge d'appel des décisions des juges de paix; quand le tribunal de première instance a statué sur cet appel, il n'y a plus un second appel possible; on ne peut pas aller au-delà de deux degrés de juridiction.

4-La Cour de Cassation

Au-dessus de toutes ces juridictions est placée la Cour de cassation, qui a un rôle tout à fait particulier. Elle statue sur les décisions rendues au dernier ressort, c'est-à-dire sans appel possible, soit par les juges de paix, soit par les tribunaux de première instance, soit par les cours d'appel.

La Cour de Cassation juge en droit et non en fait

Ce qu'il importe de connaître, c'est que la Cour de cassation n'est pas un juge du fait; elle est juge du droit. Dire que la Cour de cassation n'est pas juge

Source : BIU Cujas

du fait, cela veut dire qu'elle n'a pas à redresser les appréciations de fait, même manifestement erronées, données par les juges dont la décision lui est déférée.

Exemple: un accident d'automobile; les juges du fait ont constaté que tel automobiliste tenait sa gauche au lieu de sa droite, que tel automobiliste avait commis un excès de vitesse, qu'il n'avait pas respecté le code de la route au moment du croisement, etc.. Cela ne regarde pas la Cour de cassation; les juges du fait ont pu se tromper, même se tromper lourdement; la Cour de cassation n'a pas le droit de redresser leur appréciation de fait. Le rôle exclusif de la Cour de cassation est de rechercher si, étant donné la situation de fait souverainement admise par la cour ou le tribunal, les juges ont fait une exacte application de la loi aux faits qu'ils ont ainsi constatés. Le rôle de la Cour de cassation c'est de veiller à l'observation de la loi.

Organisation de la Cour de cassation

La Cour de cassation jusqu'à cette année comprenait trois Chambres: la Chambre criminelle, qui statue sur les pourvois dirigés contre les jugements et arrêts en matière pénale; En matière civile, deux autres Chambres: la Chambre des requêtes et la Chambre civile.

La Chambre des requêtes et la Chambre civile

Dans la plupart des affaires civiles, le pourvoi doit d'abord être soumis à la Chambre des requêtes. La Chambre des requêtes examine si le pourvoi paraît avoir quelque chance de succès. Si la Chambre des requêtes estime que le pourvoi est mal fondé, elle rend un arrêt de rejet; cet arrêt, elle le motive, elle indique les raisons de droit pour lesquelles la décision attaquée lui paraît avoir été bien rendue. Si, au contraire, la Chambre des requêtes estime que le pourvoi a quelque chance d'être fondé, elle rend un arrêt d'admission, qu'elle ne motive pas, et l'affaire passe à la Chambre civile, qui juge définitivement la question.

La Chambre civile peut rejeter, si le pourvoi est mal fondé; elle peut aussi casser, si elle estime que la loi a été méconnue. Dans les deux cas la Chambre civile motive ses arrêts.

La Chambre sociale.

Depuis un décret-loi de juin 1938, on a adjoint à la Cour de cassation une quatrième Chambre: la Chambre sociale, qui a à juger un certain nombre d'affaires, surtout les affaires intéressant les conflits entre patrons et ouvriers, les accidents du travail, les rapports entre bailleurs et locataires.

La Chambre sociale joue tantôt le rôle de Chambre des requêtes, c'est-à-dire que pour ces affaires-là elle examinera si le pourvoi lui paraît fondé, s'il y a lieu de rejeter immédiatement ou de renvoyer à la

Source : BIU Cujas

Chambre civile. Pour d'autres affaires elle joue le rôle de la Chambre civile, c'est-à-dire qu'elle a le pouvoir de casser ou de rejeter.

Lorsque la Cour rejette le pourvoi, pas de difficultés: la décision attaquée devient définitive,

L'arrêt de cassation; renvoi à une juridiction de même degré que celle qui a précédemment statué.

Qu'arrive-t-il lorsque la Cour de cassation prononce une cassation? La Cour de cassation ne statue pas elle-même sur le fond; elle se borne à annuler l'arrêt; elle renvoie l'affaire devant une autre juridiction du même ordre que celle qui avait statué la première fois et dont la décision a été cassée.

Par exemple, la Cour de cassation casse aujourd'hui un arrêt de la Cour de Paris, elle ne statuera pas sur le fond de l'affaire, elle renverra l'affaire devant la Cour d'Orléans, ou la Cour d'Amiens. Elle casse un jugement du tribunal de la Seine rendu en dernier ressort; elle ne statuera pas sur le fond, elle renverra devant le tribunal de Versailles ou le tribunal de Pontoise, qui aura à connaître à nouveau de l'affaire.

Liberté de décision de la juridiction de renvoi

La juridiction de renvoi est-elle liée par la décision de la Cour de cassation sur le point de droit? Nullement. La juridiction de renvoi peut juger exactement dans le sens où avait jugé le premier tribunal ou la première cour dont l'arrêt a été annulé.

Possibilité d'un nouveau pourvoi; arrêt de la Cour de Cassation toutes Chambres réunies

Mais ce jeu va-t-il continuer indéfiniment? Si un nouveau pourvoi est formé contre la décision de la juridiction de renvoi et si ce pourvoi est fondé sur le même moyen que le premier, la Cour de cassation statuera toutes Chambres réunies, en audience solennelle. Les Chambres réunies pourront rejeter le pourvoi; il est arrivé quelquefois que les Chambres réunies ont eu un avis contraire à celui de la Chambre civile. Mais il arrive plus souvent encore que les Chambres réunies adopteront le point de vue qui avait été admis par la Chambre civile et qu'elles cassent de nouveau. En ce cas, elles renvoient devant une troisième juridiction, mais cette fois la juridiction de renvoi doit s'incliner devant la jurisprudence de la Cour de cassation, c'est-à-dire que dans l'affaire, mais uniquement dans l'affaire qui leur est soumise, elle devra adopter au point de vue du droit la thèse qui a paru la meilleure à la Cour de cassation.

Mais il convient de remarquer que la solution adoptée par les Chambres réunies dans une affaire déterminée ne lie pas les tribunaux dans une autre espèce, soulevant même une question identique. Le tribunal de renvoi doit s'incliner devant la solution admise par la Cour de cassation dans l'espèce sur laquelle la Cour de cassation a statué. Mais dans une autre espèce soule-

Source : BIU Cujas

soulevant une question identique la même juridiction pourra juger en sens contraire.

Importance des arrêts de la Cour de Cassation pour la formation de la jurisprudence.

Seulement, en pratique, lorsque les Chambres réunies de la Cour de Cassation ont statué, les tribunaux suivent purement et simplement la thèse qui a été adoptée par celle-ci.

C'est ainsi que se forme la jurisprudence. Toutes les fois que la Cour de cassation, même ne statuant pas en Chambres réunies, a dans un ou plusieurs arrêts adopté un point de vue sur une question de droit, généralement les cours et tribunaux s'inclinent.

§ 4 - La doctrine

L'interprétation doctrinale; son caractère non officiel

La doctrine, c'est l'ensemble des solutions et des conceptions juridiques qui résultent des oeuvres des auteurs ou de l'enseignement. C'est l'interprétation donnée par les jurisconsultes de tous ordres.

L'interprétation doctrinale n'a rien d'officiel; elle n'engage que son auteur ou ses auteurs; et dans notre droit elle n'a pas force de loi.

Il n'en a pas toujours été ainsi. En droit romain la doctrine a été à un certain moment source du droit, sous la forme des "réponses des prudents". En droit romain, le Digeste, qui est une sorte de code, est une compilation composée de textes tirés des oeuvres des principaux jurisconsultes. Les auteurs du Digeste ne s'étaient pas donné la peine de rédiger des textes de lois, ils avaient emprunté aux différents jurisconsultes des textes, qu'ils ont d'ailleurs modifiés. Ce code était composé uniquement d'extraits des oeuvres de jurisconsultes.

Influence en fait de l'interprétation doctrinale.

Il n'en est pas de même aujourd'hui; la doctrine n'a pas force de loi. Ce n'est pas à dire qu'elle soit sans influence, loin de là. D'abord, par l'enseignement elle contribue à la formation des jurisconsultes, et des futurs magistrats en particulier. Ensuite, devant les tribunaux les écrits des auteurs exercent une grand influence sur la décision des magistrats. Les magistrat invoquent la jurisprudence; ils invoquent aussi la doctrine; par conséquent les oeuvres des auteurs exercent une grande influence.

Enfin, la doctrine a encore un rôle à jouer au point de vue législatif. Le législateur accueille assez souvent certaines suggestions qui ont été proposées par la doctrine. D'ailleurs, celle-ci ne se contente pas d'interpréter la loi positive, elle la critique, elle montre ses défauts, elle énonce les problèmes nouveaux susceptibles de se poser, et elle appelle ainsi l'intervention du législateur.

"Les Cours de Droit" 3, Place de la Sorbonne, 3 Y Répétitions Écrites et Orales Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

La doctrine a un rôle évidemment plus théorique que celui de la jurisprudence. La jurisprudence statue sur des cas concrets, sur des espèces. La doctrine est plus désintéressée. Elle fait abstraction des considérations de fait qui influent toujours plus ou moins sur la décision des juges, même lorsqu'il s'agit de droit. La doctrine fait abstraction de considérations étrangères au droit.

Les grands ouvrages de doctrine

Le temps ne nous permet pas d'indiquer les principaux ouvrages de doctrine en matière civile. Bornons nous à citer quelques ouvrages qui aujourd'hui encore sont consultés d'une manière courante et cités devant les tribunaux.

Parmi les grands traités de droit civil, il en est un auquel il faut faire la première place. C'est celui qui a exercé le plus d'influence sur la jurisprudence de la Cour de cassation, pour différentes raisons: c'est le "Cours de Droit civil" d'Aubry et Rau. La première édition de cet ouvrage date de 1838, mais l'ouvrage a été rajeuni; la cinquième édition a été revue par M. E. Bartin. Une 6ème édition est en cours.

Parmi les ouvrages plus récents, il faut citer d'abord le grand Traité de Baudry Lacantinerie. L'origine de ce grand traité a été un manuel d'étudiants, le Traité de Baudry Lacantinerie en trois volumes, chacun d'eux contenant les matières spéciales à chaque année de licence.

Il faut citer encore le grand Traité de Planiol; lui aussi a son origine dans un traité élémentaire, qui avait été écrit à l'usage des étudiants. Vers 1900, l'apparition du Traité de Planiol fut une véritable révolution dans les études juridiques et dans l'enseignement du droit. Il ne se contentait plus de suivre les articles du Code pas à pas, il avait systématisé l'étude du droit civil, il avait fait du droit comparé; c'était un traité rédigé suivant une méthode tout à fait nouvelle.

Dans les dernières années de sa vie, Planiol, avec l'aide du Doyen Ripert, a tiré de ce premier traité élémentaire un grand traité, qui est véritablement le traité le plus moderne en matière de droit civil; il comprend 14 volumes.

On peut citer encore le Cours de droit civil de Beudant. D'autres traités sont spéciaux aux étudiants: le livre de Colin et Capitant (3 volumes) et le traité de Josserand.

Revues: Revue critique de législation et de jurisprudence: Revue trimestrielle de droit civil.

La structure et la méthode d'in-

Ce qui caractérise ces traités de droit civil, c'est d'abord leur structure. Quand on compare les oeuvres

Source : BIU Cujas

terprétation des traités modernes

des premiers commentateurs du Code civil avec les oeuvres les plus récentes, on est frappé de ce fait que la structure est tout à fait différente. Les premiers commentateurs du Code civil s'attachaient à suivre le code pas à pas; ils suivaient l'ordre des articles. Au contraire, dans les derniers traités de droit civil, comme celui de Planiol et Ripert, on constate un effort de systématisation. Chaque matière donne lieu à des développements, sans qu'on se croie obligé de suivre servilement les articles du Code.

La méthode d'interprétation Nécessité d'éviter l'abus de la logique juridique.

Il y a aussi une différence dans la méthode d'interprétation du Droit.

Suivant quelle méthode le droit est-il appliqué? Quel est le rôle de l'interprète, juge ou homme de doctrine? Le rôle de l'interprète c'est d'appliquer la règle de droit à des cas déterminés; comment l'interprète peut-il s'acquitter de ce rôle ?

La loi n'est pas toujours claire, parfois elle est muette sur une question; quelle méthode l'interprète va-t-il suivre pour arriver à la solution qu'il désire?

Evidemment, les règles d'application de la loi sont soumises, comme dans tous les cas où il s'agit de raisonner, aux principes de la logique générale. La loi pose une règle générale et abstraite; il s'agit pour l'interprète de transposer cette règle à un cas particulier. L'instrument dont se sert l'interprète, juge ou homme de doctrine, c'est la déduction, sous la forme du syllogisme, qui permet de passer du général au particulier.

Mais un seul syllogisme ne suffit généralement pas. Les faits dont l'interprète doit tenir compte sont nombreux. D'autre part, la majeure d'un syllogisme peut être la conséquence d'un syllogisme précédent, et ainsi de suite en remontant; de telle sorte que le raisonnement est ici très complexe et très serré; d'autant plus qu'il faut en droit se garder de raisonner dans l'abstrait; ce qui paraît logique au premier abord peut être tout à fait contraire à la réalité. Les données de la vie sociale s'imposent à nous de l'extérieur, et ces données sont multiples, elles s'enchevêtrent les unes les autres et il faut les concilier.

Voyons quelle méthode doit être suivie pour l'application des règles de droit.

1)Le rôle de l'interprète en face d'un texte. Danger de l'interprétation littérale; re-

L'hypothèse la plus simple est celle où la question à résoudre est expressément prévue par un texte de loi. Cela paraît très simple au premier abord; il n'y a qu'à appliquer le texte à l'espèce en question. Mais cela ne veut pas toujours dire que la solution découlera du texte. En édictant le texte, le législateur a eu une

Source : BIU Cujas

cherche de la pensée du législateur; les travaux préparatoires.

pensée directrice, il a cherché à atteindre un but déterminé; c'est cette pensée et ce but qu'il faut rechercher derrière le texte de la loi.

L'interprétation littérale est dangereuse; sans doute il faut la faire, mais elle n'est parfois pas sans dangers. Le législateur s'exprime quelquefois de manière défectueuse, et il s'agit de savoir ce qu'il a voulu réellement, ce qu'il y a derrière la lettre du texte.

Pour connaître l'esprit de la loi, la pensée du législateur, il faut se reporter aux travaux préparatoires de la loi, aux rapports qui ont été présentés au parlement, aux discussions qui ont eu lieu devant les Chambres, qui ont accompagné le vote, et d'une façon générale il faut rechercher par tous moyens possibles le but que le législateur a cherché à atteindre.

Les travaux préparatoires ne nous renseignent pas toujours. Les rapports sont incomplets, insuffisants. Quant à la discussion devant les Chambres, les opinions les plus diverses se sont affrontées, on ne peut pas toujours dégager d'une manière ferme ce qu'a voulu le législateur.

2) Le rôle de l'interprète en cas d'absence de texte. Les deux méthodes en présence

La difficulté devient considérable lorsque nous sommes en présence d'une question non prévue par le législateur. Ici le rôle de l'interprète devient beaucoup plus délicat. C'est dans ce cas que les discussions se sont élevées, les uns voulant toujours prendre leur point d'appui dans la loi, les autres voulant laisser plus de latitude à l'interprète, qui deviendrait une sorte de législateur.

Ces deux méthodes correspondent à deux époques en réalité. La première a été suivie immédiatement et pendant un certain nombre d'années après la promulgation du Code civil. La seconde est celle qui tend à être suivie actuellement.

a) L'Ecole de l'exégèse. L'emploi des arguments logiques: a fortiori a contrario, par analogie.

Pendant longtemps - et c'est un phénomène que l'on peut constater toutes les fois que dans un pays un code vient d'être promulgué (on l'a constaté en Allemagne après la promulgation du Code de 1900, et ensuite dans tous les pays qui viennent de promulguer un code) - pendant longtemps on part de cette idée qu'un code se suffit à lui-même, qu'il fournit la clé permettant de résoudre toutes les questions, même celles qui ne sont pas prévues par la loi dans un texte exprès. Sans doute le législateur n'a pu prévoir tous les cas susceptibles de se présenter, mais en usant de certains procédés logiques on peut trouver contenue en germe dans ce code la solution de toutes les difficultés.

On fait, dans ce but, appel à certains procédés de raisonnement: par exemple l'argument "a fortiori", ou

Source : BIU Cujas

l'argument " a contrario" , ou encore l'argument par analogie.

Voici un exemple d'argument par analogie. Il s'agit de savoir quand une personne est vivante, c'est la question de savoir si l'enfant conçu doit être considéré comme un être vivant et s'il est susceptible d'avoir des droits. L'enfant simplement conçu est considéré comme une personne, même avant sa naissance. Mais quand peut-on dire qu'un enfant est conçu? Question que le Code n'a pas résolue. Mais le Code a résolu cette question à propos d'un autre problème, à propos de la légitimité. Pour rechercher si un enfant est issu de deux personnes mariées, le Code fixe la durée des grossesses. Lorsqu'il s'agit d'appliquer le problème des droits de l'enfant conçu à une question de succession, peut-on se servir des textes qui fixent la durée des grossesses en matière de légitimité? La question a été discutée, mais on a raisonné par analogie; il s'agit de fixer la durée d'une grossesse dans un cas comme dans l'autre; par conséquent, on est justifié à appliquer à une question de succession les règles admises par le Code civil en matière de légitimité.

L'induction

Il est une autre méthode qui peut servir à dégager une solution, alors même que le Code ne l'a pas expressément prévue, c'est la méthode inductive, l'induction. Un grand nombre de solutions législatives, en effet, ne sont que l'application de principes plus généraux, qui ne sont pas expressément formulés par le Code, mais qui sont implicitement contenus dans son oeuvre. Du fait que le législateur a édicté un certain nombre de dispositions, on peut s'élever par voie d'induction à un principe plus général; et de la réunion de principes plus généraux, on peut s'élever à d'autres principes plus généraux. On a ainsi le moyen de résoudre un plus grand nombre de questions non prévues par le législateur.

C'est la méthode traditionnelle, méthode suivie surtout pendant un siècle, suivie encore aujourd'hui dans une certaine mesure. Tout est dans le Code; et cela explique la boutade Bugnet; on lui parlait de Droit civil, il ripostait : je ne connais pas le droit civil, je n'enseigne que le Code Napoléon! Il exprimait par là qu'il était fidèle à cette méthode selon laquelle on peut tirer du Code Napoléon toutes les solutions possibles. C'est ce qu'on appelle la méthode exégétique, qui pendant on peut dire plus d'un siècle a été exclusivement employée par la doctrine dans l'interprétation du Code civil.

Cette méthode, il faut le reconnaître, a été féconde

Source : BIU Cujas

en résultats; elle a permis de dégager en quelque sorte toute la substance du Code civil. Mais elle a le défaut capital d'enfermer dans une série de raisonnements logiques une matière qui ne s'accommode pas d'abstractions. On finit avec cette méthode, par raisonner dans l'abstrait; or, les règles juridiques doivent s'appliquer à la vie sociale essentiellement mouvante.

b)La libre recherche scientifique

Cette méthode s'est révélée insuffisante, et l'on a dès lors proposé de lui substituer une autre méthode. Mais quelle méthode doit-on suivre lorsque le Code est muet? Certains auteurs nous disent: lorsque le Code est muet sur une question, l'interprète peut se décider librement; il n'a plus à s'occuper des textes; il peut se décider suivant une méthode de libre recherche scientifique. C'est l'Ecole de la libre recherche scientifique, opposée à l'Ecole de l'exégèse.

L'interprète a le champ libre; puisque le législateur ne lui impose pas une solution, l'interprète doit alors se guider sur les données premières de la raison ou de la conscience; il doit tenir compte des besoins économiques ou sociaux auxquels il s'agit de donner satisfaction. Par conséquent, sur ce point, il doit faire oeuvre de législateur.

Danger de cette méthode dans l'interprétation judiciaire. L'arbitraire sous prétexte d'équité.

C'est une méthode extrêmement complexe, qui a été exposée dans des ouvrages de premier ordre, notamment dans les oeuvres de M. Geny, qui fut doyen de la Faculté de Nancy. Cette méthode peut être suivie sans inconvénients par les hommes de doctrine; maniée par l'homme de doctrine, cette méthode de libre recherche scientifique, peut donner naissance à des conceptions fécondes qui inspireront le législateur à venir. Mais cette méthode est-elle recommandable pour les tribunaux? Maniée par les juges on peut craindre qu'elle n'aboutisse à l'arbitraire. Elle peut conduire les juges, en effet, à abandonner la recherche des principes, à s'abandonner à une sorte d'instinct juridique, qui leur permette de découvrir non pas tant ce qui est juste que ce qui leur paraît juste. Or, à cet égard, nous pouvons être en plein subjectivisme.

Cette méthode peut entraîner les juges à recourir à l'équité. Mais, dira-t-on, n'est-ce pas souhaitable. Qu'est-ce donc que l'équité?

Tout d'abord on entend par là une sorte d'instinct juridique, qui tient lieu de raisonnement, et qui permet d'arriver à la solution d'un problème juridique en s'inspirant de l'idée qu'on se fait de la justice. C'est la définition de l'équité que donne un des anciens professeurs de droit romain de cette faculté, M. Gaston May.

Source : BIU Cujas

L'équité, c'est aussi autre chose; ce n'est pas seulement un instinct qui nous amène à découvrir facilement ce qui est juste ou injuste, mais l'instinct n'est pas infaillible; c'est aussi, suivant l'expression d'Aristote, la justice tempérée par la charité. L'équité ainsi entendue conduit l'interprète à écarter l'application de la loi lorsque celle-ci paraît trop rigoureuse dans une espèce donnée. C'est un très beau sentiment que celui de l'équité, mais terriblement dangereux, parce que sous le voile de l'équité peuvent se dissimuler de grandes injustices. Nos anciens ne s'y étaient pas trompés; le peuple de l'ancienne France disait: "Dieu nous préserve de l'équité des parlements". Il disait cela parce qu'il savait par expérience que sous cette équité se dissimulaient souvent l' arbitraire et le bon plaisir.

C'est pourquoi, en droit, il ne faut pas trop se fier à l'instinct, il ne faut pas chercher à tempérer la loi par le sentiment. Il vaut mieux souvent faire prévaloir le raisonnement sur l'instinct et la raison sur le sentiment.

Voilà pourquoi la vieille méthode exégétique, à la condition de ne pas l'entendre d'une façon trop étroite, a le grand avantage d'obliger les juges à garder un certain contact avec le Code et avec la loi. Si ténu que soit le fil qui unit le texte de la loi à l'espèce à laquelle on l'applique, la loi sert de guide aux juges, elle les empêche de verser dans l'arbitraire.

PLAN DU COURS

Le cours de Droit civil de cette année sera divisé en trois parties :

1ère Partie : Le droit de la personnalité,
2ème Partie : Le droit de la famille,
3ème Partie : Le droit des biens.

Source : BIU Cujas

PREMIERE PARTIE

LE DROIT DE LA PERSONNALITE

Définition de la personnalité

Nous avons déjà dit en présentant le tableau panoramique du Droit civil, que la personnalité en droit c'est l'aptitude à être sujet de droits ou d'obligations.

Attribution de la personnalité à toute personne humaine et exclusivement aux personnes humaines.

Une personne peut être propriétaire; elle peut être créancière, elle peut être débitrice.

Dans notre droit moderne, tout être humain est doué de la personnalité. Mais il n'y a que les êtres humains qui possèdent cette personnalité. La question s'est posée de savoir si quelquefois il n'y aurait pas lieu d'attribuer la qualité de sujet de droit à une chose, par exemple à un animal ou même à une chose purement matérielle.

En ce qui concerne les animaux, un philosophe a dit que les animaux , qui sont protégés dans une certaine mesure contre les mauvais traitements, étaient des demi-personnes, qu'ils avaient une demi-personnalité... Inutile d'insister. Il est bien certain que seuls les hommes ont la personnalité; eux seuls peuvent être sujets de droits ou d'obligations. C'est pour les hommes que le droit existe; ce sont les intérêts humains que le droit réglemente et qu'il protège.

On objectera bien qu'il existe une loi du 2 Juillet 1850, la loi Grammont, qui protège les animaux domestiques contre les mauvais traitements dont ils peuvent être l'objet. En réalité, comme on l'a fait observer très justement, ce n'est pas tant l'animal qu'on protège que l'homme qu'on veut prémunir contre ses mauvais instincts.

Il ne paraît donc pas utile d'insister autrement sur cette question de savoir si d'autres que les hommes peuvent avoir la personnalité. Il est certain que si l'on admettait qu'un animal ou un monument pût être propriétaire de biens, avoir un patrimoine, il manquerait tout de même une chose essentielle à la personnalité,

Source : BIU Cujas

c'est la possibilité, l'aptitude à être sujet d'obligations. Or, il est bien certain qu'un animal ne peut pas être sujet d'obligations.

Les intérêts humains réglementés par le Droit. Intérêts individuels et intérêts collectifs; distinction des personnes physiques et des personnes morales

Les intérêts humains protégés par le droit sont de deux sortes. Il y a d'abord des intérêts individuels; il y a aussi les intérêts collectifs. Le droit protège ces derniers comme les premiers.

Tantôt, en effet, les hommes s'unissent en vue de satisfaire leurs intérêts communs, ils se constituent en associations ou en syndicats, par exemple pour défendre leurs intérêts professionnels; tantôt aussi les hommes s'unissent pour obtenir des résultats auxquels chacun d'eux à lui seul ne pourrait parvenir. Comment aurait-on pu construire les chemins de fer par exemple s'il n'avait été possible de constituer ces grandes sociétés qui ont permis de réunir les capitaux suffisants pour accomplir ces travaux d'utilité publique. De là sont nés ces groupements auxquels nous donnons le nom d'associations, de sociétés, de syndicats, et qui sont un fait social élémentaire.

Le Droit ne peut ignorer ces groupements sans se heurter aux réalités les plus évidentes et les plus pressantes. Notre législation, comme toutes les autres, a donc dû tenir compte de ce phénomène général qu'est l'association, et elle a dû apporter aux intérêts collectifs une protection semblable à celle qu'elle accorde aux intérêts individuels.

De là la tendance toute naturelle à faire de ces groupements de véritables personnes, en un mot à considérer que le groupement a une personnalité indépendante de celle de ses membres. On dit couramment qu'une association, qu'une société est propriétaire ou créancière, ou qu'elle peut agir en justice comme le fait une personne physique.

On a été ainsi amené à distinguer dans notre Droit deux catégories de personnes: d'une part les personnes physiques, qui sont des êtres humains, et d'autre part les personnes appelées juridiques, ou personnes morales, qui sont les groupements humains.

Nous aurons donc à diviser cette Première Partie en deux chapitres:

Chapitre I: Les personnes physiques,

Chapitre II : Les personnes juridiques, ou personnes morales.

« Les Cours de Droit »
3, Place de la Sorbonne, 3

Répétitions écrites et orales
Reproduction Interdite
Y

Source : BIU Cujas

Chapitre I

LES PERSONNES PHYSIQUES

Cette étude sera divisée en quatre sections:

Ière Section : Conditions d'existence de la personnalité.

2ème Section: Les droits ou attributs de la personnalité

3ème Section: Les signes extérieurs de la personnalité; le nom et le domicile.

4ème Section: Les actes de l'état civil.

Première Section

Les conditions d'existence de la personnalité.

Principe: Tout être humain est une personne

Il est un principe général qui domine tout notre droit: c'est que tout être humain est une personne, c'est-à-dire peut être sujet des droits et d'obligations.

Tout autre était la conception des législations anciennes qui admettaient l'esclavage. Dans ces législations, comme le droit romain primitif, l'esclave n'est pas une personne, c'est une chose, qui peut être l'objet d'un droit de propriété. En fait, on avait bien fini par reconnaître certains droits aux esclaves; c'est à leur sujet qu'on aurait pu dire qu'ils étaient des demi-personnes.

En tout cas dans notre législation, il n'est plus question d'esclavage. L'esclavage a été aboli non seulement dans la métropole, mais aussi dans les colonies Les derniers vestiges de l'esclavage dans les colonies ont été abolis en 1848, par le décret du 27 Avril 1848. Tout être humain sans exception est une personne par conséquent a l'aptitude à être sujet de droits et d'obligations.

Moment auquel commence la personnalité. Personnalité de l'enfant simplement conçu. Textes faisant

Mais à quelles conditions est-on en présence d'un être humain? Il n'y a d'être humain que celui qui est vivant. L'individu mort n'a plus de personnalité; il n'a plus ni droits, ni obligations. Mais à quel moment commence la vie? Est-ce au moment de la conception ou au moment de la naissance? Pour la médecine, il n'y a pas de doute; l'enfant simplement conçu est un être

Source : BIU Cujas

application de cette idée.

vivant. En est-il de même pour le législateur?

Notre droit ne faisant en cela que suivre une règle traditionnelle déjà admise par les Romains, considère que l'enfant simplement conçu a déjà la personnalité juridique, une certaine personnalité juridique. Le principe n'est posé nulle part d'une façon générale. En cette matière, comme en beaucoup d'autres, et à la différence de ce que font certains codes étrangers plus récents, le Code civil s'est contenté de poser certaines règles particulières, desquelles il résulte qu'un enfant conçu peut avoir certains droits. Mais il n'y a pas de principe général.

Nous trouvons trois textes d'où il résulte que l'enfant conçu est capable d'avoir certains droits.

Tout d'abord, l'article 725, qui décide que, pour succéder, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession. Sont incapables de succéder: I° celui qui n'est pas encore conçu... Une personne non encore conçue ne peut recueillir une succession. D'où il résulte évidemment, a contrario, que celui qui est simplement conçu peut succéder.

Un autre texte le dit d'ailleurs en termes formels en matière de libéralités. C'est l'article 906: Pour être capable de recevoir entre vifs il suffit d'être conçu au moment de la donation. On peut donc faire une donation valable au profit d'un enfant conçu. Le texte ajoute: "Pour être capable de recevoir par testament il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur". Donc, l'enfant conçu peut recevoir une libéralité entre vifs, donation ou testament.

Enfin, un troisième texte nous indique que le Code se préoccupe des intérêts de l'enfant simplement conçu. C'est l'article 393 qui envisage le cas où le mari décède laissant sa femme enceinte. Il est nommé en pareil cas un curateur à cet enfant, par le conseil de famille, et ce curateur a le devoir de prendre soin des intérêts de l'enfant.

Voilà donc trois textes d'où il résulte que l'enfant simplement conçu est déjà une personne qui peut bénéficier de certains droits. La loi en outre protège l'enfant conçu dans sa vie en punissant de peines l'avortement volontaire.

Généralisation de cette solution. Applications.

L'enfant conçu a donc une certaine personnalité. On a généralisé ces dispositions. Partant de ces textes qui envisagent les cas particuliers, on a posé un principe général, à savoir que l'enfant simplement conçu est déjà une personne susceptible d'avoir des droits et des obligations. On a tiré de ce principe, des conséquences qui n'étaient pas prévues dans le Code civil.

Source : BIU Cujas

C'est ainsi que l'on admet qu'un enfant naturel puisse être reconnu dès avant sa naissance. La reconnaissance est valable, il n'est pas nécessaire d'attendre que cet enfant soit né.

D'autre part, la Cour de Cassation a décidé récemment que l'enfant simplement conçu a droit à une rente en cas d'accident mortel du travail survenu à son père. Arrêt du 4 Janvier 1935. (Sirey, 1936, I, 17).

Portée de la personnalité de l'enfant conçu: Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur".

Cette personnalité de l'enfant conçu est d'ailleurs une personnalité incomplète. On est d'accord pour appliquer ici un ancien adage qui était déjà admis en droit romain et que l'on formule en latin de la manière suivante : "Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur"; ce qui veut dire tout simplement que l'enfant conçu est considéré comme né, c'est-à-dire qu'il a une personnalité, toutes les fois qu'il s'agit de ses intérêts: "quoties de commodis ejus agitur". En un mot, la personnalité anticipée que l'on reconnaît à l'enfant conçu n'est admise que dans la mesure où cette personnalité peut servir son intérêt: recueillir une succession, recueillir une libéralité, avoir droit à une rente en cas d'accident du travail survenu au père.

On rejette au contraire la personnalité de l'enfant conçu dans le cas où cette attribution de la personnalité lui serait désavantageuse.

Par application de ce principe on décide que l'action en désaveu qui peut être formulée par le mari contre l'enfant que sa femme met au monde, ne peut être dirigée contre un enfant simplement conçu. En un mot, le mari qui soutient que l'enfant que porte sa femme n'est pas de lui, doit attendre la naissance, il ne peut exercer son action en désaveu tant que l'enfant est simplement conçu, parce que, après tout, cet enfant ne naîtra peut-être pas viable et qu'il vaut mieux éviter un scandale.

Tel est le principe: l'enfant simplement conçu est déjà une personne.

De la preuve de la conception. Intérêts de la question. Présomptions posées par le Code sur la durée possible de la grossesse en matière de filiation (a 312)

Mais une question se pose: c'est la question de la preuve de la conception: quand un enfant est-il conçu? Si l'enfant soutient plus tard, ou bien son représentant, qu'il a été conçu par exemple au moment de l'ouverture d'une succession, il doit en apporter la preuve. Il faut, en un mot, démontrer que l'enfant était conçu au jour où la succession s'est ouverte.

Exemple: Un ménage a un ou plusieurs enfants. Cet enfant, ou l'un de ces enfants, vient à mourir, laissant une succession. Qui recueille cette succession? La succession se partage entre ses père et mère et ses

Source : BIU Cujas

frères et soeurs. Supposez que la mère de cet enfant qui vient de décéder mette au monde un autre enfant trois cent jours après le décès de ce fils ou de cette fille. L'enfant qui nait à ce moment peut-il demander à participer à la succession qui s'est ouverte trois cent jours avant sa naissance? Problème évidemment délicat, quelle solution peut-on lui donner?

Dans la plupart des cas la date où un enfant a été conçu est à peu près impossible à déterminer d'une manière précise. La question qui nous occupe ne se pose pas seulement dans l'hypothèse que nous envisageons; elle s'est posée beaucoup plus fréquemment dans un autre cas, quand il s'agit de déterminer la légitimité d'un efant. Il s'agit de savoir si un enfant né d'une femme mariée a bien été conçu pendant le mariage et par conséquent a la qualité d'enfant légitime?

En présence de ce problème, le Code civil, dans l'impossibilité où l'on est de déterminer d'une manière précise la date de la conception d'un enfant, a posé ce que l'on appelle une présomption. Dans l'impossibilité de faire une preuve directe, il pose une présomption au sujet de la durée des grossesses. Il résulte de l'article 312, qu'une grossesse peut durer de 180 à 300 jours. Lorsqu'il s'agit de savoir si un enfant est légitime, il est incontestable que cet article 312 s'applique; il est fait pour cette hypothèse. Par exemple, l'enfant qui naît 180 jours après la célébration du mariage est considéré comme ayant été conçu pendant le mariage, de deux personnes mariées, il est considéré comme légitime. De même l'enfant qui naît 300 jours au maximum après la dissolution du mariage par le décès du mari est considéré comme né du mari.

La présomption du 312 peut-elle être étendue en dehors du cas prévu par le C.C.?

En matière de filiation, le texte s'applique. Peut-il s'appliquer en dehors de cette hypothèse?

Dans notre exemple, si l'on applique la présomption de l'art. 312, l'enfant qui naît trois cents jours après le décès de son frère ou de sa soeur peut invoquer la présomption et dire qu'il était conçu le jour de ce décès. Par conséquent, il a le droit de prendre part à la succession avec ses autres frères et soeurs. Au contraire, si l'on refuse d'appliquer la présomption, il faudra faire une preuve; comment arrivera-t-on à faire cette preuve? C'est bien difficile.

Contre l'appliation de la présomption à notre hypothèse, on fait valoir que les présomptions légales ne peuvent être étendues en dehors du cas pour lequel elles ont été prévues. Une présomption légale, c'est

Source : BIU Cujas

quelque chose d'arbitraire, forcément; or, dit-on, c'est une disposition qui a été écrite uniquement pour la légitimité, on ne peut pas l'étendre à d'autres cas notamment au cas d'ouverture d'une succession, à tous autres cas nécessitant la preuve de la conception.

Mais dans les cas, à la vérité rares, où la question qui nous occupe s'est posée devant les tribunaux, ceux-ci ont appliqué purement et simplement la présomption de l'art. 312, notamment en matière de succession. C'est la solution la plus commode en pratique puisqu'elle dispense de recourir à tout autre mode de preuve. C'est aussi la solution la plus favorable à l'enfant.

Conditions auxquelles est subordonnée la personnalité de l'enfant conçu.

La personnalité de l'enfant conçu n'est qu'une personnalité provisoire subordonnée à un événement postérieur, la naissance. L'enfant, en effet, d'après le Code civil, ne devient une personne définitivement que lorsqu'il est né vivant et viable. C'est ce que l'on peut induire de certains textes qui en font application particulière, notamment des deux textes précédemment cités: l'art. 725, d'où il résulte que pour recueillir une succession il suffit d'être conçu au moment de l'ouverture de la succession; mais le texte ajoute: est incapable de succéder l'enfant qui n'est pas né viable. L'article 906 dit la même chose pour les libéralités: "Néanmoins la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable."

Il est encore un autre texte, l'article 314, 3°, relatif au désaveu, qui décide que le mari ne peut désavouer l'enfant né de sa femme lorsque l'enfant n'est pas déclaré viable. On veut éviter un scandale et on interdit au père en pareil cas de former une action en désaveu.

D'où l'on a conclu, par généralisation, que pour recueillir un droit il faut être né vivant et viable. L'enfant conçu a certainement une personnalité provisoire, mais cette personnalité s'évanouit, elle disparaît si jamais cet enfant est mort-né ou s'il naît non viable.

A - que l'enfant naisse vivant

Il faut d'abord que l'enfant naisse vivant. L'enfant mort-né n'est pas considéré comme une personne. La question de savoir si un enfant est né vivant peut être extrêmement importante.

Prenons un exemple. Voici un individu qui meurt laissant sa femme enceinte. L'enfant recueille la succession de son père. Mais voilà que cet enfant est mort-né; sa personnalité par conséquent doit être considérée comme n'ayant jamais existé, il n'a donc pas recueilli la succession de son père. Cette succession ira aux héritiers du père, aux grands-parents pater-

Source : BIU Cujas

nels, par exemple.

Supposez, au contraire, que l'enfant naisse vivant et viable. Il a été une personne. Supposez que quelques minutes après sa naissance il meure à la suite d'un accident. Cet enfant ayant eu la personnalité a recueilli la succession de son père, en mourant il transmet les biens dont il a ainsi hérité. Qui va recueillir sa succession? Pour moitié ce sera sa mère, et pour l'autre moitié ses grands parents paternels.

Le mort-né n'a aucun droit, il est considéré comme n'ayant jamais eu la personnalité. Il est donc très important de savoir si un enfant a vécu, ne fut-ce que quelques instants. C'est une question de médecine légale; la médecine légale a les moyens de vérifier si un enfant mort très peu de temps après sa naissance était mort-né ou s'il a vécu quelques instants. On décide que l'enfant était vivant lorsqu'il a respiré; du seul fait qu'il a respiré il est né vivant et il y a des moyens de constater si un enfant a respiré ou non.

B) Que l'enfant naisse viable

Mais il ne suffit pas que l'enfant naisse vivant pour être une personne, il faut encore qu'il soit né viable, c'est-à-dire apte à la vie, ce qui exclut les enfants nés tellement avant terme qu'ils ne peuvent vivre, ou encore les enfants nés à terme mais présentant un vice de conformation qui les rend inaptes à l'existence, vice de conformation du coeur par exemple qui les rend inaptes à la vie; cet enfant a pu vivre quelques instant, mais il n'était pas viable, il n'a jamais été une personne. La viabilité ou la non viabilité de l'enfant sera ici encore une question de médecine légale, en cas de difficulté.

En tout cas, c'est à celui qui soutient qu'un enfant décédé peu après sa naissance était vivant et viable qu'il appartient de faire la preuve de cette naissance vivante et viable. Certaines législations présument que l'enfant était viable par cela seul qu'il est né vivant; en un mot, il suffit de démontrer que l'enfant était né vivant, on présume qu'il est né viable; c'est à celui qui contesterait cette viabilité qu'il appartient de faire la preuve contraire.

Lorsqu'un enfant est né vivant et viable, il est une personne quand même il mourrait presqu'immédiatement après sa naissance; quand même il serait affligé de difformités physiques ou d'infirmités intellectuelles.

Cas exceptionnels où des droits peuvent s'établir au profit d'un

Dans certains cas, à vrai dire exceptionnels, la loi admet qu'un droit puisse s'établir au profit d'une personne non conçue. La loi admet une sorte d'existence antérieure au point de vue juridique. C'est ainsi que, par contrat de mariage, l'art.1082

Source : BIU Cujas

enfant non encore conçu

admet qu'une donation puisse être faite par une personne quelconque au profit des futurs époux ou de l'un d'eux et de leurs enfants à naître; la donation est valable, bien que faite au profit d'une personne encore inexistante. Si jamais un enfant vient à naître, il bénéficiera de la donation.

De même la loi du I3 Juillet I930 admet qu'une personne puisse s'assurer sur la vie au profit de ses enfants à naître.

Disparition de la personnalité par la mort naturelle.

La personnalité, qui commence avec la vie, disparaît à l'instant même de la mort. Une personne décédée n'est plus une personne sujette de droits et d'obligations. Tous les droits du défunt, toutes ses obligations, passent à ses héritiers, s'il s'agit de droits pécuniaires, ou s'éteignent, s'il s'agit de droits exclusivement personnels.

Il n'y a pas d'arguments à tirer en sens contraire du principe qui est posé par la loi sur la presse, loi du 29 Juillet I88I, qui dans certains cas permet de former une action en cas d'injure faite à la mémoire d'un mort. Est-ce à dire que ce soit le mort lui-même dont les intérêts soient défendus? Non, ce n'est pas cela qu'a voulu dire le législateur. Il est parti de cette idée qu'il existe entre les membres d'une même famille, surtout entre les proches, une solidarité telle qu'une atteinte portée à la mémoire d'un défunt peut être préjudiciable aux intérêts d'une personne vivante. Dire, par exemple, que tel individu décédé était un voleur ou un traître, cela peut porter préjudice aux enfants et aux proches parents de cette personne. On comprend dès lors que la loi interdise dans une certaine mesure de faire injure à la mémoire des morts. La loi du 29 Juillet I88I, article 34, ouvre en pareil cas une action aux proches parents de ce défunt. Elle dit d'ailleurs que cette action n'est ouverte que dans les cas où les auteurs de ces diffamations ou injures auraient eu l'intention de porter atteinte à la considération des héritiers, époux ou légataires universels vivants. C'est dans l'intérêt des vivants et nullement dans l'intérêt du mort que cette action est ouverte.

Il peut être important ici encore de faire la preuve, de déterminer exactement à quel moment une personne est décédée puisque c'est à ce moment que sa personnalité disparaît qu'elle ne peut plus recevoir une succession. La question de la preuve du décès est quelquefois une question délicate, nous la retrouverons en nous occupant des actes de l'état civil.

La mort naturelle est le seul cas dans lequel

Source : BIU Cujas

mort civile en I854

disparaisse la personnalité. Mais il n'en a pas toujours été ainsi. Dans les législations anciennes, il y a des personnes vivantes qui sont considérées comme dépourvues de toute espèce de personnalité, comme les esclaves. Dans notre ancien droit, c'était le cas des religieux; par cela seul qu'ils entraient en religion, qu'ils avaient formulé des voeux dans certaines conditions, ils étaient frappés de mort civile; on les considérait comme morts, morts au monde, par conséquent incapables désormais d'avoir des droits ou d'être soumis à des obligations. La mort civile résultant de l'entrée en religion a été supprimée par la Révolution.

Mais le Code civil, qui n'avait fait sur ce point que s'inspirer de la législation antérieure, connaissait un autre fait qui entraînait la disparition de la personnalité: c'était la mort civile, qui frappait certains condamnés à des peines perpétuelles, les condamnés aux travaux forcés à perpétuité en particulier; bien que vivants ils étaient considérés comme morts civilement. La mort civile était une fiction en vertu de laquelle le condamné était traité comme une personne décédée; il voyait sa personnalité disparaître, sa succession s'ouvrait, son mariage était dissous, il ne pouvait plus recevoir ni succession, ni libéralités. Cependant il avait été impossible de pousser la fiction jusqu'au bout, jusqu'à son extrême conséquence. C'est ainsi qu'on admettait que le mort civil pouvait passer tout de même certains contrats à titre onéreux; on ne pouvait le priver complètement du droit de vivre. La mort civile a été abolie par une loi du 3I Mai I854, qui a abrogé en conséquence les articles 22 à 33 du Code civil, lesquels traitaient de la mort civile. Il n'y a donc plus aujourd'hui que la mort naturelle qui marque la fin de la personnalité.

Section II

Les droits ou attributs de la personnalité.

La personnalité comporte pour chacun de nous certaines prérogatives qui constituent les droits de la personnalité.

Caractères des droits de la personnalité.

Ces droits, qui s'opposent aux droits patrimoniaux, propriété, créances, par exemple, présentent des caractères qui leur sont particuliers et qui s'expliquent par ce fait que les dispositions qui assurent la protection de notre personne, de notre individualité sont pour la plupart commandées tout à la fois par la morale et par le droit. C'est pour cela qu'on dit

Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

quelquefois que ce sont des droits naturels.

En tout cas, ces droits ont un caractère d'ordre public. Or, c'est un principe posé par l'article 6 du Code civil qu'on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs.

Ces droits de la personnalité sont incessibles; nous ne pouvons pas les céder à quelqu'un; ils sont inhérents à notre individualité. Ils sont insaisissables par nos créanciers; les créanciers peuvent bien saisir les biens qui nous appartiennent, les vendre; les droits de notre personnalité sont insaisissables par nos créanciers.

C'est ainsi encore que la convention par laquelle nous disposerions de notre activité physique ou intellectuelle sans limitation de durée au profit d'une autre personne devrait être considérée comme nulle étant illicite ou immorale.

De même la convention par laquelle nous renoncerions à notre état civil, ou celle par laquelle nous cèderions cet état civil à un autre. Ce sont là des droits qui sont inhérents à notre personne.

Il est assez curieux de constater que cette matière des droits de la personnalité ait été fort peu étudiée en France. Cela tient à ce que les droits de la personnalité ne sont pas expressément prévus par la loi; la loi n'en donne pas l'énumération. Ces droits d'ailleurs ont un caractère un peu vague. Quoiqu'il en soit, on est cependant d'accord pour admettre leur existence.

Classification tripartite des droits de la personnalité.

Essayons de classer ces droits de la personnalité. On peut dire que les prérogatives résultant de la personnalité se résument dans le droit pour toute personne d'exiger d'autrui la reconnaissance et le respect de son individualité physique, morale et juridique. En un mot, toute personne est protégée dans sa vie physique, dans sa vie intellectuelle et morale et dans sa vie juridique. Voilà les trois rubriques sous lesquelles peuvent se classer les différents droits de la personnalité. Nous allons insister surtout sur la troisième, et nous ne dirons que quelques mots des deux premières.

I - Reconnaissance et respect de l'individualité physique

I - En ce qui concerne la vie physique, les droits de la personnalité sont le droit à la vie et le droit à l'intégrité du corps et à la santé. Ces droits sont rigoureusement protégés tout d'abord par la loi pénale qui punit l'homicide volontaire ou par imprudence, qui punit également les blessures volontaires ou par imprudence.

D'autre part, l'enfant simplement conçu est pro-

Source : BIU Cujas

tégé dans sa vie physique par la loi qui réprime l'avortement.

En second lieu les atteintes à notre individualité physique sont sanctionnées par la loi civile. Elles donnent lieu à la réparation du préjudice causé. Une personne qui est atteinte dans sa vie ou dans sa santé peut par elle-même ou par ses héritiers réclamer des dommages-intérêts.

C'est pour la même raison que l'on admet généralement, et sauf controverse, qu'une intervention chirurgicale ne peut être pratiquée que lorsque le patient y a donné son consentement libre. A plus forte raison est-il interdit à un médecin de procéder à un traitement dangereux dans un but d'expérience, même, disent certains, avec le consentement du malade (Voir l'arrêt rapporté au Dalloz, 1936,2, 9). Une exception peut être admise en ce qui concerne une intervention chirurgicale nécessaire, indispensable, lorsque la victime est hors d'état de donner son consentement et qu'il y a péril de mort? Nécessité fait loi.

A la protection de la personnalité physique on peut rattacher la solution admise par la jurisprudence, en vertu de laquelle toute personne est fondée à empêcher la reproduction de ses traits, de sa physionomie sans son autorisation? Toute personne est fondée à empêcher notamment l'exposition de sa photographie, de son portrait, sans son autorisation (Cas. 23 Avril 1903 Sirey 1904, I, 173). Mais, a dit la Cour de Rennes, il en serait autrement s'il s'agissait d'une personne qui a consenti à servir de modèle (Rennes, 25 Novembre 1903, Sirey, 1904, 2, III).

Conventions relatives à la personne physique.

C'est encore une question que de savoir si toute convention relative à la personne physique est interdite. Il ne faut pas aller trop loin dans cette voie. C'est ainsi que pendant longtemps on a interdit l'assurance en cas de décès, comme dangereuse et immorale. Aujourd'hui, on est revenu de ce préjugé; l'assurance sur la vie est pratiquée d'une manière courante et considére comme un acte de sage prévoyance.

Malgré tout, la loi se défie encore dans une certaine mesure de l'assurance sur la vie. C'est ainsi que la loi du 13 Juillet 1930 sur le contrat d'assurance interdit dans son article 58 de contracter une assurance en cas de décès sur la tête d'un mineur âgé de moins de douze ans. Et même lorsqu'il s'agit d'un enfant parvenu à l'âge de douze ans, l'assurance sur la vie est interdite sans l'autorisation de celui des parents qui est investi de la puissance paternelle, ou du tuteur, ou du curateur. Autrefois, il était interdit aux personnes tierces de s'assurer

Source : BIU Cujas

en cas de décès d'une femme mariéesans l'autorisation du mari, mais depuis la loi du I8 Février I938, cette disposition semble devoir être considérée comme supprimée.

En tout cas une personne ne saurait valablement s'engager à ce que son corps serve à des expériences plus ou moins scientifiques, ou mêmes à des prouesses athlétiques susceptibles de porter atteinte à sa vie ou à sa santé.

Mais c'est une question discutée de savoir quelle est la valeur de la renonciation que consentirait une personne à demander des dommages-intérêts, à raison d'une atteinte qui serait portée éventuellement à son intégrité physique. Il est certain que, lorsque l'accident a été réalisé, accident qui a causé un préjudice, une amputation par exemple, on peut transiger sur l'indemnité.

Renonciation anticipée à toute indemnité au cas d'atteinte à la personne physique

Mais que décider d'une renonciation consentie par avance? Une personne peut elle d'avance d'accord avec une autre, renoncer à demander à celle-ci des dommages-intérêts pour le cas où un accident serait causé par elle, accident préjudiciable à sa santé? Certainement, une semblable convention ne serait pas valable s'il s'agissait d'une atteinte volontaire; il s'agirait ici d'un délit ou d'un crime. Mais que décider d'une atteinte involontaire.

Un point est certain. La loi du 3I Mai I924 sur les transports aériens admet la validité de la clause par laquelle le transporteur s'exonère de toute responsabilité pour les risques, quels qu'ils soient de la navigation aérienne.

Mais en dehors de ce cas expressément prévu par la loi peut-on admettre que l'auteur d'un dommage physique sera exonéré de toute responsabilité du moment qu'il démontre que la victime a accepté le risque auquel elle se soumettrait? La question s'est posée pour les transports automobiles; elle s'est posée aussi en matière de sports et de chirurgie esthétique. La jurisprudence admet assez volontiers la validité de la clause d'exonération de toute responsabilité, en disant que la victime a accepté le risque volontairement. En matière de chirurgie esthétique, les tribunaux y mettent une condition, c'est que, s'agissant d'une opération comportant un risque grave, le chirurgien ait éclairé complètement sa cliente sur le risque encouru, et cela indépendamment de toute faute grave commise dans l'opération (Cour de Paris, I2 Mars I93I, Sirey I93I, 2, I29. Trib. Seine, I5 Février I938; G.T., 1er Février).

De même en matière de sports: le joueur de foot-

Source : BIU Cujas

ball sait très bien qu'il s'expose à un dommage physique. Il ne peut réclamer une indemnité en cas de blessure, à moins qu'il ne démontre que l'auteur de l'accident a commis une faute grave, en agissant, par exemple avec une excessive brutalité.

2 - Respect des prérogatives attachées à la personnalité morale ou intellectuelle

2 - Une personne doit, en second lieu, être protégée dans sa vie morale et intellectuelle, et familiale.

Parmi les attributs de la personnalité morale et intellectuelle figure tout d'abord le droit à l'honneur et à la considération. Les atteintes à ce droit sous forme de diffamation ou d'injure sont réprimées par la loi pénale. Elles donnent lieu également à l'allocation de dommages-intérêts au profit de celui qui est la victime de ces agissements. Chacun de nous non seulemen peut exiger de n'être pas diffamé ou injurié, mais aussi de ne pas être l'objet d'allusions satiriques de nature à le ridiculiser ou à le rendre odieux.

C'est ainsi qu'un romancier excède son droit en s'emparant des incidents de la vie d'une personne, qu'il nomme ou qui est facilement reconnaissable, et en rapportant même fidèlement ses aventures ou ses erreurs. La personnalité ne doit pas être jetée en pâture à la malignité publique, à moins qu'il ne s'agisse d'un personnage historique, auquel cas les droits de l'histoire peuvent l'emporter, pourvu qu'il y ait bonne foi de la part de l'historien.

Constitue également une prérogative de la personnalité morale la liberté de penser, de parler, d'écrire, de professer une opinion en matière de religion ou de philosophie, de morale ou de politique.

De même une prérogative de la personnalité morale est le droit à la liberté, le droit de circuler, de travailler.

e droit moral e l'auteur d' ne oeuvre littéraire ou artistique

Toute personne a encore le droit d'exiger le respect de son travail intellectuel; autre prérogative qui résulte de notre personnalité. C'est ainsi qu'un auteur ou un artiste qui a cédé le droit d'éditer, de représenter ou de reproduire son oeuvre a le droit de s'opposer à ce que celle-ci soit éditée, représentée ou reproduite dans des conditions qui déforment

Source : BIU Cujas

cette oeuvre, qui sont de nature à nuire à la réputation de l'auteur. C'est ce que l'on appelle couramment le droit moral de l'auteur. Evidemment, l'auteur peut retirer des profits pécuniaires de son oeuvre en la faisant éditer, représenter ou reproduire, mais à côté de ses droits pécuniaires qu'il peut céder il y a un droit qui est inhérent à sa personne, qu'il ne cède pas; c'est le droit moral. S'il a accordé par exemple à un éditeur le droit de reproduire son oeuvre à un certain nombre d'exemplaires, il peut toujours s'opposer à ce que cette édition soit faite dans des conditions défectueuses, et qu'il puisse en résulter pour lui un préjudice moral.

Pour la même raison un auteur est seul juge du point de savoir s'il y a lieu de livrer son oeuvre au public; c'est une des conséquences du droit moral. Ses créanciers notamment ne peuvent saisir l'oeuvre inédite sous forme de manuscrit ou de maquette et la faire éditer ou reproduire sans le consentement de l'auteur. Les créanciers peuvent saisir les biens de l'auteur, mais ils ne pourraient saisir un manuscrit et surtout le faire éditer sans le consentement de l'auteur.

3-La protection de l'individualité juridique

3 - Une personne a le droit d'être protégée dans son individualité juridique.

Les attributs de la personnalité juridique sont l'état et la capacité.

A - L'état.

La personnalité c'est l'aptitude à être sujet de droits ou d'obligations; mais cela ne veut pas dire qu'il suffise d'être une personne pour jouir de n'importe quelle espèce de droits ou être soumis à n'importe quelle espèce d'obligations. Il est, en effet, des droits ou des obligations dont l'existence ou l'absence dépend de la situation qu'une personne occupe dans la société, de ce que l'on appelle son état.

L'état peut être envisagé à différents points de vue.

Il y a, par exemple, l'état politique. A ce point de vue une personne a l'état de citoyen ou de non citoyen; le citoyen jouit de droits politiques qui sont refusés à celui qui n'est pas citoyen.

Les différents aspects de l'état

Une autre qualité constitutive d'état c'est la profession; à côté de l'état politique il y a l'état professtionnel. Ainsi il y a un état de fonctionnaire, qui donne à celui qui en est investi des droits et aussi des obligations qui n'appartiennent pas ou qui n'incombent pas au non fonctionnaire. De même il y a un état de commerçant qui confère des droits ou des obligations que n'a pas le non commerçant

Source : BIU Cujas

Nous ne nous occupons ni de l'état politique, ni de l'état professionnel. Ce qui doit nous occuper ici c'est l'état civil. L'état civil, c'est la situation qu'occupe une personne par rapport à la nation à laquelle elle ressortit et à la famille dont elle est membre; c'est la personne envisagée comme membre d'une nation et comme membre d'une famille.

L'état civil; Ses éléments

Son importance au point de vue des droits et des obligations de l'individu

Les Romains connaissaient déjà l'état civil tel que nous l'envisageons encore aujourd'hui. A Rome on connaissait le "status", l'état. Les Romains rangeaien sous trois rubriques les qualités qui constituaient l'état civil: il y avait le "statuts libertatis", le "status civitatis" et le "status familiae". Le "status libertatis", c'était l'état de liberté auquel s'opposait l'esclavage; il n'y a plus d'esclaves aujourd'hui par conséquent il ne peut plus être question aujourd'hui de "status libertatis" . Par contre il existe encore aujourd'hui comme en droit romain un "status civitatis" et un "status familiae".

L'état au point de vue de la nationalité.

L'état civil c'est l'ensemble des qualités constitutives de l'individualité juridique d'une personne dans la nationalité et dans la famille. L'état a une importance considérable; on a pu dire de lui qu'il est la clé de notre situation juridique.

Au point de vue du "status civitatis", de la nationalité, comme nous disons aujourd'hui, une personne est française ou étrangère. L'acquisition et la perte de la qualité de Français sont des matières qui autrefois étaient régies par le Code civil, qui sont contenues aujourd'hui dans une loi qui est restée en dehors du Code civil, la loi du 10 Août 1927. Cette question fait l'objet d'un enseignement spécial: le droit international privé; nous n'avons pas à nous en occuper.

Il nous suffira de dire que le Français a des droits et qu'il est soumis à des obligations que n'ont pas ou auxquelles ne sont pas soumis les étrangers. Par exemple, il y a dans le Code civil un texte qui est encore aujourd'hui en vigueur, l'article 11, qui décide que :"l'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra". L'étranger jouit des droits qui sont accordés par sa nation aux Français. L'étranger n'a pas nécessairement les mêmes droits que les Français et il n'est pas nécessairement soumis aux mêmes obligations.

L'état au point de vue de la famille

Au point de vue de la famille, la situation d'une personne dans la famille est de nature à influer sur ses droits et sur ses obligations. A ce point de vue une personne peut tout d'abord être mariée ou céliba-

Source : BIU Cujas

taire; l'état d'époux engendre des droits et des obligations que nous verrons par la suite.

La parenté et l'alliance; leurs conséquences

Toujours au point de vue de la famille, une autre qualité à laquelle la loi attache des effets juridiques c'est la parenté, l'état de parenté. La parenté peut être directe; c'est celle qui relie les personnes descendant les unes des autres, père, mère, fils, fille, petit-fils, petite-fille; la parenté peut être collatérale; c'est celle qui existe entre personnes descendant d'un auteur commun, frère, soeur, oncle, tante, neveu, nièce, cousin.

La parenté peut être aussi légitime ou illégitime. Une personne a l'état d'enfant légitime ou d'enfant naturel. Les droits et les obligations sont différents suivant que l'on sera à tel degré de parenté ou que la filiation sera légitime ou illégitime.

A la parenté sont attachés des effets très importants: le droit de succession, l'obligation alimentaire entre proches parents, la puissance paternelle, certains empêchements de mariage.

Une autre qualité constitutive du "status familiae" c'est l'alliance, qui est le lien unissant chaque époux aux parents de son conjoint. L'état d'allié comporte certains effets, à vrai dire beaucoup moins nombreux que ceux résultant de la parenté; dans certains cas une obligation alimentaire et dans certains cas aussi un empêchement de mariage.

L'état civil au point de vue juridique

L'état, c'est-à-dire la situation de la personne dans la nation ou dans la famille, entraînant des conséquences juridiques importantes, on comprend que toute personne ait grand intérêt à faire constater son état civil, afin de pouvoir revendiquer par exemple les droits attachés à la qualité de français, ou l'un des droits attachés à la parenté, par exemple un droit de succession ou une obligation alimentaire.

Parallèle entre l'état et la propriété. Points de ressemblance

Or, on compare souvent à ce point de vue le droit d'une personne à son état, à un état donné, et le droit de propriété. Chaque personne, dit-on, a sur son état un droit analogue au droit de propriété qu'elle peut avoir sur certains biens, et on fait la comparaison.

L'état comme la propriété entraîne un certain nombre de prérogatives qui sont opposables à tout le monde. C'est, en effet, nous le verrons, une des caractéristiques du droit de propriété et des autres droits réels que ce sont des droits opposables à tous, ce sont des droits absolus. Si je suis propriétaire d'un immeuble, je le suis vis-à-vis de tout le monde; tandis que le droit de créance est purement relatif; je suis créancier de M/ X...c'est uniquement dans mes rapports avec M. X... qu'existe le rapport de droit.

Source : BIU Cujas

L'état, comme la propriété, est opposable à tous. Si vous êtes enfant légitime de tel ménage, vous l'êtes vis-à-vis de tout le monde, de même que vous êtes propriétaire de tel immeuble vis-à-vis de tout le monde, si bien qu'une personne peut revendiquer son état comme elle peut revendiquer sa propriété. En cas de difficulté, elle peut s'adresser à la justice pour faire constater son état; de même qu'un individu peut s'adresser à la justice pour faire constater qu'il est propriétaire de tel bien, et l'action qui est intentée pour faire constater l'état s'appelle une action en réclamation d'état, qui correspond à ce qu'est pour la propriété l'action en revendication.

L'action en réclamation d'état

L'état ressemble encore à la propriété en ce qu'il se manifeste généralement par un signe extérieur: la possession. Nous possédons l'état d'enfant légitime de tel ménage. De même que le possesseur d'un champ est celui qui se comporte comme propriétaire aux yeux de tous, de même la loi admet qu'on puisse posséder un état, par exemple l'état d'enfant légitime, c'est-à-dire se comporter comme tel en fait et en droit. Ceci résulte de l'article 321; qui parle de la possession d'état d'enfant légitime: "La possession d'état s'établit par une réunion suffisante defaits qui indiquent le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la famille à laquelle il prétend appartenir. Les principaux de ces faits sont : que l'individu a toujours porté le nom du père auquel il prétend appartenir; que le père l'a traité comme son enfant et a pourvu, en cette qualité, à son éducation, à son entretien et à son établissement; qu'il a été reconnu constamment pour tel dans la société; qu'il a été reconnu pour tel par la famille".

La possession d'état. L'action en contestation d'état.

Généralement, celui qui possède une chose est le véritable titulaire du droit; celui qui possède un champ en est généralement le propriétaire; mais ce n'est pas toujours vrai, on peut posséder un bien en étant un simple usurpateur, le propriétaire n'étant pas en possession. De même il peut arriver que celui qui possède un état ne soit pas en réalité le titulaire de cet état, qu'il soit; lui aussi, un simple usurpateur d'un état auquel il n'a pas droit. Or, en pareil cas, de même que le droit du possesseur indû d'une chose peut être contesté par le véritable propriétaire, de même celui qui possède un état peut être assigné devant le tribunal pour entendre déclarer qu'il n'a aucun droit à l'état qu'il possède, un membre de la famille, un autre enfant, peut l'assigner, faire déclarer en réalité qu'il n'a pas l'état qu'il prétend avoir.

"Les Cours de Droit" Y Répétitions Ecrites et Orales
3, Place de la Sorbonne, 3 Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

L'action intentée dans ce but s'appelle l'action en contestation d'état.

Différences fondamentales entre la propriété et l'état. Indisponibilité et imprescriptibilité de l'état

Mais il ne faut pas pousser trop loin cette comparaison entre l'état et la propriété. Il y a entre ces deux sortes de droits une différence essentielle, qui tient à ce que le droit de propriété est un droit patrimonial, un droit qui est dans le commerce, qui peut être cédé, auquel on peut renoncer, tandis que l'état est inhérent à la personne, c'est un droit de la personnalité. Par conséquent, l'état d'une personne est hors du commerce, il est inaliénable, insaisissable par les créanciers, etc...

Il résulte de là qu'une personne ne peut céder son état civil, alors qu'elle pourrait fort bien céder sa propriété. De même l'état est intransmissible par voie de succession; quand une personne meurt, son état disparaît avec elle.

L'état, d'autre part, est imprescriptible, à la différence de la propriété. Nous pouvons acquérir une propriété par prescription. Si nous avons possédé un champ dans certaines conditions sans en être propriétaire, pendant un certain nombre d'années, nous en devenons propriétaire par la prescription. Rien de pareil en matière d'état, nous ne pouvons acquérir un état par la prescription. Ce n'est pas parce qu'une personne a eu la possession d'état d'enfant légitime pendant trente, quarante ou cinquante ans qu'elle a acquis cet état; on pourra le lui contester au bout de ce délai ou même davantage. De même un état ne peut pas se perdre par voie de prescription.

On ne peut pas transiger sur une question d'état, tandis qu'on peut transiger sur une question de propriété. On ne peut pas renoncer notamment à exercer une action en réclamation d'état. Par exemple si une donation était faite par un individu à un enfant naturel sous la condition que cet enfant renonce à exercer contre le donateur une action en recherche de paternité, cette renonciation n'aurait aucune valeur.

Evidemment, on peut modifier son état, par exemple lorsqu'on se marie ou qu'on divorce, ou qu'on reconnaît un enfant naturel. Mais ces modifications à l'état ne sont possibles que dans les conditions et les formes prévues par la loi.

Droits pécuniaires attachés à l'état

Cependant ici encore il faut faire une réserve. C'est qu'en effet l'état d'une personne n'emporte pas seulement des droits moraux, des droits purement personnels; l'état d'une personne peut lui procurer des droits pécuniaires, et notamment le droit de succession. Or, si les droits moraux sont hors du commerce, tels que l'autorité maritale ou la puissance paternelle, par contre

Source : BIU Cujas

on peut très bien trafiquer des droits pécuniaires. On peut par exemple transiger sur un procès en matière de succession, rien ne s'y oppose. De même on peut céder un droit de succession; le droit de succession peut se prescrire; il est susceptible de transaction; enfin il peut être exercé par un créancier du chef de son débiteur.

B - La capacité

La capacité, on la considère généralement comme un des attributs de la personnalité, avec l'état. Il n'y a pas d'inconvénients à adopter ce point de vue, bien qu'en réalité il ne soit pas très exact; à notre avis, le droit essentiel c'est l'état.

Définition de la capacité; Capacité de jouissance et capacité d'exercice

On définit généralement la capacité l'aptitude d'une personne à devenir le sujet de droits et d'obligations et à les exercer.

Cette définition montre tout de suite qu'une distinction fondamentale doit être faite dans la capacité. C'est l'aptitude, dit-on dans la première partie de la définition, à devenir le sujet de droits; c'est ce que l'on appelle quelquefois la capacité d'être titulaire du droit ou la capacité de jouissance des droits. Puis, il y a une autre forme de capacité: c'est celle qui consiste à pouvoir exercer les droits qui vous appartiennent. On peut être titulaire de droits sans avoir la capacité de les exercer soi-même. Il s'agit de la capacité dite d'exercice. Voilà une distinction classique.

Caractère spécial des incapacités de jouissance

a) La capacité de jouissance des droits. En principe, toute personne a la jouissance des droits civils. Mais à ce principe il y a des exceptions. Il y a des personnes qui sont incapables d'avoir des droits, ou plus exactement d'avoir certains droits. Ces personnes sont frappées d'une incapacité, mais remarquons tout de suite qu'il n'y a pas dans cette matière d'incapacité générale. C'est facile à comprendre: refuser d'une façon générale à une personne la capacité d'être titulaire de droits, cela aboutirait à lui dénier la personnalité, puisque la personnalité c'est précisément l'aptitude à être sujet de droits et d'obligations. On voit tout de suite que la capacité de jouissance se confond avec la personnalité. Donc, puisque dans notre droit tout être humain est une personne, on ne peut pas sans méconnaître sa personnalité lui dénier la possibilité d'être titulaire de toute espèce de droits. Il n'y a donc pas en cette matière d'incapacité générale.

Mais il y a des incapacités spéciales. La loi, en un mot, frappe certaines personnes d'une incapacité

Source : BIU Cujas

spéciale, c'est-à-dire de l'incapacité d'être titulaire de certains droits.

Sources des incapacités spéciales de jouissance.

Ces incapacités nous allons les passer en revue très rapidement; elles résultent de la nationalité, de l'état physique d'une personne, de l'état de condamné, et de l'exercice de certaines fonctions.

1-L'extranéité

1°- Il y a une incapacité de jouissance des droits qui résulte de la nationalité; les étrangers se voient, en leur qualité d'étrangers, refuser certains droits qui appartiennent aux Français.

2-L'état physique :

2° - Une incapacité spéciale peut résulter de l'état physique d'une personne: cet état physique, c'est l'âge ou le sexe.

a)l'âge (mariage - testament - adoption)

L'âge: au point de vue du mariage, une femme jusqu'à 15 ans et un homme jusqu'à 18 ans, est frappé de l'incapacité absolue de se marier. De même jusqu'à 16 ans un mineur est frappé de l'incapacité absolue de faire son testament; à partir de 16 ans il peut faire son testament, mais il ne peut pas disposer de la totalité de ses biens.

Une autre incapacité provenant de l'âge existe en ce qui concerne l'adoption. L'adoption n'est pas permise à une personne âgée de moins de quarante ans. C'est une incapacité de jouissance d'un droit.

b)Le sexe: Egalité civile de l'homme et de la femme

Le sexe:en ce qui concerne le sexe, en matière civile, il n'y a pas en principe d'incapacité à raison du sexe; en principe il y a égalité entre les sexes au point de vue civil. Au contraire, il y a une inégalité au point de vue politique; les femmes sont privées du droit d'électorat.et d'éligibilité. Nous n'avons pas à nous occuper ici du point de vue politique. Au point de vue civil, il y a égalité à peu près complète aujourd'hui entre les deux sexes.

Il n'en a pas toujours été ainsi. Le Code civil établissait à l'encontre des femmes certaines incapacités d'être titulaires de droits. C'est ainsi que sous le régime du Code civil les femmes ne pouvaient être témoins dans les actes de l'état civil et les actes notariés; elles ne pouvaient pas être tutrices, ni subrogées tutrices.

Aujourd'hui la plupart de ces différences entre les deux sexes sont supprimées. Une loi du 7 Décembre 1897 a permis aux femmes d'être témoins dans les actes de l'état civil et les actes notariés; une loi du 2 Juillet 1907 leur a permis d'exercer la tutelle de leurs enfants naturels; et une loi du 20 mars 1917 leur a permis d'une manière générale d'être tutrices ou subrogées tutrices. Par conséquent à ces points de vue-là, il n'y a plus d'incapacité en ce qui concerne les femmes.

Source : BIU Cujas

La loi du 18 Février 1938

D'autre part, la loi du 18 Février 1938 est venue supprimer certaines incapacités qui frappaient encore les femmes; notamment dans certains cas la femme ne pouvait désigner librement à ses enfants un tuteur testamentaire; cette incapacité est supprimée. Il y a encore cependant quelques vestiges. C'est ainsi que d'après l'article 395, lorsqu'une mère est tutrice de ses enfants et qu'elle veut se remarier, elle doit convoquer le conseil de famille pour que celui-ci décide si la tutelle lui sera ou non conservée. C'est une sorte d'incapacité qui est spéciale à la mère. Au contraire, le père, tuteur de ses enfants, qui veut se remarier, n'a aucune autorisation quelle qu'elle soit à demander au conseil de famille. Cela est un vestige de l'ancienne incapacité tenant au sexe féminin.

Par contre, les femmes, au point de vue de la tutelle, jouissent d'un privilège qui est refusé aux hommes; une femme a toujours le droit de refuser d'être tutrice.

3-Condamnation à certaines peines; double incapacité de donner et de recevoir; dégradation civique

3° - Une incapacité de jouissance résulte encore de l'état de condamné. Certaines personnes subissant des condamnations graves sont frappées d'incapacité civile.

Autrefois, les condamnés à une peine perpétuelle, notamment les condamnés aux travaux forcés à perpétuité, étaient frappés de la mort civile. La mort civile a été supprimée par une loi du 31 Mai 1854, mais il reste dans notre droit un vestige de la mort civile. La loi du 31 Mai 1854 a conservé à l'encontre des condamnés à une peine afflictive perpétuelle l'incapacité générale de disposer de leurs biens par donation entre vifs ou par testament. Par conséquent un condamné aux travaux forcés à perpétuité ne peut plus faire son testament et il ne peut plus disposer de ses biens par donation. Il est également frappé de l'incapacité de recevoir par donation ou par testament.

D'autre part, l'individu qui est frappé d'une peine perpétuelle est en même temps frappé de la dégradation civique, qui, aux termes de l'article 34 du code pénal, comporte certaines incapacités de jouissance des droits, notamment l'incapacité de faire partie d'un conseil de famille, d'être tuteur ou curateur, subrogé tuteur, au conseil judiciaire.

Il est d'autres condamnations qui comportent des incapacités de jouissance. La dégradation civique d'abord, qui est une peine s'ajoutant à certaines peines perpétuelles et qui est en outre une peine spéciale; elle emporte certaines incapacités. Il est d'autres condamnations qui entraînent certaines incapacités énumérées à l'article 42 du Code pénal. Par exemple dans cer

Source : BIU Cujas

tains cas les tribunaux, en même temps qu'ils prononcent une peine d'emprisonnement, peuvent interdire au condamné d'exercer certains droits, et notamment le droit d'être tuteur ou curateur, si ce n'est de ses enfants.

4)Exercice de certaines fonctions (tuteur, ministre du culte)

4°- Enfin l'exercice de certaines fonctions peut entraîner des incapacités spéciales. C'est ainsi qu'un tuteur est frappé de l'incapacité de se rendre acquéreur des biens du mineur ou de l'interdit dont il a la tutelle. De même un ministre du culte ou un médecin ne peut bénéficier d'une libéralité qui lui aurait été faite par la personne qu'il a assistée pendant la maladie dont elle est morte; il y a là une véritable incapacité de recevoir par donation ou par testament (Article 909)

b)Incapacités d'exercice;leur caractère exceptionnel.

b)Les incapacités d'exercice. La capacité étant la règle, ce sont les incapacités qui nous intéressent.

Lorsqu'une personne est titulaire d'un droit, qu'elle est soumise à une obligation, elle peut en principe seule et sans intermédiaire exercer son droit ou s'acquitter de son obligation. Elle a la capacité d'exercer ses droits ou d'exécuter ses obligations. La capacité est la règle; c'est ce que dit l'art. 1123: "Toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi".

Etendue de l'incapacité d'exercice

Mais ce principe comporte des exceptions. Pour des raisons diverses, la loi décide que certaines personnes seront incapables d'exercer tout ou partie de leurs droits et d'exécuter tout ou partie de leurs obligations. Des personnes ont des droits, mais elles ne peuvent pas les exercer elles-mêmes. Mais ici, à la différence de l'incapacité de jouissance des droits qui ne peut jamais être générale, l'incapacité d'exercice est tantôt générale, tantôt spéciale.

1 -Incapacité générale des mineurs et des interdits

1°- Les personnes frappées d'une incapacité générale d'exercice des droits ne peuvent acquérir par elles-mêmes aucun droit, ni exécuter par elles-mêmes aucune obligation, sauf des exceptions admises par la loi. Il y en a deux catégories dans notre droit: les mineurs et les interdits.

1)Incapacité spéciale de l'individu pourvu d'un conseil judiciaire et de la femme mariée.

2° - D'autres personnes sont frappées d'une incapacité spéciale, c'est-à-dire que la loi leur interdit d'exercer seules par elles-mêmes certains droits déterminés, ou d'assumer certaines obligations déterminées; pour le reste elles ont pleine capacité. Les personnes ainsi frappées d'une incapacité spéciale sont les individus pourvus d'un conseil judiciaire, et depuis la loi du 18 Février 1938, les femmes mariées

Source : BIU Cujas

qui restent aujourd'hui frappées de certaines incapacités spéciales.

Nous allons passer très rapidement en revue les différents incapables.

1-Les mineurs-Fixation de l'âge de la majorité. Justification de l'incapacité du mineur

1°- Les mineurs - L'article 388 du Code civil définit le mineur: "Le mineur est l'individu de l'un et de l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de vingt et un ans accomplis".

L'article 488 complète ce texte en disant: "La majorité est fixée à 21 ans accomplis; à cet âge on est capable de tous les actes de la vie civile". L'individu qui a atteint l'âge de 21 ans accomplis est un majeur.

Il est aisé de comprendre pourquoi la loi a frappé le mineur d'une incapacité d'exercice. Le mineur peut être titulaire de droits comme un majeur, mais il est frappé d'une incapacité d'exercice, il ne peut exercer ces droits par lui-même. Pourquoi cela? Tout d'abord parce que l'enfant dans sa première jeunesse est hors d'état de se guider dans la vie; même lorsqu'il arrive dans un âge plus avancé, à l'âge adulte, il manque de l'expérience nécessaire pour défendre convenablement ses intérêts. L'incapacité du mineur repose sur une raison naturelle; elle est imposée par la nécessité de protéger l'individu trop jeune contre son inexpérience.

Aussi cette incapacité est-elle admise par toutes les législations. Ce qui diffère seulement suivant les législations c'est l'âge de la majorité. Dans notre ancien droit les coutumes ne s'accordaient pas sur l'âge de la majorité, mais l'âge de 25 ans était généralement celui qui était adopté dans notre ancien droit. C'est le Droit intermédiaire qui, pour des raisons politiques surtout, a abaissé l'âge de la majorité à 21 ans. Le code civil a conservé cette limite. Dans certaines législations la majorité est fixée à 20 ans, dans d'autres à 23 ans.

Abaissement pour certains actes de l'âge de la majorité

Pour certains actes de la vie civile, l'âge de la majorité est abaissé. Le mineur peut faire son testament à partir de 16 ans; il ne peut disposer que de la moitié de ses biens. Pour les engagements volontaires, la majorité est de 20 ans.

Généralité de l'incapacité, représentation du mineur.

L'incapacité qui frappe le mineur est très générale:

1) En principe, le mineur ne peut faire seul aucun acte.

2) Pour tous les actes dans lesquels il est intéressé, il n'y figure pas lui-même, mais il est représenté dans cet acte par son administrateur légal ou son tuteur.

Source : BIU Cujas

Chacun de ces principes comporte des exceptions.

1)Limites à l'incapacité du mineur: actes qu'il peut faire seul.

1)Il y a des actes qu'un mineur est capable de faire seul comme s'il était majeur. Il en est ainsi,

a) des actes dits conservatoires; on entend par là les actes qui ont pour but de maintenir intact le patrimoine et d'empêcher le dépérissement des biens. Ce sont des actes qui ne peuvent causer aucun préjudice à celui qui les fait: au contraire, ils ne peuvent qu'être avantageux pour lui, ils empêchent la dépréciation de ses biens, le dépérissement de son patrimoine. On permet au mineur de les faire lui-même. Par exemple l'inscription d'une hypothèque; quand le mineur est créancier hypothécaire, si son tuteur est négligent, le mineur peut procéder à cette inscription. De même, pour l'interruption d'une prescription qui court contre le mineur, il va perdre son droit; il peut faire les actes interruptifs de prescription; il ne fait que conserver son patrimoine.

b) Un autre acte est permis au mineur: c'est la reconnaissance d'un enfant naturel. On admet qu'un mineur peut librement, sans avoir besoin de demander aucune autorisation, reconnaître un enfant naturel; on considère qu'il y a là un devoir moral dont un mineur peut s'acquitter.

c) Au point de vue des obligations que le mineur peut assumer, en principe le mineur est incapable, il ne peut par contrat assumer aucune obligation, mais il est une catégorie d'obligations qui incombent au mineur; ce sont les obligations légales, et notamment les obligations qui résultent de ce que l'on appelle ses délits ou quasi-délits.

Le mineur peut engager sa responsabilité: par exemple voici un mineur qui cause un préjudice à une personne; en conduisant une automobile il renverse une personne; il est responsable pécuniairement. Cela résulte des articles 1310 et 1312 du Code civil.

d) Enfin, certaines lois de prévoyance ont élargi la capacité du mineur dans le but de développer l'esprit de prévoyance chez les enfants, et aussi dans le but de soustraire les salaires des jeunes ouvriers ou employés aux dilapidations du chef de famille. D'après des lois de 1881 et 1895, sur les Caisses d'épargne, les mineurs peuvent se faire ouvrir un livret de caisse d'épargne sans l'intervention de leur représentant légal. Après l'âge de 16 ans révolus, le mineur peut opérer seul des retraits, sauf opposition possible de la part du père ou du tuteur.

A partir de 16 ans, les mineurs peuvent également opérer seuls des versements à la Caisse nationale des retraites pour la vieillesse. Ils peuvent faire partie

Source : BIU Cujas

d'une société de secours mutuels sans l'intervention de leur représentant légal. Enfin, un mineur peut faire partie d'un syndicat professionnel à partir de 16 ans, sauf opposition de son père ou de son tuteur.

2-De la représentation du pupille par le tuteur dans les actes qui l'intéressent et des exceptions qu'elle comporte.

Il y a également des exceptions au second principe, selon lequel le mineur ne figure pas aux actes dans lesquels il est intéressé, mais il est représenté par son administrateur légal ou par son tuteur.

Il est des cas dans lesquels le mineur figure à l'acte mais où il lui faut l'autorisation ou l'assistance d'une personne. C'est d'abord le cas de la célébration du mariage. Dans notre droit civil il n'y a pas de mariage par procuration; par conséquent, toutes les fois que le mineur a l'âge requis, 15 ans pour les femmes, 18 ans pour les hommes, il figure lui-même devant l'officier de l'état civil, mais avec l'autorisation de ses père et mère ou du conseil de famille.

Il en est de même, en second lieu, du contrat de mariage. Lorsqu'un mineur est en état de se marier, il peut faire son contrat de mariage, et il comparaît lui-même devant le notaire. Il doit figurer lui-même à l'acte mais avec l'assistance des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage

De même pour l'adoption, le mineur jouant le rôle de l'adopté, L'adoption est un contrat entre l'adoptant et l'adopté; l'adopté doit y consentir. Lorsque l'adopté n'a pas atteint l'âge de 16 ans, il est représenté par son père ou son tuteur. Si, au contraire, l'adopté a atteint l'âge de 16 ans, bien que mineur, il doit figurer personnellement à l'acte passé devant le juge de paix ou le notaire, le consentement des père et mère restant par ailleurs nécessaire (art. 360).

Enfin en ce qui concerne l'engagement militaire, le mineur peut le contracter librement à partir de 20 ans; au dessous de 20 ans il peut s'engager, il faut qu'il figure lui-même à l'acte d'engagement, mais il lui faut l'autorisation de son représentant légal.

L'émancipation

Il existe une catégorie spéciale de mineurs. Ce sont les mineurs émancipés.

La loi admet, en effet, que lorsqu'un mineur a atteint un certain âge, en principe 15 ans, ce mineur peut faire l'objet d'une émancipation. L'émancipation résulte d'une déclaration qui est faite suivant les cas par le père ou la mère ou le conseil de famille, devant le juge de paix. Par conséquent, en principe, l'émancipation dépend de la volonté de celui qui est appelé à veiller aux intérêts de l'enfant.

Mais il est un cas où l'émancipation est de droit: l' émancipation résulte de plein droit du mariage.

Source : BIU Cujas

Demi capacité du mineur émancipé.

Quelles sont les conséquences de l'émancipation? L'émancipation donne au mineur une demi-capacité. Le mineur émancipé se trouve affranchi de la puissance paternelle et de la tutelle; il acquiert le droit de se gouverner lui-même, il peut acquérir un domicile personnel. Mais en ce qui concerne ses intérêts pécuniaires, il n'est pas pleinement capable; l'émancipation ne lui confère qu'une demi-capacité; il est dans une situation intermédiaire entre celle du mineur non émancipé et celle du majeur.

Le mineur émancipé ne peut faire seul que certains actes de médiocre importance, ce que la loi appelle les actes de pure administration. Par exemple il pourra donner un immeuble qui lui appartient à bail pour neuf ans au maximum, tandis qu'un mineur non émancipé ne pourrait pas le faire. Pour tous les autres actes qui ne sont pas des actes de pure administration, le mineur émancipé doit être assisté d'une personne qu'on appelle un curateur; quelquefois même, pour certains actes très graves, il est dans la même situation que le mineur non émancipé.

L'émancipation apparaît donc comme une sorte de stage par lequel passe le mineur, avant qu'il atteigne l'âge de la majorité.

Au point de vue purement législatif, on pourrait concevoir que tout mineur parvenu à un certain âge fût émancipé de plein droit. On pourrait décider par exemple qu'à l'âge de 16 ans le mineur sera émancipé de plein droit. C'est ce qu'admettent certaines législations; on éviterait ainsi de faire passer le mineur trop brusquement de l'incapacité complète, inhérente à la minorité, à la capacité complète de la majorité. L'émancipation, en somme, serait un régime de transition mais ce n'est pas le système de la loi française. L'émancipation, en dehors de celle qui résulte du mariage, résulte d'un acte volontaire de la part du représentant légal. En pratique on n'émancipe guère que les enfants qui ont perdu leur père ou leur mère et qui sont très voisins de la majorité, de façon à éviter quelquefois des difficultés pour le réglement de la succession.

Pleine et entière capacité du mineur autorisé à faire le commerce

Il est un mineur émancipé qui a pleine et entière capacité, c'est celui qui est autorisé à faire le commerce; mais ce n'est possible qu'à partir de 18 ans. Le mineur âgé de 18 ans peut être émancipé et autorisé à faire le commerce; alors il a pleine et entière capacité, comme un majeur, pour les actes relatifs à son commerce.

2°-Les deux types d'interdiction

2°- Les interdits: seconde catégorie de personnes frappées d'incapacité générale.

Source : BIU Cujas

Notre droit connaît deux sortes d'interdictions: l'interdiction légale et l'interdiction judiciaire.

a) Interdiction légale de certains condamnés pendant la durée de leur peine.

a) L'interdiction légale est une peine qui frappe d'une incapacité d'exercice certains condamnés: les condamnés à une peine perpétuelle, les travaux forcés à perpétuité, et les condamnés à certaines peines temporaires, condamnés aux travaux forcés à temps, à la détention ou à la réclusion.

Pourquoi ces condamnés sont-ils frappés de cette incapacité générale d'exercice qu'est l'interdiction légale? D'abord parce que, accomplissant une peine, ils sont hors d'état de pourvoir à l'administration de leurs biens, mais aussi et surtout l'interdiction légale est un complément de peine, qui vient s'ajouter à la peine afflictive qu'ils subissent. Elle s'explique par la volonté de la loi d'empêcher ces condamnés d'adoucir leur sort et peut-être de soudoyer leurs gardiens.

L'interdiction légale a la même durée que la peine. Elle cesse dès que la peine est terminée. Elle entraîne une incapacité générale d'exercer les droits. L'interdit est placé en tutelle comme le mineur; un tuteur pourvoit à l'administration de ses biens et le représente dans les actes de la vie civile.

b)Interdiction judiciaire prononcée contre l'aliéné, intérêt de cette mesure.

b) L'interdiction judiciaire, prévue par le Code civil est ainsi appelée "judiciaire" parce qu'elle est prononcée par la justice; elle exige une décision du tribunal. L'interdiction judiciaire est une mesure de protection prise en faveur des personnes atteintes d'aliénation mentale. Elle entraîne, elle aussi, une incapacité générale. Remarquez qu'une personne atteinte d'aliénation mentale n'est pas de plein droit frappée d'interdiction; il faut qu'il advienne, à la demande de certains parents, ou du ministère public, une sentence d'interdiction. Le tribunal, après examen de l'affaire, prononce l'interdiction de l'aliéné, c'est seulement alors que celui-ci est frappé d'incapacité générale; jusque là il a pleine capacité; mais le plus souvent les actes qu'il passera sont nuls, parce que pour faire un acte juridique il faut être sain d'esprit, seulement il faudra qu'on démontre que l'individu en question était frappé d'aliénation au moment même où il a fait l'acte. L'avantage de l'interdiction c'est de frapper l'aliéné d'une incapacité générale sans qu'on ait à se demander si cet aliéné était sain d'esprit ou était dans une période de folie au moment où il a fait l'acte. L'interdiction a ce grand avantage c'est que l'interdit, même dans un intervalle lucide, ne pourrait faire aucun acte juridique valable.

Incapacité géné-

L'interdit est frappé d'une incapacité générale;il

Source : BIU Cujas

rale de l'interdit; tempéraments qu'elle comporte

est en tutelle. Il est cependant des actes que l'on permet, tout au moins que la jurisprudence permet à l'interdit de faire, à la condition qu'il soit dans un intervalle lucide, et en particulier l'un de ces actes c'est le mariage. C'est une jurisprudence qui du point de vue social n'est pas sans soulever de graves critiques.

Incapacités spéciales d'exercice entraînant pour ceux qui en sont frappés l'impossibilité de faire les actes déterminés par la loi

Nous arrivons aux personnes qui sont frappées d'une incapacité spéciale, c'est-à-dire d'une incapacité relative à certains actes. Pour ces personnes, la capacité est la règle, mais il est certains actes jugés particulièrement graves qu'il leur est interdit de faire sans une assistance ou une autorisation.

1°- Prodigues et faibles d'esprit pourvus d'un conseil judiciaire.

1°- C'est le cas d'abord des individus qui sont pourvus d'un conseil judiciaire. Quelles sont les personnes pourvues d'un conseil judiciaire? Ce sont d'après le Code civil :

a) Les faibles d'esprit, c'est-à-dire les individus qui sans être des aliénés sont cependant hors d'état de pourvoir d'une manière satisfaisante à leurs intérêts;

b) Les prodigues.

Faibles d'esprit ou prodigues sont soumis au même régime du conseil judiciaire. Ce conseil judiciaire d'ailleurs doit leur être donné par la justice. Les individus dotés d'un conseil judiciaire se voient interdire certains actes qui sont énumérés dans deux textes qui disent exactement la même chose, notamment l'article 513: "Il peut être défendu aux prodigues de plaider, de transiger, d'emprunter, de recevoir un capital mobilier et d'en donner décharge, d'aliéner, ni de grever leurs biens d'hypothèques, sans l'assistance d'un conseil qui leur est nommé par le tribunal".

Voilà les actes qui sont interdits aux individus frappés d'un conseil judiciaire. Ceux qui ne figurent pas dans la liste, ils peuvent les accomplir sans l'assistance de leur conseil judiciaire.

2° La femme mariée. Suppression de l'incapacité générale de la femme mariée (loi de 1938)

2°- A la liste des personnes frappées d'incapacité spéciale il faut ajouter, depuis la loi récente, les femmes mariées.

Jusqu'à la loi du 18 Février 1938, les femmes mariées étaient frappées d'incapacité générale, en ce sens qu'une femme mariée ne pouvait en principe accomplir aucun acte juridique sans avoir obtenu l'autorisation de son mari ou à défaut l'autorisation du tribunal.

Il y avait cependant une catégorie de femmes mariées qui recouvraient leur pleine et entière capacité

Source : BIU Cujas

c'étaient les femmes séparées de corps; lorsque la séparation de corps avait été prononcée entre les époux, la femme recouvrait sa pleine capacité.

Maintien de l'incapacité pour l'exercice du commerce, et pour l'aliénation de ses immeubles par la femme séparée de biens.

Aujourd'hui, la loi du 18 Février 1938 a restitué aux femmes mariées leur pleine capacité. Cependant, à certains points de vue et pour certains actes jugés particulièrement graves, la femme mariée, non séparée de corps, a conservé une incapacité spéciale. Il en est ainsi notamment pour l'exercice de la profession commerciale. Aujourd'hui comme avant la loi du 18 Février la femme mariée ne peut exercer la profession de commerçante sans l'autorisation de son mari.

En second lieu, pour toute autre profession, la femme mariée peut l'exercer librement, mais la loi réserve cependant au mari le droit d'opposition, un droit de veto, dont l'exercice peut être soumis par la femme à l'examen du tribunal.

Enfin la loi, par une véritable erreur du législateur, a conservé une certaine incapacité, dont les limites sont difficiles à préciser, en ce qui concerne la femme séparée de biens. La femme séparée de biens est frappée d'une véritable incapacité en ce sens qu'elle ne peut notamment aliéner ses immeubles sans l'autorisation de son mari. Donc à ce point de vue et par une véritable erreur du législateur, la femme séparée de biens reste frappée d'incapacité. Mais il ne s'agit plus aujourd'hui que d'une incapacité spéciale, puisque, pour tous autres actes, la femme a la pleine et entière capacité de disposer, d'administrer ses biens, etc..

Nullité relative des actes accomplis irrégulièrement par un incapable

Pour en terminer avec ces notions générales sur les incapacités, il reste à signaler que si un incapable exerce un droit ou exécute une obligation contrairement à la prohibition qui lui est faite, l'acte qu'il fait ainsi est entaché de nullité. Par exemple, un mineur vend un bien, c'est un acte nul; cet acte est entaché de ce qu'on appelle une nullité relative. La nullité relative est une nullité de protection; ainsi s'explique que cette nullité ne puisse être invoquée que par l'incapable lui-même. Lorsqu'un mineur a traité avec un majeur, a fait un acte qu'il n'avait pas le droit de faire, l'acte est nul, mais la nullité ne peut être invoquée que par le mineur. Lorsqu'il arrivera à sa majorité, le mineur pourra ratifier l'acte, le majeur n'a pas le droit d'opposer la nullité. Cette action en nullité se prescrit par un délai de dix ans.

Source : BIU Cujas

Section III

Les signes extérieurs de la personnalité

Le nom - Le domicile

Il est indispensable pour la sécurité des relations d'affaires que toute personne puisse être exactement identifiée. Nous sommes identifiés par notre état civil: fils de un Tel et d'une Telle, etc...Mais il est un signe extérieur qui va révèler aux tiers notre état civil: c'est le nom qui nous est attribué et qui dérive généralement de la filiation.

D'autre part, il est non moins indispensable à la sécurité des relations d'affaires que les intérêts de toute personne puissent être localisés en un lieu donné où il soit possible de retrouver cette personne. A cette seconde nécessité correspond le domicile.

Le nom, le domicile, ce sont les deux signes extérieurs de la personnalité par lesquels un individu se manifeste aux yeux des tiers.

§ 1 - Le nom

Le nom des personnes est une appellation qui permet de distinguer une personne des autres. Le nom sert à individualiser, à identifier la personne qui le porte.

Les éléments du nom

Le nom se compose de différents éléments:

1°- Un élément primordial: le nom patronymique, ou nom de famille;

2° - Un élément secondaire, mais également nécessaire, le ou les prénoms.

3°- dans certains cas exceptionnels le surnom.

Etudions d'abord le nom patronymique.

Le nom patronymique

A - Comment se détermine le nom?

Le nom s'acquiert en principe à la naissance, mais un nom peut être acquis par un fait postérieur à cette naissance. Dès sa naissance, toute personne est dotée d'un nom qu'elle acquiert en principe par la filiation, mais qui lui est attribué par l'autorité publique lorsque la filiation n'est pas établie.

Acquisition du nom de son père par l'enfant légitime dès sa naissance

Pour les enfants légitimes, le nom est celui du père. Cela n'est écrit nulle part; c'est du droit coutumier; c'est une règle traditionnelle, et incontestée. Le nom s'établit suivant la descendance par les

Source : BIU Cujas

mâles. Un enfant n'a pas le droit de porter le nom de sa mère.

Nom des enfants naturels

Pour les enfants naturels, il y a plusieurs cas à envisager.

a)établissement de la filiation à l'égard d'un seul des deux parents.L'enfant prend le nom de celui-ci

a) Premier cas: la filiation n'est établie que vis-à-vis de l'un des deux auteurs, par reconnaissance volontaire ou par jugement. L'enfant porte alors le nom du père ou de la mère vis-à-vis duquel la filiation est établie.

Nous savons déjà que même vis-à-vis de la mère le seul fait de la maternité n'attribue pas une filiation à l'enfant; il faut une reconnaissance judiciaire ou forcée. Par conséquent, il peut arriver qu'un enfant soit reconnu, que la filiation soit établie vis-à-vis du père et pas vis-à-vis de la mère; alors, l'enfant porte le nom de son père. Le plus souvent les enfants naturels sont reconnus par leur mère seule. En pareil cas, l'enfant naturel porte le nom de sa mère, puisque sa filiation n'est établie qu'à l'égard d'un des deux auteurs.

b)Etablissement de la filiation à l'égard des deux parents

b) Deuxième cas: la filiation est établie vis-à-vis des père et mère; l'un et l'autre ont reconnu leur enfant, ou bien il y a un jugement de reconnaissance. Ici il faut faire une sous-distinction.

Reconnaissance simultanée : nom du père

Il peut y avoir eu reconnaissance simultanée par le même acte; le père et la mère sesont présentés l'un et l'autre devant l'officier de l'état civil et ont fait la reconnaissance dans le même acte. On admet en pareil cas, règle coutumière encore, que l'enfant prend le nom de son père, comme s'il s'agissait d'un enfant légitime; c'est le nom du père qui prévaut.

Reconnaissances successives. La reconnaissance postérieure du père a-t-elle pour effet de modifier le nom de l'enfant

Mais il est possible, seconde hypothèse, qu'il y ait eu reconnaissance successive. Par exemple, l'enfant a d'abord été reconnu par sa mère, plus tard, il est reconnu par son père, ou bien il y a un jugement qui attribue la paternité à un individu. L'enfant a d'abord porté le nom de sa mère, puisqu'il a été reconnu par elle tout d'abord; mais lorsque la filiation sera établie vis-à-vis du père, l'enfant changera-t-il de nom, prendra-t-il le nom de son père naturel?

C'est une question depuis longtemps discutée et sur laquelle se sont formées deux opinions.

Première opinion: l'enfant conserve le nom de sa mère qui l'avait reconnu la première. A l'appui de cette opinion on fait valoir qu'il y a avantage à fixer une fois pour toutes le nom de l'enfant, pour éviter un changement de nom en cours d'existence. On invoque aussi à l'appui de cette opinion la législation sur la situation juridique de l'enfant naturel au point de vue de la puissance paternelle et de la na-

Source : BIU Cujas

tionalité. Au point de vue de la puissance paternelle, une loi du 2 Juillet 1907, qui a modifié l'art. 383 du Code civil, dispose que cette puissance est exercée par celui des père et mère qui a reconnu l'enfant le premier; donc, par la mère si c'est elle qui a reconnu l'enfant la première. D'autre part, au point de vue de la nationalité, la loi du 10 Août 1927 décide que l'enfant naturel dont la filiation est établie pendant la minorité suit la nationalité de celui des père et mère qui l'a reconnu le premier. Par conséquent, si la mère qui a reconnu l'enfant est française, l'enfant sera français, quand bien même le père serait un étranger. Il n'y a pas de raison, dit-on, de traiter l'enfant naturel au point de vue du nom autrement qu'on le traite au point de vue de la puissance paternelle ou de la nationalité.

Deuxième opinion : l'enfant prend le nom de son père, bien que celui-ci l'ait reconnu le second. C'est, dit-on, la solution la plus avantageuse pour l'enfant, parce qu'elle tient le mieux compte du désir du législateur de ne pas dévoiler au public la condition de l'enfant naturel. Nous verrons notamment que pour les actes de l'état civil le législateur s'efforce de ne pas dévoiler l'illégitimité de la naissance. Or, dit-on, si l'on donne à cet enfant le nom de son père, on pourra le confondre avec un enfant légitime; c'est donc la situation la plus avantageuse pour lui, surtout si le père et la mère vivent ensemble. Tandis que dans le cas d'union libre l'enfant qui portera le nom de sa mère, dévoilera par cela même l'illégitimité de sa naissance et la situation irrégulière de ses père et mère.

Sans doute, la première opinion invoque l'inconvénient qu'il peut y avoir à ce que l'enfant change de nom en cours d'existence. Reconnu par sa mère tout d'abord, reconnu ensuite par son père, il va changer de nom. C'est un inconvénient, dit-on, on dévoile par cela même l'illégitimité de sa naissance. Mais il faut bien remarquer que cette solution s'impose en d'autres cas, et notamment en cas de légitimation. Si le père et la mère viennent à se marier, l'enfant qui avait porté le nom de sa mère jusque là va désormais porter le nom de son père puisqu'il sera légitime.

Quant aux dispositions sur la puissance paternelle et sur la nationalité, il ne faut pas les étendre au nom. La détermination du nom peut être indépendante de l'exercice de la puissance paternelle ou de la détermination de la nationalité.

M. Morel serait plutôt porté à admettre la seconde opinion. Elle a été admise par certaines décisions, notamment par un arrêt de la Cour de Limoges et un

Source : BIU Cujas

jugement du tribunal de Nogent le Rotrou (Sirey 1920. 2.105).

c)Si la filiation n'est établie à l'égard d'aucun des deux auteurs,l'enfant prend le nom de la mère s'il est indiqué dans l'acte de naissance . Sinon il reçoit un nom par voie administrative

c) Enfin, troisième situation possible pour l'enfant naturel: sa filiation n'est établie à l'égard d'aucun de ses auteurs. L'enfant naturel n'a été reconnu ni par son père, ni par sa mère; il n'y a aucun jugement établissant sa filiation.

Comme très souvent le nom de la mère a été déclaré dans l'acte de naissance, par la sage-femme, ou à l'hôpital (ce qui ne constitue pas une reconnaissance),on admet, d'après une règle coutumière, que l'enfant peut porter le nom de sa mère ainsi déclaré, même si elle ne l'a pas reconnu. Si le nom de la mère n'a pas été déclaré - car aujourd'hui on admet que les officiers de l'état civil n'ont pas le droit d'exiger qu'on déclare le nom de la mère - l'enfant est déclaré né de père et de mère inconnus. En pareil cas, certains décident que l'enfant doit être traité comme un enfant trouvé et recevoir un nom par la voie administrative. En pratique, l'enfant est désigné par une suite de prénoms, dont le dernier lui servira de non patronymique.

Enfants trouvés Attribution d'un nom par l'officier de l'état civil

Restent les enfants trouvés. Ceux-là reçoivent un nom donné par l'officier de l'état civil ou par la direction de l'hospice qui les a recueillis. C'est ce qui résulte de l'art. 58 du Code civil. L'enfant qui est abandonné, que l'on trouve dans une église ou qu'on a déposé à l'hospice des enfants assistés sans aucune indication, on ignore sa filiation; l'art. 58 décide que "toute personne qui aura trouvé un enfant nouveau-né sera tenue de le remettre à l'officier de l'état civil, ainsi que les vêtements et autres effets trouvés avec l'enfant, et de déclarer toutes les circonstances du temps et du lieu où il aura été trouvé. Il en sera dressé un procès-verbal détaillé, qui énoncera en outre l'âge apparent de l'enfant, son sexe, les noms qui lui seront donnés, l'autorité civile à laquelle il sera remis. On inscrira ce procès-verbal sur les registres des naissances".

C'est donc l'officier de l'état civil qui va donner ses noms à l'enfant. Les circulaires lui prescrivent de ne pas lui donner un nom ridicule, ni même un nom qui dévoile son origine, comme le lieu où on l'a trouvé.

Acquisition du nom postérieurement à la naissance

Il peut arriver qu'une personne acquière au cours de sa vie un nom autre que celui qui résulte de sa filiation; plus exactement les personnes dont il va être question conservent leur nom, seulement elles ont le droit soit d'ajouter un autre nom à leur nom

« Les Cours de Droit »
Source : BIU Cujas 9, rue de la Sorbonne, 3
Répétitions écrites et orales
Reproduction interdite

patronymique, soit d'user du nom d'une autre personne. C'est le cas: 1°- de l'adopté, et 2°- de la femme mariée.

1°- Adoption. Adjonction par l'adopté du nom de l'adoptant au sien.

1°- L'adopté. L'article 351 du Code civil décide que l'adoption confère le nom de l'adoptant à l'adopté, en l'ajoutant au nom propre de ce dernier. Par conséquent, l'adopté acquiert le nom de l'adoptant, mais il conserve son nom, résultant de la filiation; il se borne à ajouter à son nom patronymique le nom de l'adoptant, si bien qu'il a un nom en deux parties.

Le législateur a prévu le cas suivant: si l'adoptant et l'adopté ont le même nom patronymique (un oncle paternel adopte son neveu) aucune modification n'est apportée au nom de l'adopté; en pareil cas il conserve son nom sans ajouter celui de l'adoptant et cela pour éviter d'accoler deux noms identiques.

Nom de l'enfant naturel adopté

Mais voici une disposition favorable à l'enfant naturel. Le législateur prévoit le cas où un enfant naturel est 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. Un enfant naturel non reconnu a un nom quelconque, un prénom par exemple; en pareil cas on lui permet d'abandonner ce nom de hasard pour prendre exclusivement le nom de l'adoptant.

2-Règle coutumière attribuant à la femme mariée le nom de son mari. Textes confirmant implicitement cette règle

2°- La femme mariée--

C'est une règle traditionnelle que la femme acquiert par le mariage le nom de son mari. C'est la conséquence d'une règle coutumière très ancienne que la loi n'avait pas consacrée expressément. Le Code civil, en effet, ne traitait pas du nom de la femme mariée, et il n'en traite pas encore directement. Seulement, depuis une loi du 6 Février 1893, le Code consacre implicitement cette règle coutumière que la femme mariée prend le nom de son mari.

Cette loi de 1893 consacre cette règle dans deux textes: l'article 311 et l'article 299.

L'article 311 décide en effet que le jugement qui prononce la séparation de corps (laquelle ne dissout pas le mariage), ou un jugement postérieur, peut interdire à la femme de porter le nom de son mari. Bien que les époux restent mariés, le jugement peut interdire à la femme de porter le nom de son mari. Cette disposition indique implicitement que la femme a le droit de porter le nom de son mari. Le tribunal peut également autoriser la femme séparée à ne pas porter le nom de son mari.

De même, l'art. 299 décide que par l'effet du divorce chacun des époux reprend l'usage de son nom. Par

Source : BIU Cujas

conséquent cela indique implicitement que la femme a le droit de porter le nom de son mari.

Portée de cette règle: usage mondain ou usage juridique ?

Et, en effet, c'est là une règle coutumière, mais règle coutumière sur la portée de laquelle on ne s'entend pas. Certains auteurs, et notamment M. Planiol, considèrent que c'est là un usage qui n'a rien de juridique; c'est un usage mondial, disent-ils, qui n'a aucune valeur juridique. Il y a une part d'exactitude dans ce raisonnement. Seulement si l'on adopte la thèse de M. Planiol, il faudrait en tirer cette conséquence que la femme n'a pas le droit de porter le nom de son mari! Or, et sur ce point M. le Professeur Morel diffère complètement d'avis avec M. Planiol, la femme, à son avis, a le droit de porter le nom de son mari; cela résulte notamment des deux textes qui viennent d'être cités, l'un qui dit qu'en cas de divorce chacun des époux reprend l'usage de son nom, et l'autre qui dit qu'en cas de séparation de corps la femme peut être autorisée à ne pas porter le nom de son mari, ou se voir interdire de le porter. C'est donc qu'elle a en principe le droit de le porter.

La femme mariée garde son nom patronymique mais a le droit de faire usage du nom de son mari sans pouvoir le transmettre à autrui.

La situation de la femme mariée au point de vue de son nom patronymique est la suivante: elle conserve son nom patronymique, son nom de jeune fille; elle a le droit de l'employer, mais elle a le droit également d'employer le nom de son mari. Elle a par conséquent deux noms; c'est un droit pour elle que d'user du nom de son mari, c'est-à-dire que dans un acte juridique une femme peut employer indifféremment son nom patronymique ou celui de son mari sans commettre un faux; elle est identifiée d'une manière ou de l'autre, elle a le choix. Généralement, dans un acte notarié, on indiquera le nom de jeune fille de la femme en le faisant suivre de "épouse de un Tel". Mais cette femme signerait uniquement de son nom de femme mariée qu'elle ne commettrait pas un faux.de même qu'elle n'en commettrait pas un en signant de son nom de jeune fille. Elle a droit à deux noms: son nom patronymique et celui de son mari.

La femme ne perd pas son nom patronymique en se mariant: elle a le droit d'user de son nom de famille si cela lui plaît; c'est ce qui arrive notamment dans le cas de l'enfant désavoué par le mari. L'enfant désavoué par le mari ne peut porter que le nom de sa mère. Si la femme perdait son nom de jeune fille et acquérait exclusivement le nom de son mari, cet enfant désavoué porterait le nom du mari de sa mère! C'est impossible. Par conséquent il est certain que cet enfant désavoué ne peut porter que le nom de sa mère.

En second lieu, l'enfant adopté par une femme mariée seule, sans l'être par le mari, ou encore l'en-

Source : BIU Cujas

fant qui est adopté par une femme après la mort du mari, ne peut ajouter à son nom propre que celui de sa mère. Une veuve continue à porter le nom de son mari; pieux souvenir, dit Planiol! Mais il n'empêche que si cette femme adopte un enfant, l'enfant ne pourra porter que le nom de jeune fille de sa mère; il ne pourra pas porter le nom du mari décédé.

La situation de la femme mariée est donc assez particulière: elle conserve son nom de jeune fille, mais elle a le droit absolu de porter le nom de son mari. Seulement elle ne peut pas transmettre ce dernier à d'autres; il lui est personnel.

Droit pour le mari d'ajouter à son nom celui de sa femme.

Il arrive dans certaines régions que le mari ajoute à son nom le nom de sa femme. Cela se fait notamment chez les commerçants dans certaines régions; l'enseigne de la boutique porte les deux noms. Il semble que cet usage soit légal. En effet, l'art. 299 décide qu'en cas de divorce chaque époux reprend l'usage de son nom. Cela paraît bien légaliser cet usage qui existe dans certaines régions.

Le nom de la femme à la dissolution du mariage

En cas de dissolution du mariage, la veuve conserve le nom de son mari. Au contraire, le divorce entraîne cette conséquence que chaque époux reprend l'usage de son nom. La femme n'a plus le droit de porter le nom de son ancien mari, et le mari ne peut plus ajouter à son nom le nom de sa femme.

Des conventions relatives au nom en cas de divorce

Mais une question s'est posée en pratique: il peut être gênant pour une femme mariée et divorcée de ne plus porter le nom sous lequel elle était connue, par exemple pour une artiste. Il est certain que la femme n'a plus le droit de porter le nom de son mari, mais le mari pourrait-il, par générosité ou moyennant rémunération, accorder à son ex-femme le droit de continuer à porter son nom? Le mari pourrait-il permettre à son ex-femme, en considération de son talent d'artiste par exemple, pour ne pas la gêner dans sa carrière dramatique ou artistique, ou même dans sa carrière commerciale, de continuer à porter son nom à lui? Nous ne le pensons pas; on ne peut pas trafiquer de son nom. La Cour de cassation est d'avis contraire; dans un arrêt du 20 Février 1924, elle a décidé que la disposition de l'art. 299, aux termes de laquelle en cas de divorce chaque époux reprend l'usage de son nom n'est pas d'ordre public. Donc, un mari a très bien pu consentir à sa femme le droit de continuer à porter son nom de femme mariée. Cette jurisprudence méconnaît le caractère du nom qui est une institution d'ordre public.

La séparation de corps ne dissout pas le mariage. Par conséquent, elle n'entraîne pas en principe le changement du nom des époux. Mais nous savons que la

Source : BIU Cujas

femme peut se voir interdire, à la demande du mari, de porter son nom, si elle s'est rendue coupable d'actes graves, comme un acte criminel; et, à l'inverse, si c'est le mari qui s'est rendu coupable d'actes graves, la femme peut demander au tribunal et obtenir l'autorisation de ne plus porter le nom de son mari.

Caractères du nom

Quels sont les caractères du nom patronymique? Le nom présente un double caractère: il est d'abord une mesure de police; en second lieu, il est le signe extérieur de notre personnalité, il est un droit de la personnalité.

1-Importance au point de vue social du nom comme moyen d'identification

1°- Premier caractère: le nom est une mesure de police.

Il importe à l'intérêt général que chacun de nous puisse être identifié. Sans doute l'élément essentiel de notre identité c'est l'état civil, mais comme le nom est le signe extérieur de cet état civil puisqu'il dérive généralement de la filiation, le nom a donc une importance capitale au point de vue de notre identification.

Or, il importe au point de vue de l'intérêt général que chacun de nous puisse être identifié.

Le principe de la fixité du nom

L'importance que présente le nom au point de vue de l'intérêt général a conduit le législateur à poser le principe de la fixité du nom. Le nom est en principe immuable. Le principe de la fixité du nom est essentiel à la bonne tenue de l'état civil, ainsi qu'à l'intérêt général.

Ce principe n'a pas toujours été respecté. Autrefois, on prenait beaucoup de libertés avec le nom, par vanité généralement; des gens accolaient à leur nom un autre nom, le nom d'une terre qu'ils possédaient. La Royauté s'était déjà insurgée contre ces fantaisies, mais ses ordonnances, et notamment les ordonnances de 1555 et de 1629, qui avaient interdit tout changement de nom sans autorisation du Roi, n'étaient guère respectées.

Aujourd'hui, le principe de la fixité du nom a été posé dans une loi révolutionnaire, la loi du 6 Fructidor an II, qui décide, dans son article 1, qu'aucun citoyen ne pourra porter de nom ni de prénom autres que ceux qui sont exprimés dans son acte de naissance; ceux qui les auraient quittés seront tenus de les reprendre.

Par conséquent, une personne ne peut pas changer de nom à son gré, elle doit porter le nom qui résulte de sa filiation; un changement de nom ne peut être que l'oeuvre de l'autorité publique.

Est-ce à dire que la loi soit entièrement res-

Source : BIU Cujas

pectée ? On a pu dire que pas plus sous l'ancien régime que de nos jours on n'est parvenu à maintenir la fixité du nom contre les manoeuvres des vaniteux, néanmoins dans une très large mesure le principe est respecté.

Le changement de nom ne peut donc émaner que de l'autorité. Ne pas confondre d'ailleurs le changementde nom avec l'acquisition du nom véritable dans le cas où le nom n'aurait pas été acquis au jour de la naissance; ce qui arrive dans le cas de l'enfant trouvé ou de l'enfant naturel né de père et mère inconnus, à qui l'autorité administrative a conféré d'office un nom; si la filiation vient par la suite à être établie, l'enfant prend le nom auquel il avait droit dès le jour de sa naissance. Ce n'est pas un véritable changement de nom.

Modification du nom par un événement postérieur à la naissance

1°- Une personne peut dans certains cas voir son nom modifié par un événement postérieur, et cela d'abord en vertu de la loi; c'est le cas de l'adopté et c'est le cas de la femme mariée. D'ailleurs l'adopté ne perd pas complètement son nom puisqu'il a simplement le droit d'ajouter le nom de l'adoptant au sien propre. Quant à la femme mariée, nous avons vu qu'elle ne perd pas son nom de jeune fille, elle conserve ce nom, mais elle acquiert en même temps le nom de son mari.

Changement de nom par acte du gouvernement par décret inséré au J.O.

2°- Le nom peut être modifié au cours de l'existence de celui qui le porte en vertu d'une décision du gouvernement rendue à la requête de l'intéressé lui-même, mais il faut pour cela une décision du gouvernement. C'est ce qui résulte d'une loi du II Germinal an XI. Le changement de nom ne peut avoir lieu que par décret du président de la République, rendu après avis du Conseil d'Etat.

Ce changement de nom d'ailleurs n'est accordé en fait que dans le cas où il est motivé par un intérêt légitime. Il faut un intérêt très sérieux, par exemple le désir d'abandonner un nom ridicule ou un nom entaché de déshonneur. L'autorisation est donnée encore lorsqu'il s'agit de relever le nom d'une famille éteinte. Par exemple un legs a été fait à une personne sous la condition que le légataire devrait porter le nom du testateur; c'est un individu qui est le dernier représentant de sa famille et qui tient à ce que son nom soit relevé. En pareil cas, on autorise à ajouter le nom du testateur à celui du légataire.

Le décret qui accorde le changement de nom était inséré autrefois au Bulletin des Lois. Depuis la disparition du Bulletin des Lois, il est inséré au Journal Officiel, mais ce changement de nom autorisé par décret n'est pas définitif. Il résulte de la loi du II Germinal an XI, que pendant un délai d'un an à dater de l'inser-

Source : BIU Cujas

tion au Journal Officiel les tiers peuvent faire opposition au changement de nom; les tiers qui porteraient le même nom que celui qui est conféré à l'intéressé peuvent faire opposition au changement de nom et le décret peut être rapporté si leur opposition paraît justifiée.

Si au bout d'un an aucune opposition ne s'est manifestée, ou bien si l'opposition a été jugée sans valeur, cette fois le changement de nom est réalisé d'une manière définitive.

Aucune disposition ne prescrit la mention du changement de nom en marge de l'acte de naissance. Nous verrons que certaines modifications à l'état civil doivent être portées en marge de l'acte de naissance ou d'un autre acte de l'état civil, rien de pareil en ce qui concerne le changement de nom, et cela est fâcheux.

Conséquences du changement de nom quant aux enfants

Quelle est la conséquence du changement de nom à l'égard des enfants de celui à qui le changement de nom a été accordé? Il semble que le nom du père étant modifié, par voie de conséquence le nom des enfants doive l'être aussi, et c'est ce qu'a décidé la Cour de cassation. Mais le Conseil d'Etat considère que le décret portant changement de nom ne bénéficie qu'aux enfants mineurs; il ne bénéficierait pas aux enfants majeurs. C'est une solution qui paraît assez illogique.

Loi de 1923 pour la perpétuation du nom des citoyens morts à l'ennemi.

3°- La législation récente a admis un autre cas dans lequel une personne peut changer de nom. Il s'agit d'une loi du 2 Juillet 1923, perpétuant le nom des citoyens morts pour la Patrie. L'article 1er de cette loi décide qu'au cas où le dernier représentant mâle d'une famille, dans l'ordre de la descendance, est mort à l'ennemi sans postérité, le droit de relever son nom en l'ajoutant au sien appartient au plus proche de ses successibles, et si celui-ci ne l'exerce pas aux autres successibles dans l'ordre légal, jusques et y compris le sixième degré, vivant lors de son décès et agissant tant pour eux que pour leurs enfants nés ou à naître.

Le demandeur ne peut pas exercer ce droit sans aucune espèce de contrôle; il doit se pourvoir par voie de requête devant le tribunal civil du lieu d'ouverture de la succession. S'il est majeur, il doit le faire dans un certain délai; s'il est mineur, il doit le faire dans les deux ans qui suivent sa majorité, à moins que ses représentants légaux n'aient revendiqué le nom au cours de sa minorité. Il y a toute une procédure fixée par la loi de 1923. Finalement, s'il n'y a aucune opposition, le tribunal, en chambre du conseil, ordonne la rectification des actes de l'état civil.

Tels sont les seuls cas dans lesquels une personne

Source : BIU Cujas

ait le droit de changer de nom. Si une personne changeait de nom sans autorisation, si notamment un père déclarait à l'état civil son enfant sous un autre nom que le sien, ou si une personne se déclarait dans des actes officiels sous un nom autre que le sien, par exemple en ajoutant la particule "de", le ministère public pourrait demander au tribunal d'ordonner la rectification de l'état civil, notamment de rétablir le nom véritable.

Sanction du changement de nom non autorisé dans les actes officiels

En outre, l'article 259 du Code pénal punit d'une peine les personnes qui sans y être autorisées ont changé de nom: Quiconque, sans droit et en vue de s'attribuer une distinction honorifique, aura publiquement pris un titre, changé, altéré ou modifié le nom que lui assignent les actes de l'état civil".

2-Le nom en tant que droit de la personnalité et sa protection

2°- Deuxième caractère du nom: le nom est un droit de la personnalité; c'est le signe distinctif de notre personnalité; il participe donc de la nature de celle-ci et il doit être protégé au même titre qu'elle.

Conception inexacte de la notion de propriété du nom

Telle est, du moins, la solution qui paraît la plus raisonnable, Cependant la jurisprudence tend à considérer le nom patronymique comme faisant l'objet d'un véritable droit de propriété, protégé comme tel contre les usurpations. Cette conception est certainement inexacte.

Et d'abord, comment parler de propriété alors que le même nom est porté par un grand nombre d'individus n'appartenant pas à la même famille. On a constaté, en effet, que le nombre des noms patronymiques est relativement peu élevé. Un très grand nombre de personnes portent le même nom sans appartenir à la même famille. Il est difficile de soutenir que c'est un véritable objet de propriété.

Au surplus, il y a une différence considérable entre la propriété que nous pouvons avoir sur une chose et le droit que nous avons à notre nom. C'est ce qui distingue la propriété des droits de la personnalité.

a)Incessibilité du nom

Tout d'abord le nom n'est pas cessible, à la différence de la propriété; le nom est inaliénable; il ne peut être ni vendu, ni donné, ni transmis par testament. Toute convention ayant pour objet le nom d'une personne est contraire à l'ordre public. La Cour de cassation a décidé le 21 Juillet 1926 qu'une simple tolérance ne peut fonder un droit; une personne a porté un nom qui n'est pas le sien; les membres de la famille qui avaient droit à ce nom le lui ont laissé porter pendant longtemps; cela ne suffit pas pour lui constituer un droit.

Cependant un changementde nom, l'acquisition du nom d'une personne, peut résulter d'un contrat,

Source : BIU Cujas

l'adoption. Mais ici ce n'est pas un contrat portant sur le nom lui-même; c'est un contrat portant sur la filiation.

D'autre part, et toujours en vertu de la loi de 1923, un individu qui n'a aucune postérité peut, en prévision du cas où il serait tué à l'ennemi, transmettre son nom patronymique par disposition de dernière volonté à l'un de ses parents au degré successible, même non appelé à la succession. La loi de 1923, en somme, envisage deux hypothèses: l'hypothèse où un individu est tué à l'ennemi sans avoir pris aucune disposition en ce qui concerne son nom; il demeure sans postérité; en pareil cas son successible le plus proche dans l'ordre de la descendance peut relever le nom. Puis, deuxième hypothèse, c'est le cas qui nous occupe actuellement: un individu, en prévision du cas où il serait tué à l'ennemi sans postérité, peut transmettre son nom patronymique par testament, à la condition qu'il le fasse à l'un de ses successibles; mais il n'est pas nécessaire que ce successible soit le plus proche.

Le nom, à part des deux exceptions, l'adoption et les dispositions de la loi de 1923, est incessible, inaliénable.

b)Imprescriptibilité du nom

D'autrepart, le nom est <u>imprescriptible,</u> à la différence de la propriété. Nous pouvons acquérir la propriété par prescription; nous pouvons perdre notre propriété si un autre a possédé notre terrain pendant un certain temps. Le nom, au contraire, est imprescriptible, étant un droit de la personnalité. Il ne peut ni s'acquérir ni se perdre par la prescription.

Cependant la jurisprudence de la Cour de cassation a admis parfois qu'une très longue possession portant sur plus de cent ans avait pu rendre définitif un changement de nom. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation notamment dans un arrêt du 6 Mars 1923 (Dalloz 1923.1.81). Mais cette solution n'est pas exempte de toute critique, La possession du nom peut jouer un certain rôle, la possession prolongée d'un nom peut être la preuve de l'existence du nom véritable, mais il ne semble pas qu'elle puisse à elle seule fonder l'acquisition d'un nom.

Le nom est un droit de la personnalité et par conséquent comme tel il peut être l'objet d'actions destinées à défendre le nom ou à acquérir le nom auquel on a droit. Mais lorsqu'on agit soit pour défendre son nom, soit pour contester le nom que prendrait un usurpateur, on n'agit pas en tant que propriétaire, on agit parce qu'on a subi une atteinte dans sa personnalité, dans son état civil.

Source : BIU Cujas

Les différentes actions tendant à protéger le nom.

Le nom d'une personne est protégé par un certain nombre d'actions.

a) Tout d'abord une personne peut revendiquer un nom auquel elle prétend avoir droit, quoiqu'elle ne le porte pas; son action ne se présentera pas toujours avec le même caractère. Dans certains cas son action pourra constituer une action d'état, si par exemple le demandeur invoque la filiation; le demandeur soutient qu'il doit s'appeler de tel nom parce qu'il est le fils de telle personne; en pareil cas c'est une véritable action d'état qu'il exerce. Tantôt, au contraire, il s'agira d'une simple action en rectification d'un acte de l'état civil; la filiation du demandeur n'est pas douteuse, mais il soutient par exemple que son nom a été mal transcrit dans son acte de naissance et il demande la rectification du nom auquel il a droit.

Action tendant à revendiquer un nom soit sous forme d'action d'état ou d'action en rectification de l'acte de l'état civil

Une personne peut toujours demander à reprendre son véritable nom, quel que soit le temps pendant lequel ce nom n'a pas été porté par les membres de la famille; pendant plusieurs générations peut-être le nom avait été mal orthographié, à tout instant l'un des membres de la famille pourra, à la condition d'en faire la preuve, en se reportant aux anciens actes de l'état civil, et même aux actes de baptême de l'ancien régime, démontrer que le nom a été mal orthographié et demander à reprendre le véritable nom.

Mais il y a une grande différence entre l'action qui est exercée par une personne suivant qu'il s'agit d'une action d'état ou d'une action en simple rectification. Les conditionq ne sont pas les mêmes. Nous verrons que les actions d'état sont soumises à des conditions de recevabilité et de preuves qui ne sont pas imposées lorsqu'il s'agit d'une action en rectification de l'état civil.

Action tendant à contester à une personne le droit de porter tel nom-soit sous forme d'action d'état soit sous forme d'action en rectification de l'acte de l'état civil

b) En second lieu, une personne peut contester à une autre le droit de porter un nom déterminé. La demande peut ici se présenter également sous deux formes; d'abord sous la forme d'une action d'état, si l'on conteste la filiation de la personne contre laquelle on agit. Le demandeur conteste au défendeur sa filiation, et par conséquent le nom que sa filiation lui conférerait.

Il peut s'agir en second lieu, d'une simple action en rectification d'acte de l'état civil; si une personne conteste à une autre le droit de porter son nom tel qu'il a été orthographié dans son acte de naissance, par exemple la particule. Une personne soutient que le défendeur n'a pas le droit d'orthographier son nom en deux mots, mais qu'il doit simplement orthographier son nom en un seul mot; c'est une manière de con-

Source : BIU Cujas

tester à une personne, non pas sa filiation, mais simplement l'orthographe qui a été suivie dans son acte de l'état civil.

Action en dommages intérêts pour préjudice causé par l'appropriation injustifiée d'un nom

Enfin, troisième sorte d'actions qui sont destinées à défendre le nom: une demande tendant à défendre le nom que nous portons peut se présenter sous la simple forme d'une action en réparation du préjudice causé par l'usurpation injustifiée d'un nom. C'est ainsi que des personnes assignent un auteur littéraire ou dramatique qui a donné leur nom à un personnage de roman, de comédie, et obtiennent que ce nom soit supprimé ou modifié. Le cas s'est présenté assez fréquemment en pratique, et encore tout récemment. Les tribunaux, en effet, considèrent qu'il y a un véritable préjudice moral dans le fait de donner le nom d'une personne à un personnage même imaginaire qui joue un rôle ridicule ou odieux. Seulement les tribunaux ne parlent plus ici de propriété du nom. Il est difficile, en effet, de considérer qu'un nom est la propriété d'une personne; les noms sont en réalité assez peu nombreux; il faudrait une singulière imagination et une singulière chance à un auteur dramatique ou littéraire pour donner à ses personnages un nom qui ne soit porté par personne. Il ne peut être question d'interdire à un romancier ou à un auteur dramatique d'employer tel nom, mais ce qui est interdit, d'après la jurisprudence, c'est de créer une confusion possible entre le personnage imaginaire créé par le romancier ou l'auteur dramatique et une personne existante.

C'est ainsi qu'un jugement du tribunal de la Seine du 15 Février 1882 (Sirey 1884. 2. 21) a ordonné au romancier Emile Zola de changer le nom d'un personnage de son roman "Pot-Bouille"; dans ce roman, Zola représente un conseiller à la Cour d'appel de Paris, un nommé Duverdy, à qui il prête des vices dégradants. Or, il se trouvait qu'à cette époque il existait au barreau de Paris un avocat qui s'appelait Duverdy; cet avocat, craignant qu'une confusion fut possible entre le personnage imaginaire, le conseiller Duverdy et lui-même, assigna Zola en changementde nom et en dommages intérêts, et le Tribunal de la Seine donna raison au demandeur.

La même question s'est posée récemment dans une affaire qui a donné lieu à un arrêt de la Cour de Paris du 7 Juin 1938 (Consorts de Waresquiel contre Maurice Rostand)

Le nom commercial. Cessibilité du nom commercial en tant que

C - Du nom patronymique il faut distinguer le nom commercial, qui sert d'enseigne à une maison de commerce. C'est un droit absolu pour un commerçant de faire le commerce sous son nom patronymique; il peut aussi faire

Source : BIU Cujas

nom enseigne

le commerce sous un nom d'emprunt, sous un pseudonyme, mais lorsque le commerçant exerce le commerce sous son nom patronymique, ce dernier devient un signe distinctif du fonds de commerce qu'il exploite, il devient un signe susceptible d'attirer une clientèle. Mais il y a une différence profonde entre le nom patronymique, celui dont nous usons dans les actes de l'état civil, et le nom commercial.

A la différence du nom patronymique, le nom commercial a une valeur pécuniaire. Il est cessible, et l'usurpation du nom commercial constitue une sorte d'atteinte à la propriété du commerçant sur son fonds de commerce. Seulement la question est délicate lorsque le commerçant exerce le commerce sous son nom patronymique; dans ce cas, dira-t-on, lorsqu'il cédera son fonds de commerce, il cédera son nom patronymique. La question est délicate. On répond que ce qui est cédé ce n'est pas le nom de famille, c'est le nom en tant qu'élément du fonds de commerce, en tant que signe distinctif de l'établissement commercial, destiné à attirer et à retenir la clientèle. On dira: c'est une subtilité, c'est tout de même le nom patronymique qui est cédé! Les tribunaux de commerce sont arrivés à concilier le principe de l'indisponibilité du nom patronymique et la cessibilité du nom commercial; ils distinguent entre le nom-signature et le nom-enseigne. C'est le nom-enseigne qui est cédé, lorsque le commerçant cède son fonds de commerce avec le nom (Etablissement Ledoux par exemple) ce n'est pas son nom patronymique qu'il cède, Il serait dès lors interdit à l'acquéreur du fonds de commerce de signer ses engagements du nom de son prédécesseur. L'acquéreur du fonds de commerce doit signer les engagements de son nom patronymique; tout ce qu'il peut faire c'est de faire suivre sa signature de la mention: successeur de un Tel.

Utilité du prénom pour distinguer les personnes portant le même nom

D- Le prénom.

Etant donné que les noms de famille sont en nombre limité, le nom ne serait pas à lui seul suffisant pour identifier une personne et la distinguer des autres. D'abord tous les membres d'une même famille portent le même nom, tout au moins s'ils descendent par les mâles; d'autre part, certains noms sont très répandus et portés par différentes familles. C'est pourquoi l'usage et la loi prescrivent de faire précéder le nom d'un ou plusieurs prénoms.

L'article 57 du Code civil, décide que dans l'acte de naissance de l'enfant on devra énoncer les prénoms qui lui seront donnés. Le texte parle au pluriel: les prénoms, en réalité, il peut très bien n'y avoir qu'un

Source : BIU Cujas

seul prénom.

Attribution indélébile du prénom

Le prénom sert donc à distinguer un individu des autres membres de la famille ou des personnes portant le même nom.

Les prénoms sont donnés à l'enfant par son père au moment de la déclaration de naissance. Ils sont inscrits dans l'acte de naissance et ils ne peuvent plus être modifiés, sous aucun prétexte, dans les actes de l'état civil.

Choix des prénoms

Quant aux enfants trouvés, les prénoms leur sont donnés par l'officier de l'état civil.

Le choix des prénoms n'est pas libre. Il résulte, en effet, de la loi du II Germinal an XI, qu'à compter de la publication de la présente loi, on ne pourra attribuer à une personne que les noms en usage dans les différents calendriers et ceux des personnages connus de l'Histoire ancienne. Il est interdit aux officiers publics d'en admettre aucun autre dans leurs actes.

Les différents calendriers offrent un champ suffisamment vaste pour que des parents puissent affubler leurs enfants d'un prénom ridicule . D'ailleurs il ne s'agit pas seulement du calendrier grégorien sous lequel nous vivons; on peut aussi puiser dans les autres calendriers, le calendrier musulman ou le calendrier révolutionnaire.

E - Le surnom.

Décret du 6 Fructidor an II légalisant les surnoms existants

Au point de vue juridique, le surnom est une adjonction au nom patronymique, faisant corps avec lui.

Autrefois, les surnoms étaient assez répandus. Les différentes branches d'une même famille se distinguaient entre elles par des surnoms, qui étaient souvent des noms de terres. Le décret du 6 Fructidor an II a interdit cette pratique du surnom, emprunté notamment à un nom de terre; mais il a légalisé la pratique pour le passé. Il déclare maintenir les surnoms qui avaient été ajoutés aux noms propres et qui servaient jusque là à distinguer les membres d'une même famille, à la condition, dit la loi, que ces surnoms ne rappellent pas des qualifications féodales ou nobiliaires. Par conséquent, lorsqu'il s'agit d'un de ces surnoms existant avant la loi du 6 Fructidor, le surnom fait partie intégrante du nom de celui qui le porte; il figure comme tel dans les actes officiels et notamment dans les actes de l'état civil.

Absence de valeur officielle des prénoms actuels. Leur protection dans certains cas exceptionnels

Actuellement, depuis la loi du 6 Fructidor, le surnom qui peut être donné à une personne - c'est assez fréquent à la campagne ou dans certains milieux - ou le surnom que certaines personnes s'attribuent elles-mêmes à titre de pseudonyme, n'a aucune valeur officielle, en ce sens qu'il ne peut figurer dans les actes de l'état civil.

Source : BIU Cujas

Néanmoins, comme ce surnom peut être un élément d'identification, d'individualisation, on admet que dans les actes officiels, administratifs ou judiciaires il soit possible de faire suivre les nom et prénoms véritables de celui qui les porte de l'adjonction du surnom précédé du vocable "dit":

On admet même que le titulaire du surnom puisse signer de son surnom exclusivement, du moment que cela suffit à l'identifier. On peut signer son testament de son surnom du moment que l'identification est certaine.

En cas d'usage constant, on admet même que le possesseur d'un surnom puisse le défendre contre les empiétements des tiers, afin d'éviter toute confusion d'identité. C'est ainsi que l'aviateur Pelletier d'Oisy qui avait pris le surnom de Pivolo, sous lequel il était connu dans les milieux sportifs, a pu faire défendre à un fabricant d'apéritifs de donner à son vin soi-disant tonique le nom de Pivolo.(Paris, 10 Décembre 1931; Sirey 1932.2.44).

Le pseudonyme

Une des formes du surnom, c'est le pseudonyme que s'attribuent certains artistes ou certains littérateurs et sous lequel ils sont exclusivement connus du public. C'est très fréquent: Anatole France était un pseudonyme; de même Voltaire, Pierre Loti, etc..

Le pseudonyme, en cas d'usage notoire et prolongé constitue au profit de l'artiste ou du littérateur un véritable droit protégé contre les usurpations des tiers. En somme, le pseudonyme littéraire ou dramatique est au surnom ce que le nom commercial est au nom de famille, et il est protégé comme tel, il a une valeur pécuniaire.

Suppression de la noblesse comme ordre; maintien des titres de noblesse

F - Quelques mots enfin des titres de noblesse.

La noblesse constituait sous l'ancien régime une classe sociale jouissant de certaines prérogatives. Ainsi considérée, la noblesse a disparu depuis le 4 Août 1789. Mais les titres de noblesse ont subsisté: prince, duc, marquis, comte, vicomte, baron et chevalier. Ils constituent aujourd'hui une distinction honorifique attachée au nom. En réalité, le titre de noblesse est moins un élément d'identité d'une personne que celui d'une famille.

Transmission héréditaire des titres

Le titre de noblesse se transmet héréditairement suivant les règles de l'ancien régime, c'est-à-dire en principe et sauf exceptions de mâle en mâle, et par ordre de primogéniture. Telle est la règle qui résulte de la Charte de 1814, qui décide: "L'ancienne noblesse reprendra ses titres, la nouvelle noblesse gardera les siens".

Source : BIU Cujas

Le Gouvernement actuel ne confère plus de titres de noblesse, mais les familles nobles conservent leurs titres, elles y ont droit.

Le contentieux des titres de noblesse

Le contentieux des titres de noblesse est partagé aujourd'hui entre les tribunaux judiciaires et un organe administratif qui est un conseil d'administration établi au Ministère de la Justice, qui a remplacé l'ancien conseil qu'on appelait le Conseil du Sceau. Les tribunaux judiciaires sont compétents en cas de contestation entre deux personnes sur la propriété d'un titre de noblesse; si deux personnes, par exemple, se disputent le titre de marquis ou de comte, ce sont les tribunaux judiciaires qui auront à statuer sur ce point. Mais le conseil d'administration du Ministère de la Justice est seul compétent lorsque la contestation porte sur l'interprétation ou sur la validité de l'acte de puissance publique qui a conféré le titre de marquis, de prince ou de duc. (Cassation 6 Mars 1923, D.I923.I.8I).

Signalons que les particules "de", "du", "de la" n'ont aucun rapport avec la noblesse; c'est un simple élément du nom. Par conséquent toutes les contestations auxquelles peut donner lieu la particule sont de la compétence des tribunaux judiciaires comme toutes celles qui se rapportent au nom de famille.

§ 2 - Le domicile

Utilité du domicile au point de vue de l'administration, de la compétence judiciaire, des rapports juridiques entre individus

Le domicile, comme le nom, est un signe extérieur de la personnalité, mais il répond à une autre utilité. Il n'est pas seulement indispensable que chaque individu puisse être identifié, distingué des autres, il faut encore que pour chaque personne il existe un lieu déterminé qui soit en quelque sorte le siège de sa vie juridique, où l'on puisse en quelque sorte centraliser l'exercice de ses droits et de ses obligations.

C'est tout d'abord une condition nécessaire à une bonne administration. Au point de vue de l'exercice des droits politiques, au point de vue des secours de l'assistance publique, à bien des points de vue il est nécessaire que toute personne appartienne à un ressort administratif, ait un domicile par conséquent pour l'exercice de ses droits ou l'exécution de ses obligations, telles que le paiement de ses impôts.

Il n'importe pas moins qu'une personne ait un domicile, siège de sa vie juridique, au point de vue de l'administration de la justice. Le domicile va permettre, en effet, dans un grand nombre de cas, de déterminer entre les tribunaux qui se partagent le territoire quel est celui qui sera compétent pour connaître d'une affaire donnée.

Source : BIU Cujas

Par ailleurs, les particuliers, à l'occasion de leurs rapports juridiques ont des communications à se faire, des assignations à s'envoyer, des significations à se faire. On ne peut exiger évidemment que ces assignations, que ces significations soient remises à la personne elle-même par l'huissier, cela prendrait trop de temps, et une personne pourrait se dérober aux recherches d'un huissier. De là la nécessité de fixer pour toute personne un lien dans lequel toutes ces communications pourront lui être faites sans qu'elle les ignore, ou en tout cas sans qu'elle soit censée les ignorer; du moment que la signification aura été faite au domicile, la personne est censée en avoir eu connaissance.

C'est à ces utilités que répond le domicile, qui peut être défini le lieu où une personne est toujours censée présente pour l'exercice de ses droits ou de ses obligations et l'exécution de certains actes.

Importance du domicile dans notre ancien droit

Les questions touchant au domicile avaient dans l'ancien droit une importance considérable qu'elles n'ont plus aujourd'hui, et cela à raison de la diversité des coutumes qui régissaient le territoire. Le domicile des personnes servait dans l'ancien droit, dans un très grand nombre de cas, à déterminer la loi applicable. Par exemple, en principe l'état des personnes, ou les droits concernant leur fortune mobilière, étaient généralement régis par la coutume de leur domicile.

Par exemple, si une personne domiciliée à Paris se trouvait à Orléans, au point de vue de son état elle était régie non pas par la Coutume d'Orléans où elle avait peut être sa résidence, mais par la Coutume de Paris, où elle avait son domicile, et sa succession mobilière était régie par la Coutume de Paris dans le ressort de laquelle elle était domiciliée, alors qu'elle avait peut-être sa résidence à Orléans.

Dans l'Ancien droit, le domicile avait donc une importance considérable. Ainsi s'explique le soin avec lequel nos anciens auteurs s'efforçaient de bien déterminer le domicile d'une personne. Ainsi s'expliquent les principes qui sont passés jusqu'à notre droit actuel, bien qu'ils nous paraissent aujourd'hui quelque peu archaïques, et notamment le principe de l'unité de domicile et le principe de la fixité du domicile.

Intérêts pratiques du domicile

Si le domicile n'a plus aujourd'hui l'importance qu'il avait dans l'ancien droit, sa détermination n'en comporte pas moins des intérêts pratiques dont voici les principaux.

1-Signification de certainsactes

1°- D'après le Code de procédure, les significa-

Source : BIU Cujas

tions sont faites à personne ou à domicile (art. 68 du Code de procédure) , c'est-à-dire que lorsqu'un huissier, doit faire une signification àune personne, il peut soit remettre l'acte à la personne elle-même s'il la rencontre, soit se contenter de remettre l'acte à son domicile.

2-Compétence

2°- Le domicile sert en principe à déterminer le tribunal compétent vis-à-vis d'une personne assignée en justice, C'est ainsi que l'article 59 du Code de procédure pose en principe que le demandeur devra assigner le défendeur devant le tribunal du domicile de ce dernier.

Ce principe comporte de nombreuses dérogations, mais on considère que c'est la règle générale; "Actor sequitur forum rei".

3-Ouverture de la succession et de la faillite.Exécution des obligations

3 - Le lieu d'ouverture de la succession est déterminé par le domicile du défunt. L'article 110 du Code civil dit que le lieu où la succession s'ouvrira sera déterminé par le domicile.

De même encore,c'est le tribunal du domicile d'un commerçant insolvable qui prononce la faillite de ce commerçant.

D'une façon générale, la loi a centralisé au domicile d'une personne les intérêts pécuniaires de celle-ci en ce qui concerne l'administration et la liquidation de son patrimoine. C'est ainsi que le siège de l'administration tutélaire est au lieu où était domicilié le mineur ou l'interdit au jour de l'ouverture de la tutelle, et cela a des conséquences importantes.

D'autre part, le domicile joue encore un rôle dans l'exécution des obligations. L'article 1247 du Code civil pose en règle générale que le paiement-entendez par là l'exécution d'une obligation - doit être fait au domicile du débiteur. Donc, en principe le créancier doit se présenter au domicile du débiteur pour recevoir le paiement à moins qu'on ait stipulé le contraire dans le contrat.

4)mesures de publicité

4° - Dernier intérêt du domicile: un grand nombre de mesures de publicité doivent être faites au lieu du domicile , spécialement en matière d'interdiction, de séparation de biens et de séparation de corps.

Les deux modes de détermination du domicile.

1 - La détermination du domicile.

Comment est déterminé le domicile d'une personne? La loi a posé une règle générale dans l'article 102 du Code civil; il s'agit du domicile général, ou domicile de droit commun. Ce domicile peut être transféré dans certaines conditions . Puis, à l'égard de certaines personnes la loi a fixé impérativement leur domicile; il s'agit ici d'un domicile légal, qui est imposé à

Source : BIU Cujas

certaines personnes et qu'elles ne peuvent pas changer à leur gré.

A)Définition de l'art.102 C.C.

A- Le domicile de droit commun.

C'est celui qui est prévu par l'article 102. Ce texte est ainsi conçu: "Le domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement".

Ceci montre tout de suite que le domicile présente deux caractères.

Différence entre le domicile et la résidence

1°- Tout d'abord il diffère de la résidence. Il y a là deux notions qu'il faut bien distinguer: la notion de domicile et la notion de résidence. Les deux choses concordent souvent, mais pas nécessairement. Le domicile est une notion juridique, la résidence est au contraire une notion de fait: c'est là où l'on habite normalement.

Le principe de l'unité de domicile

2°- D'autre part, puisque la loi nous dit que le domicile est au lieu où la personne a son principal établissement, cela nous fait apercevoir un second caractère du domicile; il est unique, il est un, comme la personnalité; une personne peut avoir plusieurs résidences, elle ne peut avoir qu'un seul domicile; c'est le lieu où sont centralisés tous ses intérêts juridiques: ce centre est unique.

Tels sont les deux caractères que la définition du domicile nous fait apercevoir immédiatement.

Le principal établissement; sa détermination

Le domicile est au lieu où une personne a son principal établissement. Mais quel est le principal établissement? C'est, dit la Cour de cassation; une question de fait, qui est résolue souverainement par les juges du fond. En un mot, la Cour de cassation, quand elle est en présence d'une décision qui détermine d'après certaines circonstances de fait le domicile d'une personne, se refuse à exercer son contrôle sur ces constatations faites souverainement par les juges qui ont déterminé le domicile.

En général, il n'y a pas de difficulté pour déterminer le lieu du principal établissement. Pour la plupart d'entre nous il n'y a pas de doute: c'est le lieu où la personne réside habituellement. Le domicile ici se confond avec la résidence, parce que nous n'avons qu'une seule résidence le plus souvent; c'est la maison ou l'appartement que nous habitons: c'est le centre de nos intérêts familiaux et juridiques.

Mais en pratique une personne peut avoir plusieurs établissements. Par exemple une personne peut avoir une maison de ville et une maison de campagne; une personne peut résider six mois à la ville, six mois

Source : BIU Cujas

la campagne; à la ville et à la campagne elle a deux installations dans lesquelles il lui est possible de vivre d'une manière normale. Ou bien un commerçant a une maison ou un appartement où il habite avec sa famille, puis il a une autre maison ou un autre appartement dans lequel il exierce son commerce. Quel sera le lieu de son principal établissement?

Ou bien encore un industriel ou un commerçant a plusieurs maisons de vente ou plusieurs sièges d'exploitation dans des communes différentes; quel sera le lieu du principal établissement ?

En cas de difficulté, il appartiendra au juge de rechercher d'après les circonstances de fait quel est l'établissement qu'on peut qualifier de principal. Mais on voit tout de suite que dans notre droit le domicile n'est pas forcément lié à la résidence. Une personne peut résider en un lieu, avoir son domicile ailleurs.

B)Des cas où la loi fixe impérativement le domicile

B - Le domicile légal.

A côté du domicile libre, qui est la règle, la loi a fixé impérativement le domicile de certaines personnes. Ces personnes sont légalement domiciliées en tel lieu, et il ne dépend pas d'elles de changer de domicile, d'en adopter un autre. C'est exceptionnel, mais ce sont des cas assez importants.

1°-Mineurs

1°- La loi fixe le domicile de certains incapables. Ces incapables sont les mineurs non émancipés et les interdits.

Mineur légitime non émancipé

L'article 108, § 2, du Code civil dit que le mineur non émancipé aura son domicile chez ses père et mère ou tuteur; le majeur interdit aura le sien chez son tuteur.

Il résulte de là que le mineur non émancipé n'a pas de domicile à lui propre, et cela s'explique par l'état de dépendance où il se trouve quant à sa personne et quant à ses biens.

Pour les enfants légitimes, pas de difficulté. L'enfant est domicilié chez ses père et mère. En cas de divorce ou de séparation de corps, l'enfant est domicilié chez celui de ses père oumère qui en a la garde. Si l'enfant est en tutelle il est domicilié chez son tuteur. Généralement d'ailleurs le tuteur sera le père ou la mère, mais il peut arriver que l'enfant ait perdu ses père et mère; il peut arriver aussi que, bien qu'ayant encore son père ou sa mère, l'enfant ait un autre tuteur que ce père ou cette mère, l'enfant en pareil cas est domicilié chez son tuteur.

Domicile de l'enfant naturel

Le texte de l'article 108 ne vise que les enfants légitimes. Il ne s'occupe pas des enfants naturels. Pour ceux-ci, voici les solutions qui doivent être admises.

Source : BIU Cujas

L'enfant naturel a son domicile chez celui de ses père et mère qui l'a reconnu et qui l'élève. S'il a été reconnu par un seul, par sa mère par exemple, il est domicilié chez sa mère: s'il a été reconnu par l'un et l'autre, il sera domicilié chez celui qui l'a reconnu le premier et qui exerce la puissance paternelle.

Enfant trouvé

L'enfant trouvé ou abandonné a son domicile à l'hospice auquel il a été confié.

Quant à l'enfant mineur adopté, il a son domicile légal chez l'adoptant qui exerce la puissance paternelle.

Enfant adoptif

La loi ne fixe le domicile que du mineur non émancipé. Il résulte de là que le mineur émancipé n'a plus le domicile légal; il peut, sans doute, conserver son domicile d'origine, le mineur émancipé qui continue à habiter chez son père ou chez sa mère, conserve le domicile qu'il avait avant son émancipation, mais ce n'est plus à titre de domicile légal, c'est à titre de domicile libre; il peut changer de domicile dans les conditions que nous allons voir.

Interdit

En ce qui concerne les interdits, la règle est très simple. Le majeur interdit, dit la loi, est domicilié chez son tuteur.

Au contraire, les individus pourvus d'un conseil judiciaire n'ont pas un domicile légal, ils continuent à avoir un domicile propre.

2-Domicile de la femme mariée chez son mari

2°- Il est une seconde catégorie de personnes auxquelles la loi attribue un domicile légal; ce sont les femmes mariées. L'article 108 décide que la femme mariée n'a point d'autre domicile que celui de son mari. Sa personnalité se confond à ce point de vue avec celle du mari.

Pourquoi la loi a-t-elle admis cette règle? Pour deux raisons, dont l'une subsiste actuellement. D'abord à l'époque où le Code civil a été rédigé, à raison de la puissance maritale, et notamment de la nécessité pour la femme d'obtenir l'autorisation de son mari pour tous les actes juridiques auxquels elle était partie; et surtout, en raison du devoir de cohabitation; la femme doit habiter avec son mari; le Code en conclut qu'elle n'a pas d'autre domicile que celui de son mari.

La loi du 1 8 Février 1938 n'a pas supprimé cette disposition. La femme aujourd'hui comme avant cette loi, continue à être domiciliée légalement chez son mari. Sans doute la puissance maritale a disparu; mais il en subsiste un vestige; le mari reste aujourd'hui comme avant le chef de la famille; et, subsiste aussi l'obligation pour la femme d'habiter avec son mari. Telles sont les raisons qui ont incité le législateur à ne rien modifier en ce qui concerne le domicile de la femme.

Source : BIU Cujas

la femme reste domiciliée chez son mari.

Cependant certains auteurs estiment que la réforme de 1938 aurait dû être complétée en supprimant le domicile d'emprunt de la femme et en accordant à celle-ci le droit à un domicile indépendant . Sans doute, dit-on, cela ne supprimerait pas pour la femme l'obligation d'habiter avec son mari, mais on conçoit très bien que le domicile du mari ne soit pour elle qu'une résidence, qu'il ne soit pas, aux termes de l'art. 102, son principal établissement. Par exemple, une femme commerçante pourrait avoir sa résidence chez son mari et avoir son principal établissement là où elle exerce le commerce. Cela est si vrai d'ailleurs que, comme nous le verrons par la suite, la jurisprudence en est arrivée à admettre que la femme a un domicile commercial distinct du domicile de son mari.

D'autre part, il y aurait avantage à accorder à la femme un domicile indépendant de celui de son mari. Il en est ainsi lorsque la cohabitation cesse, soit parce que la femme est abandonnée, soit parce que la femme a été autorisée par le tribunal à ne pas suivre son mari. Nous verrons en étudiant la loi de 1938 que dans certains cas la femme peut être dispensée d'habiter avec son mari. Lorsqu'elle est abandonnée ou lorsqu'elle a été dispensée de suivre son mari, il y aurait intérêt à ce qu'elle pût avoir un domicile propre, tandis que dans l'état actuel de la législation, cette femme abandonnée ou cette femme qui n'est pas obligée d'habiter avec son mari continue à être domiciliée chez celui-ci.

Cas où la femme mariée a un domicile distinct

En tout cas, l'on doit admettre, semble-t-il, que la femme cesse d'être domiciliée chez son mari dans les cas où celui-ci perd la qualité de chef de famille. Nous verrons en effet qu'aux termes de l'article 213, le mari perd dans certains cas la qualité de chef de famille. Il en est ainsi notamment en cas d'interdiction, dans le cas où le mari est dans l'impossibilité d'exercer son rôle de chef de famille, dans le cas où le mari a subi certaines condamnations. Dans tous ces cas où le mari cesse d'être chef de famille, il faut admettre que la femme peut avoir un domicile indépendant.

Il est certain en tout cas que la femme séparée de corps peut avoir un domicile indépendant. La séparation de corps ne met pas fin au mariage, elle en relâche simplement les liens, mais la femme séparée de corps étant dispensée du devoir de cohabitation, on a admis qu'elle cessait d'avoir pour domicile celui de son mari, elle un domicile indépendant.

Cas où le mari a son domicile chez sa femme

Il est un cas où le mari sera domicilié chez la femme: c'est le cas où le mari est frappé d'interdiction pour cause d'aliénation mentale ou pour cause de

Source : BIU Cujas

condamnation, et où sa femme serait désignée comme sa tutrice. En pareil cas le majeur interdit, nous dit la loi, est domicilié chez son tuteur ; le mari est donc domicilié chez sa femme.

Qu'arriverait-il si l'on avait désigné à ce mari interdit un tuteur autre que sa femme. Le mari étant en pareil cas domicilié chez son tuteur, la femme se trouve-t-elle ipso facto domiciliée chez le tuteur de son mari? On tendait à admettre, avant la loi du 18 février dernier que la femme conservait dans ce cas, son domicile personnel. Mais il n'y a plus de doute depuis la loi du 18 Février. L'interdiction est, en effet, un de ces cas dans lesquels le mari perd la qualité de chef de famille; par conséquent la femme a un domicile indépendant.

3- Majeurs servant habituellement chez autrui

3°- Troisième catégorie de personnes dont la loi fixe le domicile: l'article 109 dit que les majeurs qui servent ou travaillent habituellement chez autrui auront le même domicile que la personne qu'ils servent ou chez laquelle ils travaillent, lorsqu'ils demeurent avec elle dans la même maison. Le meilleur exemple est celui des domestiques. A la condition qu'ils soient majeurs et qu'ils habitent chez leur maître, ils ont leur domicile légal chez leur maître. C 'est une disposition évidemment archaïque, qui rappelle le temps où le domestique était dans un véritable état de dépendance. Aujourd'hui il est certain que cette disposition est périmée, elle aurait dû être supprimée. En tout cas cette disposition ne s'applique qu'aux personnes qui travaillent habituellement chez autrui; par exemple une femme de ménage n'est pas domiciliée chez son maître, parce qu'elle n'y habite pas. D'autre part, il faut qu'il s'agisse d'un majeur, un domestique mineur reste domicilié chez son père.

Mais la question s'est posée pour les mineurs émancipés: si un domestique est mineur émancipé, il semble qu'il prenne le domicile de son maître, puisque le mineur émancipé n'est plus soumis au domicile légal chez son père ou chez son tuteur.

Que décider pour la femme mariée servant habituellement chez autrui? Il y a ici conflit entre deux domiciles légaux. La femme est domestique travaillant chez autrui et y demeurant, le mari ayant un domicile ailleurs; il y a conflit entre deux domiciles légaux: le domicile de l'article 108 pour la femme mariée, et le domicile prévu par l'article 109. Il semble qu'on doive faire prévaloir le domicile du mari qui a une cause permanente, tandis que le domicile du maître, qui dépend d'un lien de service n'est qu'accidentel.

Soufferot-Du Pasquier-

4° - Voici encore une catégorie de personnes dont

res nommés à vie

la loi a fixé le domicile; il s'agit de certains fonctionnaires. L'article 107 décide que l'acceptation de fonctions conférées à vie emportera translation immédiate du domicile du fonctionnaire dans le lieu où il doit exercer ses fonctions.

Il résulte de ce texte que les fonctionnaires nommés à vie sont domiciliés de droit dans le lieu où ils doivent exercer leurs fonctions, et alors même qu'ils n'ont pas encore commencé à exercer ces fonctions; leur domicile est transféré immédiatement, dès qu'ils ont prêté serment. Le domicile est transféré au lieu où est exercée la fonction.

Que faut-il entendre par "fonctionnaire nommé à vie"? Ce sont ceux qui exercent une fonction perpétuelle et irrévocable. Il faut entendre par là les fonctionnaires inamovibles. Ce sont certains magistrats les conseillers à la Cour de cassation, les conseillers à la Cour des comptes; les conseillers de cours d'appel, les juges des tribunaux civils, Dans cette catégorie figurent également les notaires.

Au contraire, les fonctions soit temporaires soit révocables n'emportent pas de plein droit la transmission du domicile de leur titulaire. C'est ce qui résulte de l'article 106:"Le citoyen appelé à une fonction "publique temporaire ou révocable conservera le domicile "qu'il avait auparavant s'il n'a pas manifesté d'intention contraire". C'est le cas notamment d'un procureur de la République ou d'un procureur général, fonctions essentiellement révocables. En principe le procureur de la République nommé dans une ville conserve son ancien domicile; il ne transfère ce domicile au lieu où il exerce ses fonctions, que s'il en manifeste l'intention.

Cette distinction, qui a son origine dans l'ancien droit, n'a plus aucune raison d'être; elle aboutit même à des solutions qui véritablement sont inexplicables. Par exemple dans un tribunal, le président sera domicilié de droit au siège du tribunal, tandis que le procureur de la République pourra être domicilié ailleurs.

5°- Bateliers Décret-loi de 1938

5°- Voici enfin une dernière catégorie de personnes dont le domicile est fixé par la loi: il s'agit des bateliers et des compagnons-bateliers.

Cela résulte d'un décret-loi du 12 Novembre 1938, relatif à la coordination des transports; on trouve cette disposition, qui modifie l'article 102 du Code civil, à l'article 3 de l'annexe C de ce décret-loi. Le Code civil avait été rédigé d'une manière aussi générale que possible et sans avoir égard à telle ou telle profession. Aujourd'hui tout est changé! Voilà une disposi-

Source : BIU Cujas

tion qui peut être utile, mais on peut s'étonner que l'on ait modifié le Code civil eu égard à une catégorie professionnelle.

Voici ce que décide le texte nouveau de l'article 102: "Toutefois, le domicile du patron batelier défini par le décret du 12 Novembre 1938 et celui des membres de sa famille ou de ses salariés naviguant avec lui est fixé dans le lieu où est tenu le répertoire des patrons-bateliers sur lequel l'intéressé est inscrit, à moins que celui-ci ne justifie lors de son inscription qu'il a déjà un domicile au sens de l'alinéa premier du présent article, et pour ses salariés à moins qu'ils ne rapportent pareille justification lors de l'inscription de leur patron".

Il faut savoir qu'autrefois, on se demandait quel était le domicile de certaines personnes qui vivent dans une certaine mesure d'une vie nomade; non seulement les marchands forains, mais encore des gens comme des bateliers.

Le domicile des bateliers est situé aujourd'hui au lieu où est tenu le répertoire des patrons bateliers. Il s'agit bien entendu des bateaux de navigation intérieure. Il existe un certain nombre de bureaux d'immatriculation des bateaux, et chaque batelier est inscrit à l'un de ces bureaux d'immatriculation. En principe le batelier a son domicile au lieu où est tenu le répertoire sur lequel il est inscrit: à moins qu'il ne justifie qu'il a déjà un domicile par ailleurs, un domicile au sens de l'article 102, c'est-à-dire un principal établissement. Il y a, en effet, des gens qui circulent sur les canaux, mais qui peuvent avoir quelque part une maison, ou un appartement; mais s'il ne justifie pas de ce domicile au sens de l'article 102, al. 1, le batelier est domicilié au lieu du répertoire sur lequel il est inscrit. Ce domicile devient celui non seulement des membres de sa famille, mais encore des salariés qu'il emploie; en un mot, les compagnons-bateliers sont domiciliés au lieu où leur patron-batelier est inscrit, à moins que ces salariés ne prouvent qu'ils ont un domicile par ailleurs.

Les trois caractères du domicile: fixité, unité, nécessité

2 - Les caractères généraux du domicile.

Le domicile est une notion juridique. Cette notion juridique repose évidemment sur un fait matériel, comme beaucoup de notions juridiques; ce fait, c'est la résidence, c'est-à-dire le lieu où une personne fixe son habitation pour un temps quelque peu prolongé.

En général, on est domicilié au lieu où l'on réside. Mais le domicile et la résidence peuvent très bien ne pas concorder. Le changement de résidence

Source : BIU Cujas

n'implique pas nécessairement changement de domicile. Ce qui caractérise, en effet, le domicile dans notre droit, c'est sa fixité. Le domicile ne suit pas nécessairement la personne lorsqu'elle se déplace, lorsqu'elle change de résidence. Sans doute, la fixité du domicile n'est pas absolue, une personne peut changer de domicile, mais ce changement exige certaines conditions; ce changement de domicile n'est pas lié nécessairement au changement de résidence, loin de là. La loi y voit un avantage pour les tiers. La fixité du domicile est un premier caractère de cette notion juridique. Le domicile est fixe; il a une fixité plus grande que celle qui est attachée à la résidence.

Second caractère: c'est l'unité du domicile. A ce point de vue encore le domicile se distingue de la résidence. La résidence est le lieu où l'on fixe réellement son habitation pour un temps plus ou moins long, mais la résidence peut être multiple. Une personne peut avoir plusieurs résidences où elle séjourne habituellement au cours de l'année; au contraire, tout au moins dans notre droit, on ne peut avoir qu'un seul domicile: c'est le principe de l'unité de domicile.

Voilà donc deux principes, la fixité du domicile et l'unité du domicile, auxquels beaucoup d'auteurs ajoutent généralement un troisième caractère: la nécessité du domicile. Toute personne est nécessairement domiciliée quelque part, elle ne peut pas ne pas avoir un domicile.

Donc, trois caractères généraux qui sont les traits essentiels du domicile dans notre droit, le troisième étant d'ailleurs contesté, mais les deux premiers étant certains: la fixité du domicile, l'unité du domicile, la nécessité du domicile. Nous allons reprendre ces trois caractères.

1-Fixité du domicile; différence avec la résidence

1°- La fixité du domicile. Pour des raisons qui remontent surtout à l'ancien droit, notre loi accorde au domicile un caractère de fixité que n'a pas la résidence. Une personne change de résidence à son gré; le changement de résidence n'emporte pas nécessairement changement de domicile. Néanmoins, la loi permet dans certains cas à une personne de changer de domicile, mais ce changement de domicile ne peut avoir lieu que dans les conditions fixées par la loi, conditions qui sont plus difficiles à remplir que lorsqu'il s'agit d'un simple changement de résidence.

Parlons donc du changement de domicile. En principe toute personne a un domicile au moment de sa naissance; c'est son domicile d'origine. Mais cette personne peut perdre son domicile d'origine et en

« Les Cours de Droit »
Source : BBJ Cujas de la Sorbonne. 3
Répétitions écrites et orales
Reproduction Interdite
Y

acquérir un autre. Il y a changement de domicile. Ce changement de domicile peut avoir lieu dans deux séries de cas:

a) par l'acquisition d'un domicile légal,

b) par la volonté de la personne.

a)par l'acquisition d'un domicile légal

a) Par l'acquisition d'un domicile légal. Par exemple un enfant mineur perd ses père et mère, il est placé sous la tutelle d'un oncle, il acquiert de plein droit le domicile de ce dernier. De même une femme qui se marie perd son domicile et acquiert le domicile de son mari. Ceux qui ont un domicile légal conservent ce domicile jusqu'à ce que les circonstances qui leur ont attribué ce domicile viennent à cesser. Le mineur pourra changer de domicile lorsqu'il sera devenu majeur, mais jusque là son domicile reste nécessairement lié à celui de son tuteur.

b)par translation de domicile impliquant changement de résidence pour un lieu où on entend fixer son domicile

b) Le changement de domicile peut résulter de la translation volontaire du domicile d'une personne. En principe, une personne peut changer de domicile, mais le changement de domicile est subordonné à certaines conditions déterminées par la loi. On change de résidence comme on veut par cela seul qu'on transporte son habitation en un lieu. Mais le changement de résidence n'emporte pas nécessairement le changement de domicile. Le changement de domicile est lié à deux conditions, qui sont indiquées dans l'article 103 : "Le changement de domicile s'opérera par le fait d'une habitation réelle dans un autre lieu, joint à l'intention d'y fixer son principal établissement".

Il faut donc, pour qu'il y ait changement de domicile premièrement, un fait matériel, l'habitation dans un autre lieu, le changement de résidence; puis un fait volontaire, un fait intentionnel: l'intention de fixer dans ce lieu son principal établissement. En l'absence de cette seconde condition il y a changement de résidence, il n'y a pas changement de domicile.

Manifestation expresse ou tacite d'intention de changer de domicile

Comment peut-on établir la réunion de ces deux faits? Le fait matériel, il n'y aura généralement pas de difficultés à l'établir, Cela suppose que la personne a pris possession effectivement des locaux qu'elle doit habiter. Mais l'intention est plus difficile à prouver; une personne va habiter un autre lieu, elle ne change pas nécessairement de domicile, elle change de résidence; pour qu'il y ait changement de domicile, il faut que se joigne l'intention. Comment la prouver? Elle peut se révèler de deux manières, nous dit la loi, d'une manière expresse et d'une manière tacite.

L'intention peut être expresse: article 104: "La preuve de l'intention résultera d'une déclaration expresse, faite tant à la municipalité du lieu que l'on

Source : BIU Cujas

quittera, qu'à celle du lieu où on aura transféré son domicile". Par conséquent si une personne veut changer de domicile et manifester expressément son intention, elle doit faire une double déclaration: déclération à la mairie du lieu qu'elle quitte et déclaration à la mairie du lieu oùelle veut transférer son domicile.

L'article 105 admet que l'intention de changer de domicile puisse être tacite, résulter des circonstances Article 105 : "A défaut de déclaration expresse, la preuve de l'intention dépendra des circonstances". La loi admet donc que la volonté de changer de domicile puisse être démontrée par certains faits. D'où résulte cette volonté? Les circonstances dont elle résultera seront appréciées souverainement par les juges dans chaque cas (Cass. 13 Mars 1933). Par exemple les juges peuvent admettre comme circonstance suffisante à prouver l'intention d'établir son domicile l'installation du ménage et des enfants, le paiement de la contribution personnelle, ou encore le fait que l'on s'est déclaré dans différents documents officiels, dans des actes de l'état civil ou des actes notariés, domicilié en tel lieu.

2-L'unité de domicile conséquence de l'unité de personnalité.

2°- L'unité du domicile. Dans notre droit français c'est un principe incontesté, qui résulte de la loi elle-même, qu'une personne ne peut avoir qu'un seul domicile. Telle était la conception admise dans l'ancien droit. Le domicile réglait le statut de la personne, entre les coutumes divergentes. Le domicile est un comme la personnalité à laquelle il est attaché; de même que la personne est une, le domicile est unique également.

Cette unité de domicile résulte incontestablement du principe de l'article 102, aux termes duquel le domicile est au lieu du principal établissement; or, il n'y a qu'un seul établissement qui soit le principal. Il résulte de là qu'une personne ne peut avoir qu'un domicile, alors qu'elle peut avoir plusieurs résidences.

Ce principe de l'unité de domicile est fortement critiqué aujourd'hui. Cependant des législations récentes l'ont maintenu, par exemple le Code civil suisse maintient encore le principe de l'unité de domicile. Le Code civil allemand, au contraire, considère qu'on peut avoir plusieurs domiciles, autant de domiciles qu'on a de résidences.

Inconvénients du principe; atténuation qu'il comporte.

La solution de la loi n'est pas sans inconvénients, parce qu'elle est susceptible d'entraîner des difficultés pratiques. Il peut être difficile, en effet, de déterminer, entre les établissements d'à peu près égale importance, quel est le principal; cela est difficile à déterminer en particulier lorsqu'il s'agit de commer-

Source : BIU Cujas

çants, et de sociétés qui ont des établissements disséminés dans toute la France; quel est le principal établissement?

En présence de ces difficultés, on s'est efforcé d'apporter des atténuations au principe de l'unité de domicile. Certaines de ces atténuations résultent de la loi; d'autres résultent de la jurisprudence, et enfin il peut y avoir atteinte volontaire apportée par une personne au principe de l'unité de domicile. Une personne peut pour certains actes se créer un domicile spécial: c'est l'élection de domicile.

Atténuations légales: domiciles spéciaux

1°- Le principe de l'unité de domicile a reçu certaines atténuations du fait de la loi elle-même. Dans certains cas il aurait été peu pratique de rechercher quel était le domicile d'une personne. C'est pourquoi dans certains cas la loi va s'attacher à fixer le domicile, non plus en le déterminant d'après le principal établissement, mais en s'appuyant sur le fait même de la résidence. Ici il s'agit de domiciles spéciaux, par opposition au domicile général de l'art. 103. En matière électorale, on pourra être inscrit sur les listes électorales du lieu où l'on a soit son domicile soit sa résidence depuis six mois. En matière d'assistance publique, le domicile de secours est fixé, d'après un décret-loi de 1935, par la résidence pendant un an dans un département. Ici, c'est la résidence qui va fixer le domicile. L'art. 74 du Code civil décide que le mariage pourra être célébré non seulement au lieu du domicile d'un des époux, mais encore au lieu où l'un des époux a sa résidence établie par un mois d'habitation continue.

C'est ce que l'on appelle parfois le domicile matrimonial.

Dans un cas tout à fait particulier, la loi attribue compétence au tribunal non pas du domicile mais de la résidence. Il s'agit de la législation sur la saisie-arrêt des salaires. Les salaires sont généralement touchés par des ouvriers qui se déplacent plus ou moins fréquemment et dont le domicile peut être fort éloigné du lieu où ils travaillent. C'est pourquoi, pour donner plus de facilités aux créanciers, une loi a décidé qu'en matière de saisie-arrêt de salaire, le juge de paix compétent serait celui non pas du domicile de l'ouvrier, mais celui de sa résidence.

Atténuation jurisprudentielle: le domicile apparent

2° - Et voici maintenant d'autres cas dans lesquels c'est la jurisprudence qui a apporté des atténuations à la règle de l'unité de domicile.

Il en est ainsi tout d'abord dans le cas où il s'agit de fonctionnaires ou d'étudiants, qui exercent

Source : BIU Cujas

leurs fonctions ou qui font leurs études dans une ville autre que celle où ils ont leur domicile. C'est très fréquent pour les fonctionnaires, puisque seuls les fonctionnaires inamovibles sont domiciliés au lieu où ils exercent leurs fonctions. C'est encore plus vrai pour les étudiants, qui vivent au siège d'une université ou d'un collège, alors que leur domicile légal ou en tout cas leur domicile d'origine reste fixé au lieu où ils sont nés. Il est arrivé que des fournisseurs qui réclamaient le paiement de leurs factures en justice se sont heurtés de la part de ces fonctionnaires ou de ces étudiants à un moyen de défense; "vous nous assignez devant le tribunal de notre résidence, vous auriez dû nous assigner devant le tribunal de notre domicile".

Il en résultait des difficultés pour le commerçant qui avait à plaider contre des étudiants ou des fonctionnaires. La jurisprudence a supprimé cet inconvénient grâce à la théorie dite du domicile apparent. La Cour de cassation, pour valider l'assignation lancée devant le tribunal de la résidence, a décidé que le défendeur, fonctionnaire ou étudiant, avait été valablement cité devant le tribunal de sa résidence si cette résidence était un domicile apparent et si le demandeur avait pu se tromper de bonne foi sur le lieu du principal établissement du défendeur. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation le 4 Août 1896 (D. 1897. I,605). Depuis une loi du 6 Avril 1932, cette jurisprudence a perdu une partie de son intérêt; en effet cette loi permet de porter devant le tribunal du lieu où la convention a été contractée ou exécutée les procès relatifs à des fournitures : travaux, locations, louage d'ouvrage à la condition qu'une des parties soit domiciliée en ce lieu. Il suffit donc que le demandeur soit domicilié au lieu où le contrat a été conclu ou exécuté.

Domicile de la femme commerçante

La jurisprudence a encore apporté une atténuation au principe de l'unité de domicile en ce qui concerne la femme mariée commerçante. Il arrive en effet qu'une femme mariée exerce un commerce en un lieu autre que celui auquel elle est domiciliée avec son mari. Les personnes avec qui elle traitait pour son commerce pouvaient être embarrassées sur le point de savoir si elle était domiciliée à Paris, où elle exerce son commerce, ou à Versailles, où elle habite avec son mari; fallait-il l'assigner devant le tribunal de commerce de la Seine ou devant le tribunal de commerce de Versailles? La jurisprudence a admis que la femme mariée commerçante a un domicile distinct de celui de son mari; elle a deux domiciles; pour les affaires

Source : BIU Cujas

civiles, elle est domiciliée là où elle habite avec son mari; pour les procès qu'elle peut avoir à raison de son commerce, elle est domiciliée au lieu où elle exerce son commerce. Cette solution a été adoptée par la Cour de cassation dans un arrêt du 12 Juin 1883 (S. 1884.I.257).

Par contre, par une excessive timidité, la jurisprudence n'admet pas la même solution lorsqu'il s'agit du mari. Par exemple le mari est domicilié à Versailles et il exerce un commerce à Paris; la jurisprudence la plus récente hésite beaucoup à admettre qu'il est domicilié comme commerçant à Paris; il n'a qu'un seul domicile, à Versailles, ou à Paris. Il faudra déterminer le lieu de son principal établissement. Arrêt de la Cour de cassation du 28 Juillet 1919 (S. 1921.1.315).

La théorie des gares principales

Cette pluralité de domicile, possible tout au moins lorsqu'il s'agit d'une femme mariée, la jurisprudence l'admet encore dans un cas tout à fait particulier: lorsqu'il s'agit d'un de ces commerçants qui ont de nombreux établissements disséminés dans toute la France. Il faut dire d'ailleurs que la question se pose surtout pour des sociétés, plutôt que pour des individus. Il s'agit de sociétés telles qu'autrefois les diverses compagnies de chemins de fer - la question peut se poser encore aujourd'hui pour la S.N.C.F. - ou encore comme les banques, qui ont des succursales disséminées dans toute l'étendue du territoire.

Or, ces sociétés - ou ces individus - ont un siège social ou un principal établissement. Par exemple, lorsqu'on avait à plaider contre une compagnie de chemins de fer, fallait-il nécessairement assigner à Paris, où toutes les compagnies avaient leur siège social? Une expédition de marchandises était faite à Marseille; les colis n'arrivaient pas; était-il nécessaire que l'expéditeur qui habitait le Midi vint plaider devant un tribunal parisien, parce que la compagnie P.L.M. avait son siège social à Paris? La jurisprudence a rejeté une pareille solution qui aurait abouti à embouteiller tous les tribunaux parisiens. Elle a décidé que l'on pourrait assigner une compagnie chemins de fer ou une banque, ou un de ces grands établissements à succursales multiples, dans le lieu la compagnie de chemins de fer a une gare principale, où la banque a une succursale.

Ici il y a véritablement atteinte à l'unité de domicile. On invoque, pour justifier ces décisions, théorie, celle de l'élection de domicile tacite. On considère que ces grands établissements, ces banques, ces compagnies de chemins de fer, ces commerçants qui ont des succursales multiples font élection de domici

Source : BIU Cujas

dans chacune de leurs succursales pour les affaires traitées par cette succursale qui par conséquent justifie la compétence des tribunaux de la succursale.

3°- Le domicile élu

3°- Une atténuation au principe de l'unité de domicile peut résulter de la volonté même d'une personne, qui se choisit un domicile conventionnel pour un acte déterminé. C'est ce que l'on appelle l'élection de domicile. Une personne choisit un domicile autre que son domicile réel pour faciliter l'exécution d'un acte auquel elle est partie.

Définition: le domicile élu est un domicile spécial, différent du domicile réel général, qu'une personne se crée volontairement et indépendamment de ce domicile général pour l'exécution d'un acte déterminé.

L'élection de domicile est prévue par l'article 111 du Code civil, ainsi conçu: "Lorsqu'un acte contiendra de la part des parties ou de l'une d'elles, élection de domicile pour l'exécution de ce même acte dans un autre lieu que celui du domicile réel, les significations, demandes et poursuites relatives à cet acte, pourront être faites au domicile convenu, et devant le juge de ce domicile".

Son utilité en matière de signification d'actes de procédure

A quelle utilité correspond l'élection de domicile? D'après les règles de la procédure, les significations adressées à une personne doivent être faites à son domicile, et d'autre part, en matière personnelle et mobilière tout au moins, le défendeur à un procès doit être assigné devant le tribunal de son domicile, qui, encore une fois, peut être fort éloigné du lieu de sa résidence et du lieu où habite le demandeur. Ces règles peuvent être très gênantes, notamment pour un créancier, qui aura à plaider contre son débiteur en un lieu très éloigné, d'où frais, déplacement, gêne; c'est pourquoi la loi autorise les parties à déroger à ces règles sur la signification et la compétence. Le créancier et le débiteur, en un mot, peuvent convenir à propos de l'acte qu'ils ont à passer, qu'en cas de difficulté pour l'exécution de cet acte, le tribunal compétent sera celui du créancier, par exemple; à cet effet le débiteur fera élection de domicile chez une personne, par exemple un notaire, qui aura reçu l'acte. Ce notaire sera chargé de recevoir toutes les significations et de les transmettre au débiteur. En un mot, pour l'exécution de cet acte, le débiteur se domicilie chez une personne, au lieu du domicile du créancier, et cela aura deux conséquences.

Attribution de compétence au tribunal du domicile élu

En premier lieu, l'article 111 décide que le tribunal du domicile du créancier devient compétent; en second lieu, toutes les significations qui auront à être faites au débiteur pourront l'être au domicile

Source : BIU Cujas

élu, par exemple chez le notaire qui a reçu l'acte et exerce ses fonctions au lieu du domicile du créancier; donc, grande simplification pour le créancier.

L'élection de domicile produit un effet dérogatoire aux règles de la compétence et aux règles de la signification.

Responsabilité de la personne chez qui est élu domicile

Quant à la personne chez qui domicile est élu, du fait qu'elle accepte l'élection de domicile elle encourt une responsabilité, en ce sens qu'elle doit fidélement et aussi vite que possible transmettre au débiteur les significations qu'elle recevra pour le compte de ce dernier.

En somme la loi considère en pareil cas que le débiteur fait choix d'un domicile fictif et conventionnel différent de son domicile général. Je suis domicilié à Dunkerque, j'emprunte de l'argent à Clermont-Ferrand; mon créancier habite Clermont-Ferrand; il faudrait théoriquement, si je ne paie pas, que le créancier m'assigne à Dunkerque. Je ferai élection de domicile chez un notaire de Clermont-Ferrand. Cette élection de domicile aura pour but d'attribuer compétence au tribunal de cette ville; toutes les significations pourront être faites chez le notaire; le créancier aura le moindre dérangement possible. Le notaire aura pour mission de me transmettre le plus tôt possible les significations qu'il recevra pour moi. C'est un domicile fictif et conventionnel.

Caractère du domicile élu

En réalité, cette explication de la loi est un peu forcée. S'agit-il véritablement d'un domicile conventionnel? On peut en douter. Il ne s'agit pas en réalité d'un véritable domicile et en voici notamment deux raisons:

a) Ce domicile fictif et conventionnel se transmet aux héritiers; si la personne qui a élu domicile en un lieu donné pour un acte déterminé, vient à mourir, cette élection de domicile sera opposable à ses héritiers, qui ne pourront pas exiger d'être assignés par le créancier devant le tribunal de leur domicile personnel. Par conséquent il y a là quelque chose de tout à fait particulier, car le domicile réel ne se transmet pas par succession; le domicile du défunt ne se transmet pax aux héritiers, donc, ce n'est pas un véritable domicile.

b) Autre différence avec le véritable domicile; ce domicile conventionnel ne peut pas être changé à la volonté de celui qui s'est domicilié en un lieu pou une affaire, alors qu'une personne peut toujours changer de domicile, à condition de respecter les règles du Code civil.

Sous cette fiction d'élection de domicile, il

Source : BIU Cujas

faut voir en réalité une simple dérogation conventionnelle, autorisée par la loi, aux règles habituelles de la procédure et de la compétence.

On admet que la partie dans l'intérêt de laquelle a été faite l'élection de domicile, généralement le créancier, peut toujours y renoncer. En un mot, dans notre exemple, le créancier pourra très bien faire toute signification au débiteur à son domicile réel et l'assigner devant le tribunal de son domicile réel. Le créancier a le choix ou bien d'assigner devant le tribunal du domicile réel, ou bien devant le tribunal du domicile élu. C'est un bénéfice accordé au créancier, il n'est pas obligé d'en profiter.

Il n'en serait autrement que si l'élection de domicile avait été faite dans l'intérêt des deux parties. Cela peut arriver. Ainsi, dans une vente de marchandises entre deux commerçants, il est entendu qu'on attribuera compétence à tel tribunal, on fait élection dans le lieu de ce tribunal; ce choix peut être fait dans l'intérêt du vendeur et de l'acheteur, chacune des deux parties est obligée de faire les significations au lieu du domicile élu et de plaider devant le tribunal de ce domicile.

Election de domicile au domicile élu; donc utilité

Généralemant, l'élection de domicile est faite en un lieu autre que celui du domicile réel. L'élection de domicile sera faite à Clermont-Ferrand alors que je suis domicilié à Dunkerque; c'est l'utilité de l'élection de domicile. C'est en ce cas que l'élection de domicile présente le maximum d'avantages. Mais il arrive que le domicile élu puisse être le lieu du domicile réel. A quoi sert l'élection de domicile en pareil cas? Cette élection a l'intérêt d'éviter les conséquences d'un déplacement de domicile; si, domicilié en un lieu, je fais élection de domicile en ce lieu au profit de mon créancier, alors même que je viendrais à changer de domicile l'élection de domicile subsiste au lieu élu: le créancier n'a plus à subir les conséquences d'un changement de domicile de la part de son débiteur.

Election de domicile imposée par la loi

Il est des cas où c'est la loi qui impose l'élection de domicile. Il en est ainsi notamment dans le cas d'opposition à mariage. L'article 176 du Code civil décide qu'en cas d'opposition à mariage celui qui fait opposition devra élire domicile dans le lieu où le mariage devait être célébré; si bien que les futurs époux qui plaideront en mainlevée de l'opposition devront plaider au lieu où le mariage doit être célébré, qui est généralement le lieu de leur domicile. C'est en faveur des futurs époux que cette élection de domicile est prescrite par la loi.

Source : BIU Cujas Reproduction interdite

3° - La nécessité du domicile. Le domicile est nécessaire, disent de nombreux auteurs. Toute personne a nécessairement un domicile ne serait-ce que son domicile d'origine.

Le domicile de l'étranger en France. Décret-loi de 1938 subordonnant l'acquisition d'un domicile en France à une autorisation de séjour pour plus d'un an.

Cependant des difficultés se sont présentées.

Tout d'abord pendant longtemps on a soutenu qu'il est une catégorie de personnes qui ne peuvent jamais être domiciliées en France: ce sont les étrangers. On se fondait notamment sur le texte de l'article 102 qui décide que le domicile de tout Français est au lieu où il a son principal établissement; et l'on en concluait que les étrangers ne pouvaient jamais avoir un domicile en France.

Aujourd'hui, on est revenu de cette conception, et d'ailleurs différents textes paraissent bien admettre qu'un étranger peut être domicilié en France. Mais il n'en est pas toujours ainsi; un étranger peut très bien avoir son domicile à l'étranger et n'avoir en France qu'une simple résidence; cela est incontestable.

En ce qui concerne le domicile des étrangers, signalons une disposition d'un décret-loi du 12 Novembre 1938 relatif à la situation et à la police des étrangers. De l'article 1er de ce décret-loi il paraît bien résulter - car l'interprétation que nous indiquons peut être contestable, étant donnée la défectuosité de la rédaction du texte - qu'un étranger ne peut acquérir un domicile en France que s'il a été autorisé par les autorités administratives à séjourner sur le territoire français pendant une durée supérieure à un an. Cela paraît résulter du texte, qui est ainsi conçu: "Les étrangers ne peuvent bénéficier des droits dont l'acquisition, l'exercice ou la jouissance sont subordonnés par les textes législatifs ou règlementaires à des conditions de domicile ou de résidence en France que si au moment de l'acquisition, de la jouissance ou de l'exercice de ces droits, ils sont autorisés par les autorités administratives compétentes à séjourner sur le territoire français pendant une durée supérieure à un an".

Un permis de séjour ne suffirait donc plus aujourd'hui à constituer un domicile à un étranger. La loi en tire des conséquences, et notamment qu'un étranger qui n'aura pas obtenu le droit de séjourner en France pendant un an ne pourra pas se marier en France. L'article 7 du même décret-loi le dit d'une manière formelle. Il semble bien par conséquent que le domicile de l'étranger soit subordonné à une autorisation de séjourner en France pendant au moins un an.

Source : BIU Cujas

Un Français peut-il ne pas avoir de D. ? Difficulté que peut présenter en fait dans certains cas la détermination de ce domicile?

Considérons maintenant le domicile des Français. Est-ce qu'un Français peut être sans domicile? La plupart des auteurs répondent par la négative; le domicile est une chose nécessaire. On ne peut pas être sans domicile; toute personne a au moins un domicile d'origine, domicile chez le père, le tuteur, et ce domicile est conservé tant que les conditions requises pour un changement de domicile ne sont pas remplies. Donc, toute personne a nécessairement un domicile.

Théoriquement, cette opinion est exacte, mais du point de vue pratique, il sera bien difficile parfois de déterminer quel est le domicile d'une personne qui mène une vie nomade. Le cas se présentait pour les bateliers; il est aujourd'hui résolu. Le cas peut se présenter pour des marchands-forains ou des saltimbanques, des gens qui vivent d'une vie nomade. Quel sera pour l'enfant de ces personnes sont domicile d'origine? Il sera souvent bien difficile de connaître le domicile du père, mais après deux ou trois générations, comment pourra-t-on connaître le domicile d'origine de ces nomades?

C'est pourquoi la loi, en prévision de ce cas, a décidé que toutes les fois que le domicile d'une personne sera impossible à déterminer, cette personne pourra être assignée devant le tribunal de sa résidence, ou bien on lui fera les significations au lieu de sa résidence. C'est ce que décident les articles 59 & 60 du C. Pr. C. Le domicile existe théoriquement, mais il est impossible de le connaître pratiquement. La loi est obligée de tenir compte des réalités pratiques.

Section IV

Les actes de l'état civil

Intérêt de la preuve de l'état et de la capacité. Etablissement par la loi d'un régime de preuves préconstituées; les actes de l'état-civil

Il n'est pas besoin d'insister longuement pour démontrer l'importance qu'il y a à ce que l'état et la capacité des personnes puissent être facilement connus et prouvés. Il importe que chacun de nous puisse à tout instant apporter la preuve de son identité de son âge, de ses droits de famille; d'autre part il est extrêmement utile que chacun de nous puisse, le cas échéant, être renseigné sur l'état ou sur la capacité des tiers avec qui il est appelé à entrer en rapports.

Or, ces évènements qui constituent l'état civil d'une personne, il était impossible d'en abandonner la preuve à des témoignages plus ou moins probants. Il était impossible d'abandonner la preuve de ces faits d'où dépendent nos droits et nos obligations à des

Source : BIU Cujas

souvenirs plus ou moins fidèles, en tout cas à des souvenirs émanant de personnes susceptibles de disparaître à tout instant.

C'est pourquoi la loi a établi en cette matière ce que l'on appelle un système de preuves écrites préconstitutées. On n'attend pas, en un mot, qu'une difficulté se présente; on crée une organisation qui est destinée à enregistrer dans tous les cas, les différents évènements susceptibles de modifier l'état ou la capacité des personnes, de sorte qu'on n'aura qu'à y puiser le cas échéant les renseignements dont on aura besoin. Ce sont les actes de l'état civil.

Observations sur le double sens du mot acte: negotium, instrumentum

Les actes de l'état civil sont des actes authentiques destinés à recevoir et à conserver la preuve des principaux évènements relatifs à l'état des personnes. Mais il faut bien s'entendre sur le sens du mot "acte". Le mot "acte" en droit français a un double sens:

a) Premier sens: on appelle "acte", ou "acte juridique" une manifestation de volonté à laquelle la loi attache un effet juridique, par exemple un contrat ou un testament; c'est ce que les Romains appelaient le "negotium".

b) Deuxième sens : on appelle "acte" l'écrit qui est dressé pour servir de preuve; c'est ce que les Romains appelaient l'"instrumentum". L'"instrumentum" sert de preuve au "negotium"; c'est l'acte écrit. Nos anciens auteurs parlaient d'instrumenter, et aujourd'hui encore on dit qu'un notaire "instrumente". Mais le mot "instrument" a disparu du langage juridique; on dit acte, acte de l'état civil.

C'est dans ce second sens qu'on entend le mot "acte" lorsqu'on parle d'actes de l'état civil. Il s'agit d'écrits authentiques destinés à recevoir et à conserver la preuve des faits constitutifs de l'état d'une personne.

Les deux espèces d'actes instrumentaires: authentiques et sous seing-privé.

Actes authentiques: les écrits destinés à conserver la preuve d'une acte peuvent, en effet, être soit des actes sous seing privé, soit des actes authentiques

Les actes sous seing privé sont ceux qui sont dressés par les parties elles-mêmes et signés par elles,(actes sous signatures privées).

Les actes authentiques, au contraire, sont des écrits qui sont dressés par des officiers publics dans les formes requises. L'acte authentique est un écrit reçu et dressé par un officier public tel qu'un notaire, greffier, huissier, un officier de police judiciaire, ou un officier de l'état civil.

Les différents actes de l'état civil dans le C.C.

Si nous consultons le Code civil (art. 34 et s.s.) nous constatons que d'après ce Code trois évènements seulement seraient pris en considération au point de

Source : BIU Cujas

vue des actes de l'état civil: la naissance, le mariage, et le décès. Ce sont, en effet, les évènements les plus importants au point de vue de l'état et de la capacité.

Acte de naissance

L'acte de naissance permet d'établir l'individualité d'une personne, son âge, par conséquent sa situation de majeur ou de mineur, son sexe, souvent aussi sa filiation, et généralement sa nationalité, puisque la nationalité dépend dans une large msure de la filiation

Acte de mariage

L'acte de mariage sert à prouver l'état d'époux et à assurer ainsi à l'homme et à la femme unis par le mariage tous les effets que comporte celui-ci.

Acte de décès

Enfin, l'acte de décès établit la disparition de la personnalité, avec toutes les conséquences qui en résultent au point de vue, notamment de l'ouverture de la succession ou de la dissolution du mariage.

Ce sont les trois évènements principaux intéressant l'état et la capacité : naissance, mariage, décès.

Lacunes de l'organisation des actes de l'état civil

Mais il y a d'autres évènements qui peuvent influer sur l'état et la capacité: la naturalisation, qui modifie l'état de l'étranger devenu français: la reconnaissance d'un enfant naturel; l'adoption, qui crée un lien de filiation artificiel entre l'adoptant et l'adopté; le divorce, la séparation de corps, l'interdiction. Voilà des évènements fort importants en ce qui concerne l'état et la capacité d'une personne.

Nous verrons par la suite que pour certains de ces évènements le Code civil, et surtout des lois postérieures au Code, ont admis la constatation de ces faits par les registres de l'état civil: reconnaissance d'un enfant naturel, adoption, divorce. D'autres évènements ne sont pas constatés sur les registre de l'état civil: la séparation de corps ou l'émancipation. C'est une lacune incontestable.

Origine historique des actes de l'état civil.

Le Code civil avait considéré surtout les évènements les plus importants, acte de naissance, acte de mariage, acte de décès. Il y a à cela une raison historique. En effet, sous l'ancien droit, l'état civil n'était pas organisé officiellement; en fait, c'était le clergé qui, à l'occasion des baptêmes, des mariages et des sépultures, enregistrait les naissances, les mariages et les décès. Mais il n'y avait pas d'organisation officielle. Finalement des ordonnances royales avaient imposé aux curés des paroisses la tenue des registres de baptême, de mariage et de sépulture, qui faisaient foi des faits ainsi enregistrés sur ces registres spéciaux.

L'étude des actes de l'état civil sera divisée en quatre paragraphes :

1 - Organisation de l'état civil en France.

Source : BIU Cujas

2 - Force probante des actes de l'état civil.

3 - Rectification des actes de l'état civil.

4 - Moyens destinés à suppléer à l'absence d'actes de l'état civil: les jugements déclaratifs de faits d'état civil.

§ I - Organisation de l'état civil en France.

Les deux principes de cette organisation.

En cette matière, il y a beaucoup de réglementation. L'organisation de l'état civil repose sur deux idées fondamentales :

1° - Il faut que la constatation des évènements relatifs à l'état des personnes présente des garanties d'exactitude.

2° - Il faut que l'état civil soit public, c'est-à-dire que les évènements relatifs à l'état des personnes doivent être connus de tous, ou susceptibles d'être connus de tous; c'est la publicité des actes de l'état civil.

I - Garanties d'exactitude

1° - Premier point : il importe que les évènements relatifs à l'état civil soient relatés avec les meilleures garanties d'exactitude. Aussi a-t-il paru nécessaire que la constatation de ces évènements fût confiée à des agents de l'Etat.

La laïcisation des actes de l'état civil depuis la Révolution.

L'intervention de l'Etat dans l'organisation de l'état civil est chose relativement récente en France. Elle remonte à la Révolution. Jusque là c'était le clergé qui tenait les actes de l'état civil, qui constatait les naissances, les mariages et les décès sur les registres des paroisses. La Royauté d'ailleurs avait fini par règlementer la tenue des registres de l'état civil par le clergé. Seulement des difficultés considérables se présentaient pour les non catholiques; la question s'était présentée avec une grande acuité après la Révocation de l'Edit de Nantes: comment pouvait être constaté l'état civil des protestants?

La loi des 20-25 Septembre 1792 a sécularisé l'état civil, en confiant la tenue des registres aux municipalités.

C'est également le principe qui a inspiré les rédacteurs du Code Civil(1).

Caractère judiciaire de l'or-

Dans notre droit actuel, l'organisation de l'état civil est placée sous la direction de l'autorité judi-

note (1) Les actes de baptême tenus par le clergé avant la Révolution pourraient encore faire foi aujourd'hui, notamment en ce qui concerne les titres de noblesse, ou les surnoms, ou l'orthographe du nom; on peut encore se reporter, le cas échéant aux anciens registres des paroisses.

Source : BIU Cujas

ganisation de l'état civil

ciaire. C'est le procureur de la République qui, dans chaque arrondissement, est chargé de la surveillance de l'état civil. Les officiers de l'état civil, maire et adjoints, sont, en ce qui concerne ce service, non pas des agents administratifs, mais des fonctionnaires de l'ordre judiciaire relevant comme tels du Ministre de la Justice.

Les officiers de l'état civil

Quels sont les officiers de l'état civil? Dans chaque commune le maire exerce les fonctions d'officier de l'état civil. En cas d'absence ou d'empêchement, il est remplacé par l'adjoint, ou l'un des adjoints, dans l'ordre des nominations, à défaut d'adjoint, par un conseiller municipal pris dans l'ordre du tableau. Le maire peut d'ailleurs déléguer ses fonctions à un adjoint ou même à un conseiller municipal quelconque.

Compétence territoriale des officiers de l'état civil

La compétence de l'officier de l'état civil est territoriale, c'est-à-dire qu'il ne peut exercer ses fonctions que sur le territoire de la commune, pour les faits survenus sur le territoire de la commune dont il est maire ou adjoint ou conseiller municipal.

Réglementation minutieuse de l'état civil par le C.C.

Le Code a règlementé d'une façon très minutieuse la confection des actes de l'état civil. D'une part, la loi a pris des mesures pour assurer la conservation matérielle des actes de l'état civil; d'autre part elle s'efforce d'assurer l'exactitude des faits constatés par ces actes.

a) Mesures destinées à assurer la conservation des registres. Tenue des registres en double

a) La loi s'efforce d'abord d'assurer la conservation matérielle des actes. Dans ce but, elle prescrit que les actes (article 40) seront inscrits dans chaque commune sur un ou plusieurs registres tenus doubles. Il est donc nécessaire que les actes soient inscrits sur un registre. La loi interdit formellement, et à peine de sanctions pénales contre les officiers de l'état civil qui n'observeraient pas ces prescriptions, d'inscrire les actes de l'état civil sur des feuilles volantes. Le danger de perte serait trop considérable. Il faut qu'il y ait un ou plusieurs registres. Dans les petites communes on peut se contenter d'un seul registre pour les naissances, mariages, décès; tout dépend de l'importance de la commune.

Ces registres sont tenus doubles. A la fin de chaque année, décide l'article 43, l'un des doubles sera déposé aux archives de la commune, et l'autre au greffe du tribunal de première instance. Au cas où la mairie viendrait à être détruite, incendiée, on aurait le double au palais de justice. Il est bien rare que le palais de justice et la mairie soient incendiés tout à la fois. Cela s'est passé cependant pendant la guerre et aussi pendant la Commune; il a fallu recons-

Source : BIU Cujas

tituer ensuite tous les actes de l'état civil.

b) Dispositions pour empêcher les fraudes et altérations

b) Dans le but d'assurer que les faits constatés par les actes de l'état civil concernent bien les intéressés, sont bien conformes à la réalité, le Code a édicté une série de dispositions.

Il s'efforce d'abord d'empêcher les fraudes telles que les faux, les altérations, les suppressions ou intercalations qui seraient commises sur un acte antérieurement rédigé (Cf art. 4I-43).

C'est ainsi que les registres doivent être cotés et parafés sur chaque feuille par le président du tribunal, de manière qu'on ne puisse pas arracher une feuille et la remplacer par une autre feuille; on commettrait un faux.

De même les actes doivent être inscrits sur les registres sans lacunes ni blancs, de manière à ne pas pouvoir intercaler un acte. Les ratures et les renvois doivent être approuvés et signés par l'officier de l'état civil. On ne doit mettre aucune date en chiffres et à la fin de chaque année les registres doivent être arrêtés par l'officier de l'état civil, de manière qu'on ne puisse plus rien y inscrire, avant d'être envoyés au greffe.

Personnes intervenant dans l'acte.

En second lieu, pour la rédaction même de l'acte, la loi exige que certaines personnes fournissent à l'officier de l'état civil les éléments de l'acte à rédiger. Les personnes qui concourent ainsi avec l'officier de l'état civil à la confection des actes sont les parties, les déclarants et les témoins.

La partie

La partie à l'acte de l'état civil est la personne dont l'état est modifié ou constaté par l'acte. Tous les actes de l'état civil ne supposent évidemment pas la comparution des parties. C'est le cas pour les actes de décès. Lorsqu'il s'agit des actes de naissance, autrefois, on exigeait que l'enfant fût présenté à l'officier de l'état civil. Aujourd'hui cette exigence qui n'était plus observée en pratique a été supprimée.

Mais il en est autrement des autres actes de l'état civil et notamment des mariages et des reconnaissances d'enfant naturel. Les futurs époux, ou le père ou la mère qui reconnaît l'enfant, comparaissent devant l'officier de l'état civil.

Lorsqu'il s'agit des mariages, la loi exige même que les époux comparaissent personnellement. La loi en un mot n'admet pas le mariage par procuration; on l'a admis pendant la guerre, en vertu d'une disposition de loi temporaire. Mais aujourd'hui il est absolument nécessaire que le futur et la future comparaissent personnellement devant l'officier de l'état

Source : BIU Cujas

civil: ils ne peuvent pas donner mandat à une personne de les représenter.

Au contraire, pour les autres actes de l'état civil, et notamment pour les reconnaissances d'enfant naturel, la loi admet que l'auteur de la reconnaissance puisse donner mandat à une personne de comparaître devant l'officier de l'état civil. Mais en pareil cas, la procuration doit être authentique; en un mot, il faut donner une procuration par devant notaire.

Le déclarant

Le déclarant est la personne chargée par la loi de faire connaître à l'officier de l'état civil le fait que l'acte a pour but de constater. Exemple: le père, ou le médecin, ou la sage-femme, qui déclare la naissance d'un enfant et qui est obligé de le faire d'après la loi. Aucune condition de capacité n'est exigée du déclarant. Par exemple un mineur parvenu à l'âge de discernement peut jouer le rôle de déclarant. De même pour une déclaration de décès.

Les témoins. Conditions pour être témoins.

Les témoins sont des personnes qui assistent l'officier de l'état civil et dont le rôle principal est de constater l'identité des déclarants, ou des parties, de garantir la véracité de leurs déclarations, et de vérifier la conformité de l'acte avec les déclarations faites. Les témoins doivent signer l'acte et on doit leur en donner lecture.

Pour être témoin dans un acte de l'état civil, il faut réunir certaines conditions, qui sont indiquées dans l'article 37. Autrefois, il fallait être du sexe masculin; aujourd'hui cette exigence est supprimée. Les témoins doivent être âgés de 21 ans au moins, parents ou autres, sans distinction de sexe. Ils seront choisis parmi les personnes intéressées. Autrefois le mari et la femme ne pouvaient être témoins dans le même acte de l'état civil; cela a été supprimé en 1919.

D'ailleurs l'exigence de la comparution des témoins a reçu de très sensibles atténuations, depuis une loi du 7 Février 1924 modifiant les articles 57 et 78; la loi a supprimé la nécessité des témoins pour les actes de naissance et pour les actes de décès. On a conservé par contre la nécessité des témoins pour l'acte de mariage, mais un seul témoin suffit.

Constatations de l'officier de l'état-civil.

Enfin, la loi ne se contente pas toujours de la présence des déclarants et des témoins, elle exige dans certains cas que l'officier se rende compte par lui-même de la matérialité de certains faits. C'est ainsi qu'autrefois l'enfant devait être présenté à l'officier de l'état civil; cette disposition a été supprimée. L'article 77 exige encore que l'officier de l'état civil se transporte auprès de la personne

« Les Cours de Droit »
Source : BIU, Pujos de la Sorbonne, 3
Répétitions écrites et orales
Reproduction Interdite

décédée; il se fait remplacer par un médecin, mais il faut qu'une constatation soit faite.

D'autre part, lorsqu'il y a un mariage, les parties doivent être présentes devant l'officier de l'état civil.

Enfin, toujours dans le but d'assurer l'exactitude de la rédaction des actes de l'état civil, la loi a pris certaines précautions qui sont indiquées dans les articles 34 et suivants, en ce qui concerne les mentions notamment qui doivent figurer dans les actes de l'état civil.

Voilà les principes généraux relatifs à la confection des actes de l'état civil. Il reste à examiner certaines règles particulières à certains actes de l'état civil.

Règles spéciales aux actes de naissance

Délai de la déclaration de naissance. Personnes qui y sont tenues. Sanctions

Les déclarations de naissance doivent être faites dans un certain délai. Les déclarations doivent être faites dans les trois jours de l'accouchement à l'officier de l'état civil. Par conséquent l'enfant doit être déclaré dans les trois jours.

Il doit être déclaré par le père (article 55, s'il est connu bien entendu, s'il s'agit d'un enfant légitime, ou à défaut du père par les docteurs en médecine, sages-femmes ou autres personnes qui auront assisté à l'accouchement; et lorsque la mère sera accouchée hors de son domicile, par la personne chez qui elle sera accouchée (article 56). Par conséquent, s'agissant d'un enfant légitime, il y a trois catégories de personnes qui peuvent être obligées de faire la déclaration, et cela à peine de sanction pénale: le père d'abord, puis le médecin ou la sage-femme, et enfin, à supposer que la mère soit accouchée hors de son domicile, la personne chez qui elle sera accouchée.

Qu'arrive-t-il si la déclaration n'est pas faite dans les trois jours? L'officier de l'état civil est obligé de refuser de l'enregistrer. Mais alors, l'état civil de cet enfant ne figurera-t-il pas au registre? Non, mais il faudra s'adresser au tribunal. Il y a des frais par conséquent, outre la sanction pénale qui frappera le père négligent.

Jugement suppléant à l'absence de déclaration de naissance.

Le jugement qui constate la naissance est un jugement constitutif d'état civil. Ce jugement est inscrit sur les registres de l'état civil lorsque le dispositif du jugement ordonne que la naissance sera enregistrée sur les registres. L'officier de l'état civil ne peut inscrire cette naissance que si l'ordre

Source : BIU Cujas

lui en est donné par le tribunal. On insèrera le dispositif du jugement au registre de l'état civil et on fera une mention sommaire sur les registres au jour de la naissance.

En ce qui concerne les mentions et les énonciations de l'acte de l'état civil, il n'y a pas de difficultés en ce qui concerne les enfants légitimes, mais en ce qui concerne les enfants naturels, le nom du père naturel ne doit être inséré que s'il y a reconnaissance de sa part. L'officier de l'état civil doit se refuser à enregistrer le nom du père ou prétendu père, du moment que celui-ci n'a pas reconnu l'enfant. Quant au nom de la mère naturelle, l'officier de l'état civil ne peut pas exiger qu'on le lui indique; mais - c'est une pratique - si le comparant déclare le nom de la mère, l'officier de l'état civil doit l'inscrire dans l'acte, sans que cette déclaration emporte reconnaissance. Il faudra ensuite que la mère reconnaissance son enfant; sans cela le lien de filiation ne serait pas légalement établi. En tout cas, lorsque l'enfant est né de père et mère inconnus, l'officier de l'état civil ne doit porter aucune mention, ceci depuis une loi du 22 juillet I922. Il est interdit d'insérer la mention "né de père et mère inconnus" dans les actes de l'état civil. C'est une mesure prise par la loi en faveur des enfants dont la filiation n'est pas établie.

Pour les fants trouvés, il y a un texte, l'article 58.

Il existe également un texte spécial pour les enfants morts-nés. Il est difficile en ce qui les concerne de rédiger un acte de décès, puisqu'ils ne figurent pas sur les registres de naissance. En ce qui les concerne, c'est un décret du Premier Empire du 4 Juillet I806 qui décide que lorsque le cadavre d'un enfant dont la naissance n'a pas été enregistrée sera présenté à l'officier de l'état civil, cet officier n'exprimera pas qu'un tel enfant est décédé, mais seulement qu'il lui a été présenté sans vie. L'officier de l'état civil n'a pas à prendre parti sur la question de la viabilité ou de la vie. S'il est mort-né, il n'a pas la personnalité juridique, mais il a pu naître vivant et viable et décéder presqu'immédiatement après sa naissance; l'officier de l'état civil n'a pas à prendre parti; il n'a qu'à dire que l'enfant lui a été présenté sans vie. Il recevra en plus les déclarations des témoins touchant les noms, prénoms, qualité des père et mère, et la désignation du jour et de l'heure de la naissance de l'enfant.

Source : BIU Cujas

Nous ne disons rien ici des règles spéciales aux actes de mariage. Nous les retrouverons plus tard.

Constations du décès.

Actes de décès

Les formalités de leur rédaction sont prévues aux articles 77 et suivants. Aucune inhumation ne sera faite sans une autorisation sur papier libre et sans frais de l'officier de l'état civil, qui ne pourra la délivrer qu'après s'être transporté auprès de la personne décédée pour s'assurer du décès. Il faut que l'officier se présente lui-même, ou se fasse représenter par un médecin.

L'acte de décès est dressé par l'officier de l'état civil du lieu de la commune où le décès a eu lieu, quand bien même la personne décédée serait domiciliée en une autre commune. Seulement, pour faciliter les recherches, la loi exige que l'officier de l'état civil du lieu du décès transmette une expédition de son acte à l'officier de l'état civil du lieu de la commune du domicile de la personne décédée, pour que les recherches soient facilitées; l'acte de décès sera inscrit au lieu du décès et sur les registres de l'état civil du lieu du domicile de la personne.

Enonciations de l'acte de décès.

L'article 79 indique quelles sont les énonciations de l'acte de décès. En particulier il faut donner autant que possible des renseignements. Seulement le déclarant ne peut pas toujours fournir les renseignements nécessaires, même sur l'identité du décédé. C'est pourquoi la loi décide qu'on donnera les renseignements autant que possible.

La loi exige aujourd'hui qu'on indique le jour et l'heure du décès. Autrefois, ce n'était pas exigé. En tout cas cette mention n'a pas une valeur absolue, on pourra toujours la combattre.

La loi n'exige pas que l'acte de décès indique la cause de la mort; elle interdit même dans certains cas de l'indiquer, en cas d'exécution capitale ou de mort dans une prison.

Par contre, la loi du 2 juillet 1915 exige, lorsqu'il s'agit d'une personne morte des suites de la guerre, que l'on inscrive la mention "Mort pour la France".

Santion des irrégularités dans la rédaction des actes de l'état-civil.

Maintenant que nous connaissons les règles relatives à la confection des actes de l'état civil, demandons-nous quelles conséquences entraîne l'inobservation de ces règles.

I - Sanctions

1 - L'inobservation des règles relatives à l'organisation de l'état civil et à la confection des actes entraîne, premièrement, des sanctions contre les

Source : BIU Cujas

pénales et civiles contre l'officier de l'état civil

officiers de l'état civil. La sanction contre l'officier de l'état civil peut être une sanction pénale; c'est le cas de l'inobservation des règles relatives à la tenue des registres et à la rédaction des actes. L'article 50 du Code civil notamment prévoit une amende contre l'officier de l'état civil, cela pour les faits les moins graves; bien entendu, les faux, les altérations sont punis de peines beaucoup plus graves par les articles I92 et suivants du Code pénal.

Il peut y avoir contre l'officier de l'état civil une sanction civile, consistant en dommages-intérêts à la charge de cet officier de l'état civil et au profit des personnes qui subiraient un préjudice du fait des omissions, des erreurs ou des négligences de cet officier de l'état civil.

2 - Nullité de l'acte pour inobservation d'une formalité substantielle.

En second lieu, autre genre de sanction, l'acte de l'état civil irrégulier peut dans certains cas être entaché de nullité.

Mais toute irrégularité, quelque minime qu'elle soit, entrainera-t-elle la nullité de l'acte? En l'absence de toute disposition légale sur ce point on distingue à cet égard les formalités essentielles ou substantielles et les formalités secondaires. L'omission des premières entraine seule la nullité.

Reste à savoir quand il y aura formalité substantielle. Sur certains points on s'accorde; sur d'autres il y a doute.

a) Absence de l'officier de l'état civil

C'est ainsi qu'on considère comme formalité substantielle la présence d'un officier de l'état civil. Un acte reçu par un particulier qui ne serait pas régulièrement investi des fonctions d'officier de l'état civil serait nul.

Le cas s'est présenté à différentes reprises aux époques révolutionnaires. C'est ainsi qu'au lendemain de la Révolution du 4 Septembre I870 les actes ont été reçus par des municipalités improvisées. C'est ainsi encore que, des actes ont été reçus, pendant la Commune de Paris, par des municipalités qu'avait instituées la Commune. C'est ainsi encore qu'à la suite de la dernière guerre, dans les pays envahis notamment, des actes ont été reçus par des personnes qui n'avaient pas la qualité d'officiers de l'état civil. Il a fallu nécessairement réparer tout cela. C'est ce qu'on a fait au lendemain de la guerre de I870, et au lendemain de la guerre de I9I4. Une loi du 28 Février I922 a décidé, dans son article 4, que les actes dressés ou transcrits sur les registres de l'état civil depuis le 2 août I9I4 ne pourront être annulés à raison du seul défaut de qualité des personnes qui les ont reçus, pourvu que ces personnes aient eu à ce moment l'exercice

Source : BIU Cujas

public des fonctions municipales ou de celles d'officier de l'état civil à quelque titre ou sous quelque nom que ce soit.

b) Incompétence de l'officier de l'état civil

Formalité substantielle aussi la présence d'un officier de l'état civil compétent. Nous avons vu que notamment la compétence de l'officier de l'état civil est territoriale. Si le maire d'une commune constatait un décès survenu dans une commune voisine, il est certain que ce maire serait incompétent et que son acte serait sans valeur.

L'affaire des mariages de Montrouge

La question s'est présentée autrefois et peut encore se présenter aujourd'hui dans le cas où l'officier de l'état civil aurait reçu une délégation irrégulière. Tel fut le cas dans l'affaire des mariages de Montrouge. Le maire de Montrouge avait délégué, pour remplir les fonctions d'officier de l'état civil, un conseiller municipal, mais sa délégation était irrégulière, elle n'avait pas été faite dans l'ordre du tableau. Le conseiller municipal avait procédé à un certain nombre de mariages. On se demandait si ces mariages n'étaient pas entachés de nullité, puisque l'officier de l'état civil qui les avait célébrés était incompétent, n'étant pas muni d'une délégation régulière. Le ministère public, devant l'émotion soulevée par ce problème délicat avait demandé au tribunal de la Seine l'annulation des mariages en question.

Le tribunal de la Seine prononça la nullité de cinq mariages célébrés par cet officier de l'état civil. Sur ces cinq ménages dont le mariage avait été annulé, un ménage fit appel du jugement du tribunal de la Seine; deux autres se remarièrent immédiatement suivant les formalités légales, et enfin deux ménages acceptèrent la décision.

La Cour de Paris, saisie de l'appel d'un de ces ménages, réforma et décida qu'au contraire les mariages étaient valables; malgré l'incompétence de l'officier de l'état civil; si bien que les deux ménages qui avaient contracté un nouveau mariage s'étaient trouvés mariés deux fois!

Pour avoir une décision faisant autorité, le ministère public forma contre le jugement du tribunal de la Seine un pourvoi dans l'intérêt de la loi devant la Cour de cassation. Celle-ci contrairement à toute attente décida que la formalité en question n'était pas une formalité substantielle; et elle décida par conséquent que les mariages avaient été régulièrement célébrés (arrêt du 7 Août 1883, Dalloz, 1884, I,5).

c. rédaction sur feuille volante

Constitue également une formalité substantielle la rédaction sur un registre; un acte de l'état civil qui serait rédigé sur une feuille volante serait sans valeur.

Source : BIU Cujas

Au contraire, il est des mentions qui ne sont pas substantielles et dont l'omission n'entraine pas la nullité de l'acte, par exemple l'omission des prénoms d'un témoin ou d'un déclarant. On a discuté sur le point de savoir si la minorité d'un témoin est une clause de nullité d'un acte de l'état civil. La Cour de cassation a admis l'affirmative dans un arrêt du 20 janvier 1920.

Dérogations exceptionnelles aux règles de rédaction des actes de l'état civil.

Telles sont les règles relatives à l'organisation de l'état civil et à leur sanction. Toutes ces règles comportent des dérogations dans certaines circonstances spéciales où il est impossible de trouver un officier de l'état civil, un maire ou un adjoint. Il en est ainsi d'abord en cas de voyage en mer; dans ce cas, l'acte de l'état civil, acte de naissance ou de décès, est rédigé dans certaines conditions, prévues aux articles 59 et suivants du Code civil.

En ce qui concerne les actes relatifs aux militaires et marins aux armées, il y a aussi des règles tout à fait spéciales qui se trouvent aux articles 93 et suivants du Code civil.

Enfin, il existe des règles particulières pour le cas des actes de l'état civil des Français en pays étranger. Comment des Français peuvent-ils faire constater une naissance, un mariage ou un décès en pays étranger? Il y a deux manières, qui sont prévues par l'article 47 et 48. L'art. 47 décide que tout acte de l'état civil des Français et des étrangers faits en pays étranger fera foi s'il a été rédigé dans les formes usitées dans le dit pays. En un mot, un Français qui se trouve à l'étranger peut faire constater une naissance, un mariage ou un décès, ou une reconnaissance d'enfant naturel en recourant aux formes usitées dans le pays où il se trouve. Si l'état civil dans ce pays est tenu par les autorités ecclésiastiques, l'acte de l'état civil du Français reçu dans ces conditions aura pleine foi en France.

Mais les Français ont une autre manière, quand c'est possible, de faire constater leur état civil à l'étranger; c'est de s'adresser aux agents diplomatiques ou aux consuls. C'est ce que décide l'article 48: "Tout acte de l'état civil des Français en pays étranger sera valable s'il a été reçu conformément aux lois françaises par les agents diplomatiques ou par les consuls".

Lorsqu'un acte de l'état civil est reçu en pays étranger soit par les autorités locales, soit par les agents diplomatiques et consuls français, les article 47 et 48 prévoient des mesures pour assurer la public

Source : BIU Cujas

cité en France des actes reçus dans ces conditions.

II- Publicité des actes de l'état civil

La seconde idée fondamentale sur laquelle repose l'organisation de l'état civil en France: c'est la publicité des actes de l'état civil.

Son utilité

Il importe, en effet, que les différents faits que l'état civil a pour but de constater puissent être connus de tous. L'état civil sert à chacun de nous à prouver son état civil, mais il est nécessaire aussi que les tiers puissent en avoir facilement connaissance Il faut donc assurer une Large publicité des actes de l'état civil.

Comment réaliser cette publicité? Théoriquement, on pourrait concevoir que toute personne fût autorisée à consulter directement les registres de l'état civil; mais, pour différentes raisons, cette consultation directe aurait entraîné des inconvénients; des altérations ou des lacérations auraient été à craindre. Aussi le Code civil s'est-il arrêté à une autre solution en décidant que toute personne peut se faire délivrer par les dépositaires des registres des copies des actes inscrits sur ces registres.

L'article 45 décide que toute personne pourra, sauf exception prévue à l'article 57, se faire délivrer par les dépositaires des registres de l'état civil des copies des actes inscrits sur ces registres. Les dépositaires, ce sont soit les officiers de l'état civil eux-mêmes dans les mairies, soit les greffiers des tribunaux, puisqu'à la fin de chaque année un double des registres doit être déposé au greffe.

Les copies sont en principe délivrées conformes au registre. C'est la reproduction intégrale de l'acte tel qu'il a été rédigé, avec ses mentions en marge.

Cependant, dans certains cas, une copie peut, lorsqu'il s'agit notamment de mariages, contenir des énumérations de pièces produites, etc..., qui seraient inutiles. C'est pourquoi la loi permet de délivrer simplement des extraits (article 45, alinéa 3) contenant outre le nom de la commune, la copie littérale de l'acte et des mentions et transcriptions misès en marge, à l'exception de tout ce qui est relatif aux pièces produites. La copie, c'est la reproduction intégrale de l'acte, y compris les mentions en marge. L'extrait, c'est également la reproduction de l'acte, y compris les mentions en marge, mais sans indication des pièces produites.

Généralement les copies doivent être délivrées sur timbre, il suffit de payer les frais afférents à la délivrance.

Toute personne peut donc se procurer tous les

Source : BIU Cujas

actes de l'état civil intéressant un tiers. Voilà le principe.

Exception à la publicité concernant les actes de naissance. (loi de 1906) Distinction entre l'extrait proprement dit délivrable à toute personne et la copie conforme réservée à certaines personnes.

Mais une importante exception a été apportée à ce principe par la loi du 30 Novembre 1906, qui a restreint dans une certaine mesure la publicité des actes de naissance (article 57) On a voulu éviter aux enfants naturels la gêne, certains on dit l'humiliation, qu'ils pourraient éprouver à produire un acte de naissance constatant leur filiation illégitime. On a voulu empêcher également certaines personnes mal intentionnées de se procurer un acte de naissance d'un tiers à seule fin d'avoir la preuve de l'illégitimité de sa filiation. On a donc restreint la publicité, mais on ne l'a pas supprimée complètement.

La loi de 1906 crée un extrait, qui n'est plus cette fois la reproduction intégrale de l'acte, un extrait qui contient seulement certaines mentions. Cet extrait peut être délivré par l'officier de l'état civil à tout requérant. Quant à la copie conforme de l'acte de naissance, elle ne peut être délivrée qu'à certaines personnes dont l'intérêt est certain, personnes qui doivent être au courant de l'illégitimité de la filiation.

En premier lieu, toute personne peut se faire délivrer un extrait contenant certaines mentions; l'année, le jour, l'heure et le lieu de naissance, le sexe de l'enfant, ses prénoms, les prénoms, noms, professions et domicile des père et mère.

Quant à la copie conforme, intégrale, elle ne peut être délivrée sans formalité qu'à certaines personnes qui sont particulièrement intéressées. Ces personnes sont: le procureur de la République, l'enfant lui-même, ses ascendants et descendants, son conjoint, son tuteur ou son représentant s'il est mineur ou interdit.

Si une autre personne que celles-là prétend avoir intérêt à obtenir non pas le simple extrait, qui peut être délivré à tout le monde, mais la copie intégrale, cette personne peut obtenir cette copie à la condition d'avoir une autorisation délivrée sans frais par le juge de paix du canton ou l'acte a été reçu. Il faut, en un mot, que la personne, qui déclare avoir intérêt à obtenir la copie intégrale de l'acte de naissance et qui n'est pas une des personnes privilégiées, s'adresse au juge de paix, lui fasse une demande par écrit pour justifier de son intérêt. Si le juge de paix estime que l'intérêt existe, il donnera l'autorisation d'obtenir la délivrance d'une copie intégrale et sur cette autorisation l'officier de l'état civil délivrera la copie. Si, au contraire, la

Source : BIU Cujas

personne n'est-pas jugée avoir un intérêt suffisant, elle devra se contenter du simple extrait contenant le jour, le lieu de naissance, le sexe de l'enfant, ses prénoms, les prénoms, noms et domicile des père et mère.

La loi a-t-elle atteint le but qu'elle se proposait? En partie seulement. L'illégitimité de l'enfant ne ressort pas de l'extrait toutes les fois que l'enfant a été reconnu par ses père et mère. Evidemment, le nom du père, le nom de la mère figurent dans l'extrait, et comme l'extrait ne porte pas qu'ils sont ou ne sont pas mariés, l'illégitimité de la filiation ne ressort pas de l'acte. Mais dans les cas où l'enfant n'a été reconnu que par un de ses père et mère, généralement par la mère seule, une lacune apparait immédiatement aux yeux de celui qui obtient cet extrait: c'est que le nom du père n'y figure pas; dans ces conditions, l'illégitimité ressort de l'extrait lui-même; à plus forte raison si la filiation n'a été établie ni à l'égard du père, ni à l'égard de la mère, en cela ni le nom du père, ni le nom de la mère ne figurent à l'extrait et il ressort de là que l'enfant est né de père et mère inconnus.

Enfin, si une personne veut à tout prix savoir si la filiation d'un enfant est une filiation illégitime, elle a toujours la possibilité de se faire délivrer l'acte de reconnaissance; celui-ci reste à la disposition du public et par conséquent le but de la loi est sur ce point encore en partie manqué. Il n'était peut-être pas très utile pour quelques cas particuliers d'apporter cette exception à la règle nécessaire de la publicité des actes de l'état civil.

§ 2 - Force probante des actes de l'état civil.

Force probante des actes de l'état civil jusqu'à inscription de faux.

Les actes de l'état civil sont destinés à prouver l'état civil d'une personne, sa filiation par exemple, ou encore l'état d'époux, ou encore le décès ou la reconnaissance d'un enfant naturel. Ils sont destinés à servir de preuve; ils constituent ce qu'on appelle un système de preuves préconstituées.

Supposons donc qu'une personne se soit fait délivrer copie d'un acte de l'état civil et prétende s'en servir comme moyen de preuve. Quelle foi les juges à qui cet acte de naissance sera présenté devront-ils accorder à cette copie? La réponse nous est donnée dans l'art. 45 alinéa 2. "Les copies délivrées conformes au registre, portant en toutes lettres la date de leur délivrance et revêtues de la signature et du

Source : BIU Cujas

sceau de l'autorité qui les aura délivrées, feront foi jusqu'à inscription de faux". La loi en dit autant de l'extrait qui ne contient pas l'énumération de toutes les pièces.

Il y a dans ce texte tout à la fois une dérogation aux règles générales de la preuve et une application de ces règles générales.

I - Attribution de la même force probante aux copies qu'à l'original, pourvu qu'elles soient délivrées conformes.

Il y a dans ce texte tout d'abord une dérogation aux règles générales en matière de preuve. Cette dérogation consiste en ce que la copie d'un acte fera foi comme l'original. Or, c'est là une dérogation aux règles générales. L'article 1334 du Code civil décide en effet que lorsque le titre original subsiste, une simple copie ne suffit pas en cas de contestation à faire la preuve; la représentation du titre original peut toujours être exigée.

Voici un acte notarié par exemple, ou un acte sous seing privé qui constate un acte; une simple copie ne suffira pas à en faire la preuve. On pourra toujours exiger la représentation de l'original, de la minute du notaire ou de l'acte sous seing privé.

Or, il est dérogé à ce principe dans l'article 45 à propos des actes de l'état civil. Ici les copies ont la même force probante que l'original. Cela se comprend: si on avait appliqué l'article 1334 aux actes de l'état civil, si on avait décidé que seul l'original a force probante, en cas de contestation sur la copie, la production du registre lui-même aurait pu être toujours exigée. Cette production aurait présenté les plus graves inconvénients pratiques puisqu'il aurait fallu dans certains cas transporter les registres d'un tribunal à l'autre.

Voilà pourquoi la loi décide que la copie aura la même foi que l'original, la même force probante.

Pour plus de sûreté, la loi exige que la copie soit délivrée conforme. Evidemment, une erreur matérielle est possible; la copie a pu être délivrée non conforme à l'original. Une erreur de ce genre est facilement réparable. A supposer que la copie délivrée à la mairie, soit suspecte d'erreur, on a toujours la possibilité de se présenter au greffe et d'exiger une copie du même acte. Il est peu vraisemblable que la même erreur soit reproduite à la mairie et au greffe. La solution admise par la loi est sans inconvénients.

Par contre, l'article 45 ne fait qu'appliquer les règles générales de la preuve lorsqu'il décide que les copies délivrées conformes à l'original feront foi jusqu'à inscription de faux. Il s'agit ici purement et simplement de l'application d'une règle générale relative à la foi due aux actes authentiques, c'est

Source : BIU Cujas

dire aux actes rédigés par des officiers publics tels que les notaires, les huissiers, les greffiers ou les officiers de l'état civil.

Il est admis d'une façon générale que ceux qui entendent contester la véracité des mentions portées sur un acte authentique, mentions émanant de l'officier de l'état civil, doivent employer la procédure longue et coûteuse de l'inscription de faux, procédure qui est règlementée dans les articles 214 et suivants du Code de procédure.

Les actes authentiques en général font foi jusqu'à inscription de faux des énonciations par lesquelles l'officier public, notaire, huissier, ou officier de l'état civil, déclare avoir accompli telle formalité ou avoir fait telle constatation. Si l'on conteste la véracité des allégations de l'officier de l'état civil, il faut entrer dans la procédure d'inscription de faux; c'est une procédure longue et complexe, qui peut aboutir à une amende lorsque celui qui s'est inscrit en faux voit sa demande rejetée.

Lorsqu'il s'agit d'un simple acte sous seing privé, on peut toujours contester la véracité des énonciations qui y sont comprises sans entrer dans la procédure d'inscription de faux. S'il s'agit d'un acte authentique, on en peut faire la preuve contraire qu'à la condition de s'inscrire en faux au greffe.

Ce sont ces principes qui s'appliquent purement et simplement aux actes de l'état civil.

2. Des mentions auxquelles est attachée la force probante jusqu'à inscription de faux.

La copie délivrée conforme fait foi jusqu'à inscription de faux. Cependant, il ne faut pas généraliser ce principe et croire que toutes les énonciations d'un acte de l'état civil ont la même force probante. Parmi les énonciations d'un acte de l'état civil (ou de tout autre acte authentique d'ailleurs), il faut distinguer d'une part celles qui résultent du témoignage personnel de l'officier de l'état civil, des constatations qu'il a pu faire lui-même, et d'autre part celles qui résultent des déclarations des comparants, des déclarants, déclarations que l'officier de l'état civil a dû accepter sans être à même d'en vérifier personnellement l'exactitude. En un mot, il faut distinguer les affirmations personnelles de l'officier de l'état civil, qui déclare qu'à tel jour à telle heure, des personnes se sont présentées devant lui et lui ont déclaré une naissance ou un décès; ici, c'est une affirmation personnelle de l'officier de l'état civil; si l'on soutient que la déclaration de l'acte de l'état civil est inexacte, il faut s'inscire en faux; il s'agit ici d'une affirmation personnelle de l'officier de l'état civil. Si l'officier de

Distinction entre les attestations personnelles de l'officier de l'état civil et celles des autres personnes figurant à l'acte (foi pro-

Source : BIU Cujas

bante jusqu'à preuve contraire.

l'état civil déclare qu'il est s'est transporté auprès d'une personne décédée, qu'il a constaté le décès, il s'agit d'une affirmation personnelle de l'officier de l'état civil; si l'on soutient qu'il ne s'est pas transporté ou qu'il n'a pas constaté le décès, il faut s'inscrire en faux contre les affirmations de l'officier de l'état civil.

Par contre, les attestations des autres personnes qui figurent à l'acte sont crues simplement jusqu'à preuve contraire, sans qu'il soit nécessaire pour les combattre d'employer la procédure d'inscription de faux.

Par exemple, voici un individu qui se présente à l'état civil et déclare que tel jour à telle heure sa femme a mis au monde un fils ou une fille; l'officier de l'état civil aujourd'hui ne peut pas exiger que l'enfant lui soit représenté. Evidemment, il peut se renseigner, exiger un certificat médical; la loi n'exige pas qu'il fasse une constatation. Dans ces conditions-là, la déclaration faite par le père pourra être combattue par la preuve contraire.

En ce qui concerne l'identité des déclarants et des témoins, elle n'est crue que jusqu'à preuve contraire; l'officier de l'état civil n'a pas toujours les moyens matériels de constater cette identité.

Voici une autre constatation qui admet la preuve contraire sans inscription de faux; la date de la naissance ou du décès. Une personne se présente à l'état civil, déclare qu'à tel jour, à telle heure, sa femme a mis au monde un enfant. La date est peut-être inexacte L'officier de l'état civil n'avait pas les moyens de contrôler cette déclaration, il l'a enregistrée. On pourra la combattre ensuite sans recourir à la procédure d'inscription.

Mentions dépourvues de toute valeur.

Il est une troisième catégorie de mentions contenues dans un acte de l'état civil; celles-là sont absolument sans valeur, elles doivent être considérées comme inexistantes. Ce sont les mentions qu'il est interdit d'introduire dans un acte de l'état civil, notamment la mention d'une filiation adultérine. Si jamais un officier de l'état civil, contrairement à la loi, indiquait qu'une filiation est adultérine, la mention devrait être considérée comme non écrite, elle serait sans valeur.

§ 3 - Rectification des actes de l'état civil.

Erreurs dans un acte de l'état

Malgré toutes les précautions prises par la loi pour obtenir l'exactitude des faits relatés sur les

Source : BIU Cujas

ivil; rectifi- registres de l'état civil, il peut arriver que des
ation. Carac- erreurs soient commises volontairement ou involontai-
ère judiciaire rement dans les services de l'état civil. Un acte
le la rectifi- peut être incomplet, ou avoir omis une mention essen-
cation. tielle, par exemple l'heure et le jour de la naissance.
Un acte peut contenir une mention inexacte, une date erronée, ou un nom mal orthographié; ou encore, une erreur sur le sexe de l'enfant.

Cette rectification donne lieu à une procédure. En aucun cas, l'officier de l'état civil ne peut de lui-même ou sur requête des parties intéressées rectifier un acte de l'état civil; la rectification d'un acte de l'état civil doit être ordonnée par l'autorité judiciaire. Il n'y a donc que l'autorité judiciaire qui puisse ordonner la rectification d'un acte de l'état civil.

Rectifications par ordonnance du Président ou par jugement du tribunal.

Jusqu'à une loi du 20 Novembre 1919, une rectification ne pouvait être ordonnée que par le tribunal siégeant à trois juges. Pour une rectification de peu d'importance ou allant de soi, il fallait obtenir un jugement. Une loi du 20 novembre 1919 modifiant l'article 99 du Code civil a attribué compétence en principe, pour ordonner la rectification, au président du tribunal de l'arrondissement dans lequel l'acte a été dressé. On obtient ainsi plus rapidement et à moins de frais la rectification demandée.

Le président, d'ailleurs, n'est pas obligé de statuer lui-même; s'il estime que l'affaire a quelque importance, qu'elle mérite examen approfondi, il a toujours le droit de renvoyer l'affaire devant le tribunal. Le procureur de la République a la surveillance des actes de l'état civil; que la décision soit prise par le président ou qu'elle soit prise par le tribunal à qui le président a envoyé l'affaire, le procureur de la République doit être entendu dans ses conclusions.

Distinction entre l'action en rectification et d'autres actions touchant au fond mais aboutissant à une rectification

L'action en rectification d'un acte de l'état civil soulève en général une pure question de forme: nom mal orthographié, date inexacte, erreur sur le sexe de l'enfant. Il ne faut pas confondre l'action en rectification d'un acte de l'état civil avec d'autres actions qui peuvent aboutir, elles aussi, à une rectification des actes de l'état civil, mais qui en réalité soulèvent une question de fond, et notamment une question d'état.

Par exemple, un individu, a été déclaré à l'état civil comme né de père et mère inconnus. Son acte de l'état civil ne porte ni le nom de son père, ni le nom de sa mere. Cet individu prétend un jour qu'il est en réalité le fils d'une femme qui était mariée au moment de la naissance. La prétention qu'il émet cons-

Source : BIU Cujas

titue non pas une simple action en rectification d'un acte de l'état civil, mais une véritable action en réclamation d'état d'enfant légitime, qui est soumises à des règles de compétence différentes de celles que suppose une simple action en rectification de l'état civil. Cette action en réclamation d'état pourra aboutir finalement à une rectification de l'acte de naissance, si le tribunal reconnaît en effet que cet enfant est bien né de la femme mariée qu'il prétend être sa mère; on rectifiera en conséquence l'acte de l'état civil, mais en ce cas le principal ce n'est pas la rectification de l'acte, c'est la constatation de l'état d'une personne, c'est la réclamation d'état et les règles de preuve et de compétence sont tout à fait différentes.

Ne pas confondre non plus l'action en rectification qui suppose un acte existant sur les registres avec l'action en reconstitution d'un acte qui n'a jamais existé, ou qui a été détruit, et dont nous parlerons dans un prochain paragraphe.

Exercice de l'action par toute personne intéressée et par le ministère public.

Par qui peut être demandée la rectification d'un acte de l'état civil? Par toute personne intéressée. Par conséquent par la personne dont l'état est en question, qui peut faire rectifier son acte de naissance, la date de sa naissance par exemple, ou toute autre personne intéressée, par exemple, à contester l'orthographe d'un nom.

La question se posait autrefois de savoir si le ministère public pouvait agir en rectification de l'acte de l'état civil d'une personne. La jurisprudence reconnaissait au ministère public le droit d'agir en rectification toutes les fois que l'ordre public était intéressé; par exemple lorsqu'une question de service militaire se posait, par exemple un garçon ayant été déclaré comme étant du sexe féminin.

Aujourd'hui, plus de doute, l'article 99 admet implicitement que le procureur de la République peut agir en rectification d'un acte de l'état civil. L'article 99, alinéa 1, dit que lorsque la requête n'émanera pas du procureur de la République, elle devra être communiquée à celui-ci. Ce texte suppose que la requête en rectification peut émaner du procureur de la République.

Transcription du dispositif du jugement sur le registre de l'E.C. mention en marge.

Comment s'opère la rectification quand elle est ordonnée? L'article 101 décide que les ordonnances, jugements et arrêts portant rectification seront transmis immédiatement par le procureur de la République à l'officier de l'état civil du lieu où se trouve inscrit l'acte réformé. Leur dispositif est transcrit sur les registres. La transcription a lieu également sur

Source : BIU Cujas

registres déposés au greffe. En outre mention est faite en marge de l'acte rectifié.

L'acte n'est donc pas rectifié matériellement, on ne rature pas l'acte par exemple; on conserve l'acte tel qu'il a été rédigé, on inscrit sur le registre le dispositif du jugement, puis en marge de l'acte on fait une mention qui permet de se reporter à ce dispositif.

L'article 857 du Code de procédure décide que désormais l'acte ne sera plus délivré qu'avec les rectifications ordonnées. Par conséquent les officiers de l'état civil ou les greffiers ne pourront plus désormais délivrer une copie de l'acte qu'en tenant compte des rectifications.

Autorité relative des jugements de rectification

Voici maintenant une question qui est assez délicate: c'est la question de l'autorité du jugement de rectification. C'est un principe posé par l'art. 1351 du Code civil que les jugements n'ont d'autorité qu'entre ceux qui ont été parties à l'instance. Si un jugement décide que telle personne est propriétaire, il a autorité de chose jugée entre ceux qui ont été parties à l'acte, mais une autre personne qui n'aurait pas été partie à l'instance, qui prétendrait être propriétaire de cet immeuble notamment, pourrait très bien contester l'exactitude du jugement intervenu; le jugement n'a pas autorité de chose jugée à leur égard.

Que faut-il décider en ce qui concerne les jugements de rectification des actes de l'état civil? La réponse nous est donnée dans l'article 100 du Code civil. Ce texte décide que les ordonnances, jugements et arrêts portant rectification ne pourront dans aucun temps être opposés aux parties intéressées qui ne les auraient point requis ou qui n'y auraient pas été appelées. En un mot, le principe de l'autorité relative de la chose jugée s'applique aux jugements rectificatifs.

Exemple: une personne a obtenu d'un tribunal qu'un titre de noblesse ou la particule "de" soit inséré dans un acte de l'état civil. Cette personne aura généralement présenté requête au président, aura pu obtenir soit du président lui-même, soit du tribunal, la rectification de son acte, en conséquence, il n'y aura généralement pas eu de contradicteur. Par la suite, un membre d'une autre branche de la famille, ou une personne portant le même nom, qui n'aurait pas figuré à l'instance, soutient que la rectification a été opérée à tort, que le nom doit s'orthographier en un seul mot et non pas avec la particule "de", ou un membre de la famille soutient que le titre de comte ou de vicomte n'a pas le droit d'être porté par celui qui en a obtenu l'insertion. Du moment que ce protestataire n'a pas été partie à l'instance, il a parfaitement le droit de demander au tribunal de revenir sur

Source : BIU Cujas

sa décision.

Distinction entre la force probante de l'acte et l'autorité de la chose jugée.

Tel est le sens de l'article 100 du Code civil. Mais il ne faut pas confondre deux choses: la force probante de l'acte et l'autorité de la chose jugée. Au point de vue de la force probante, l'acte rectifié fait foi. L'article 857 du Code de procédure nous dit en effet qu'il ne pourra plus être délivré qu'avec la rectification. Donc, l'acte rectifié vaut vis-à-vis de tous. Mais toute personne qui aurait intérêt à contester cette rectification, à la faire supprimer, pourrait se pourvoir devant le tribunal pour obtenir que la rectification soit déclarée non avenue.

§ 4 - Des moyens destinés à suppléer à l'absence d'actes de l'état civil; des jugements déclaratifs de faits d'état civil.

Des cas où il peut être nécessaire de suppléer aux actes de l'état civil.

Dans le cas de rectification que nous venons d'étudier il existe un acte, mais un acte irrégulier; dans le cas que nous envisageons actuellement, au contraire, il n'existe pas d'acte de l'état civil.

Une personne, en effet, peut se trouver dans l'impossibilité de représenter un acte de l'état civil parce que cet acte n'existe pas. Cela peut arriver pour diverses causes matérielles: parce qu'il n'a pas été tenu dans une commune de registres de l'état civil; ou encore parce que les registres ont été perdus ou détruits; ou encore parce que l'officier de l'état civil a omis de rédiger un acte.

Dans une autre hypothèse qui est spéciale aux actes de décès, il peut y avoir impossibilité de représenter un acte de décès parce qu'il a été impossible d'en dresser un, faute de représentation du cadavre. Pour qu'un acte de décès puisse être rédigé, il est nécessaire, en effet, que l'officier de l'état civil ait la possibilité de constater le décès, par lui-même ou par un médecin.

Sera-t-il impossible à une personne de prouver une naissance, un mariage, un décès, une reconnaissance d'enfant naturel faute par elle de représenter l'acte qui n'existe pas? Grave problème, qu'il était absolument nécessaire de résoudre. Il serait bien dur d'interdire à une personne de prouver son état civil sous prétexte que l'acte n'a pas été rédigé, généralement par la faute de l'officier de l'état civil, ou sous prétexte que les registres ont été perdus.

Solutions fragmentaires du C.C. dispositions de lois spéciales.

La difficulté provient de ce qu'en notre matière le Code n'a pas posé de principes généraux; il s'est contenté d'admettre des solutions fragmentaires. De là la difficulté de savoir s'il y a un principe général

qui domine ces solutions fragmentaires. D'autre part, le Code n'avait pas prévu un certain nombre de questions: des lois postérieures sont venues modifier le Code ou sont restées en dehors du Code; nous avons en cette matière une abondance de textes qui augmente la difficulté de la question.

Hypothèses à ditinguer. I - Absence d'un acte quelconque de l'E.C. - Absence d'acte de décès faute d'avoir pu retrouver le corps.

Il faut distinguer deux hypothèses. D'abord le cas général, qui s'applique à la constatation de tous les faits d'état civil: mariage, naissance, décès, reconnaissance d'enfant naturel; il n'existe pas d'acte, soit parce que les registres ont été détruits ou perdus soit parce qu'il y a eu omission.

Deuxième hypothèse, cas spécial aux actes de décès c'est le cas où il n'a pas été possible de rédiger un acte de décès parce que le corps n'a pu être présenté à l'officier de l'état civil.

I - Impossibilité de représenter un acte. Cas où il en est ainsi. Art. 46 C.C.

I - Première hypothèse, le cas général: impossibilité de représenter un acte de l'état civil soit parce qu'il n'a pas été tenu d'état civil dans une commune, par exemple en période révolution ou de guerre, soit parce que les actes ont été détruits ou perdus, soit parce que l'officier de l'état civil a omis de rédiger un acte. Nous avons en cette matière un texte, mais qui n'envisage qu'un cas particulier: c'est l'article 46 du Code civil, qui décide que"lorsqu'il n'aura pas existé de registres, ou qu'ils seront perdus, la preuve des faits de l'état civil en sera reçue tant par titre que par témoins, et dans ce cas les mariages, naissances et décès pourront être prouvés tant par les registres et papiers émanés des père et mère décédés que par témoins".

Double preuve à faire pour obtenir un jugement suppléant l'acte.

Ce texte envisage deux cas: celui où il n'a pas été tenu de registres dans une commune, puis le cas plus pratique de perte des registres. Des registres ont été détruits par un incendie; le cas s'est présenté dans la dernière guerre; dans certaines communes, la mairie avait été détruite, et il se trouvait par malheur qu'au chef-lieu d'arrondissement le tribunal où étaient réunis tous les registres de l'état civil avait été incendié également; perte complète des registres, aussi bien dans la mairie qu'au tribunal. En pareil cas, l'article 46 décide que la preuve des mariages, naissances, décès, reconnaissances d'enfants naturels, pourra être faite autrement que par la représentation d'un acte de l'état civil. La personne intéressée s'adressera au tribunal; elle aura à faire une double preuve: 1° que les registres n'ont pas été tenus, ou qu'ils ont été perdus ou détruits; 2° le fait qui aurait dû être constaté par l'acte, la naissance, le mariage, le décès. Cette seconde preuve

Source : BIU Cujas

peut être faite, nous dit l'art. 46, tant par titre, c'est-à-dire par une preuve écrite quelconque, que par témoins. Par exemple le Code dans l'art. 46 nous cite comme titres les registres et papiers domestiques, les registres et papiers émanés des père et mère; mais l'énumération n'est pas limitative, un acte quelconque pourra servir de preuve. Ou encore la preuve pourra être faite par témoins.

Si le tribunal considère que la preuve est faite, il rend un jugement constatant le mariage, la naissance et le décès. Voilà un point certain. Mais quelle est la valeur de ce jugement? Suffit-il à remplacer l'acte de l'état civil?

Sur ce point on ne s'entend plus. Deux opinions s'affrontent.

1ère opinion : autorité relative; non transcription du jugement sur les registres de l'état civil; nécessité d'un nouveau jugement chaque fois que l'intéressé devra prouver le fait qui aurait dû être constaté par l'état civil.

D'après la <u>première opinion</u>, qui est soutenue par de nombreux auteurs, et non des moindres, Colin et Capitant, Josserand, le jugement qui intervient dans les conditions prévues par l'article 46 n'a d'autorité que pour l'instance et entre les personnes figurant à cette instance. C'est à l'occasion d'un procès qu'il a été nécessaire de démontrer une naissance ou un décès; le jugement qui constatera cette naissance ou ce décès n'aura d'autorité qu'entre les personnes qui étaient parties à l'instance. C'est l'application pure et simple en cette matière du principe de l'autorité relative de la chose jugée, dont nous avons vu l'application à l'action en rectification des actes de l'état civil. Ici la solution est exacte. Un jugement n'a en général, sauf exceptions, d'autorité qu'entre les parties à l'instance. Voilà donc un point qui paraît devoir être mis hors de doute.

Mais ces auteurs, ou certains d'entre eux, aboutissent à une autre conséquence. Ils considèrent que le jugement qui interviendra dans les conditions de l'article 46 et qui constatera ce fait d'état civil, ce jugement ne tiendra pas lieu désormais d'acte de naissance, de mariage ou de décès. Il restera un simple jugement dont la minute demeurera au greffe du tribunal. Mais ce jugement n'aura pas à être transcrit sur les registres de l'état civil; en un mot, ce jugement ne tiendra pas lieu d'acte de l'état civil. Si bien que toutes les fois que la personne intéressée aura besoin de démontrer le fait d'état civil, mariage, naissance ou décès, il faudra obtenir chaque fois un nouveau jugement, on aperçoit tout de suite quelle gêne cela peut être dans la vie pratique et à quels frais tout cela peut mener. Il est fort malheureux que les registres aient été détruits ou perdus, ou que le service de l'état civil ait été déficient dans

Source : BIU Cujas

une commune; tant pis pour ceux qui sont victimes de cette situation; chaque fois qu'ils auront besoin de prouver un fait d'état civil il leur faudra obtenir un jugement.

2ème opinion: autorité relative du jugement; mais transcription de celui-ci sur les registres pour tenir lieu d'acte de l'état civil.

Cette solution parait bien critiquable. Il parait donc préférable de reconnaître à l'autorité judiciaire le pouvoir de constater un fait d'état civil toutes les fois qu'il n'a pas été rédigé d'acte ou que l'acte a été perdu. Il y a à cela une raison pratique : c'est qu'on évite ainsi à la personne intéressée de demander chaque fois un jugement, par conséquent de supporter les frais d'obtention d'un jugement.

Il y a aussi une raison juridique. Nous avons vu que l'état civil est un service organisé sous le contrôle de l'autorité judiciaire. Par conséquent, à notre avis, toutes les fois que l'état civil est déficient, que les registres n'ont pas été tenus ou qu'ils ont été perdus, il faut reconnaître à l'autorité judiciaire le pouvoir de se substituer au service de l'état civil et de rendre des jugements qui remplaceront les actes de l'état civil inexistants. C'est absolument nécessaire, parce que le service de l'état civil est un service d'intérêt général. Il est non seulement de l'intérêt particulier de chaque personne qu'elle puisse démontrer les faits de l'état civil susceptibles de l'intéresser, mais il est encore nécessaire que l'état civil de toute personne puisse être connu des tiers. Donc, toutes les fois que les registres n'ont pas été tenus ou qu'ils ont été perdus ou détruits, il faut admettre que l'autorité judiciaire puisse rendre des jugements qui tiennent lieu d'actes de l'état civil.

Ces jugements - et c'est en cela que l'opinion précédente est critiquable - devront être transcrits sur les registres de l'état civil et le cas échéant une copie pourra en être délivrée à tout requérant. On voit en quoi l'opinion que nous soutenons diffère de l'opinion précédente. Certes le jugement qui interviendra n'aura d'autorité qu'entre les parties, mais par contre la partie intéressé pourra demander au tribunal d'ordonner que ce jugement soit transcrit sur les registres de l'état civil.

Bien plus, nous pensons qu'en dehors de tout litige, la personne dont l'état civil n'a pas été constaté pourra saisir le tribunal, lui demander de rendre un jugement constatant le fait et ordonnant la transcription du dispositif de ce jugement sur le registre de l'état civil.

Cette solution parait s'imposer. L'autorité judiciaire doit suppléer à l'absence d'actes de l'état civil. Les jugements seront transcrits sur les registres de l'état civil et des copies pourront en être

Source : BIU Cujas

délivrées. Ces copies auront la force probante des actes de l'état civil. De même que l'exactitude d'un fait relaté dans un acte de l'état civil peut être contesté par tout intéressé, de même une personne pourra contester le fait qui aura été constaté par le jugement. Si les juges estiment qu'il y a eu erreur, ils pourront reformer leur jugement, mais généralement, les juges se seront entourés de tant de précautions que les chances d'erreur seront des plus minimes, et les contestations seront rares.

Ce système permet de restituer aux personnes intéressées un véritable état civil.

Extension de la solution de l'a 46 aux cas de lacération des registres ou l'omission d'un acte.

Mais l'article 46 n'envisage que deux hypothèses 1) il n'a pas été tenu de registres de l'état civil; 2) les registres ont été détruits ou perdus. Ce sont les deux seuls cas prévus par le texte. Or, l'impossibilité de représenter un acte de l'état civil peut tenir à d'autres circonstances, et dès lors la question s'est posée de savoir si la disposition de l'article 46 peut être étendue à tous autres cas dans lesquels il y a impossibilité de représenter un acte de l'état civil.

Sur ce point, on discute encore. Certains auteurs considèrent que l'article 46 est un texte exceptionnel, dont les dispositions ne peuvent être étendues. Cependant, ces auteurs admettent la possibilité d'appliquer l'article 46 dans un cas particulier: lorsque le registre a été lacéré, en un mot lorsqu'un feuillet à disparu. Ici le registre existe, il a été tenu, mais une feuillet a disparu et c'est celui qui contenait l'acte de l'état civil. En pareil cas, on n'hésite pas à étendre la règle de l'article 46.

Mais nous arrivons à une troisième hypothèse, beaucoup plus délicate c'est l'hypothèse où un acte isolé a été omis. Les registres ont été régulièrement tenus; ces registres n'ont été ni détruits, ni perdus, mais on s'aperçoit qu'un fait d'état civil, une naissance, un mariage ou un décès n'a pas été porté sur le registre à la date où il aurait dû y figurer. Une personne, par exemple, demande à l'état civil la délivrance d'un acte de décès; on s'aperçoit qu'à la date du décès aucun acte ne figure au registre. Pourquoi ce décès ne figure-t-il pas sur les registres de l'état civil? Cela peut tenir à une erreur du service de l'état civil; un employé négligent, ou un maire de campagne dans une commune rurale, a oublié purement et simplement d'inscrire l'acte; ou bien la déclaration n'a pas été faite.

Le cas peut se présenter encore dans une autre hypothèse tout à fait voisine. C'est le cas où un acte

Source : BIU Cujas

a été dressé mais est entaché de nullité. Tout se passe comme si cet acte n'existait pas. L'acte est nul, il a été dressé par un officier de l'état civil incompétent, ou il a été rédigé sur une feuille volante; dans ce cas, comme dans le précédent où il y a omission d'un acte isolé, la question se pose de savoir le fait d'état civil, mariage naissance, décès peut être prouvé par titres ou par témoins, conformément à l'article 46. L'article 46 ne vise pas cette hypothèse mais peut-on étendre la disposition de l'article 46 aux cas que nous envisagions, omission d'un acte isolé ou acte nul? Peut-on admettre qu'on puisse prouver par témoins le fait d'état civil qu'il s'agit de démontrer?

Solution de l'art. 55 pour le cas de déclaration tardive d'une naissance

Il y a un point certain: c'est qu'on peut obtenir du tribunal la constatation d'une naissance lorsque l'acte a été omis ou lorsque la naissance n'a pas été déclarée dans le délai légal. L'article 55, alinéa 2, décide que lorsqu'une naissance n'aura pas été déclarée dans le délai légal, l'officier de l'état civil ne pourra la relater sur ses registres qu'en vertu d'un jugement rendu par le tribunal de l'arrondissement dans lequel est né l'enfant, et mention sommaire sera faite en marge de la date de la naissance.

Ce texte envisage les deux hypothèses que nous considérons: le cas où l'acte a été omis pour une raison ou pour une autre, et le cas où la déclaration n'a pas été faite. En pareil cas, toute personne intéressée peut s'adresser au tribunal, lui demander de rendre un jugement constatant la naissance; ce jugement ordonnera que son dispositif sera transcrit sur les registres de l'état civil, à la date du jugement, et mention sera faite en marge du registre de l'état civil à la date où l'acte aurait dû figurer. Le jugement va tenir lieu d'acte d'état civil; il figurera sur les registres. Nous avons ici une solution certaine.

Mais pour les autres actes, actes de mariage, actes de décès, reconnaissances d'enfants naturels, à supposer que l'acte ait été omis ou qu'aucune déclaration n'ait été faite, est-ce que nous pouvons admettre que le fait d'état civil puisse être constaté par témoins et puisse faire l'objet d'un jugement déclaratif de fait d'état civil?

Beaucoup d'auteurs admettent la négative. Ils font remarquer à l'appui de cette solution d'abord que l'article 46 ne vise pas l'omission d'un acte isolé. Ils ajoutent qu'admettre en pareil cas la preuve par témoins aboutirait à décider que les actes de l'état civil peuvent toujours être prouvés par témoins, ce qui est contraire à l'esprit de la loi; on encouragerai

Source : BIU Cujas

par ce moyen des fraudes.

Malgré tout, nous estimons avec beaucoup d'auteurs et avec la jurisprudence qu'ici encore, et en vertu d'un principe général, à savoir que l'autorité judiciaire a la mission de suppléer les actes de l'état civil inexistants, il est possible, même dans cette hypothèse, d'obtenir du tribunal un jugement constatant le fait à démontrer. Le dispositif de ce jugement sera transcrit sur les registres de l'état civil, et désormais des copies pourront en être délivrées.

Evidemment, les tribunaux devront ici s'entourer de précautions, parce que des fraudes sont possibles. Il faudra démontrer d'abord que l'acte a été omis. Par exemple, dans le cas où un acte de décès avait été omis, on a pu reconstituer l'acte de l'état civil parce que le demandeur pouvait représenter le permis d'inhumer qui avait été délivré par le maire; en ce cas il n'y avait pas de difficulté. Il faut démontrer qu'une déclaration avait été faite et que l'acte a été omis Tel mariage a été célébré, telle naissance a eu lieu, mais l'acte a été omis. Ensuite, il faudra démontrer le fait par titres ou par témoins.

Cependant, ici encore une difficulté de détail, en ce qui concerne le mariage. Pour la naissance, pas de difficultés, nous avons l'article 55. Pour le décès il faut admettre qu'on puisse rendre un jugement qui constate ce décès et qui tiendra lieu d'acte de l'état civil. Mais en ce qui concerne le mariage il y a une difficulté particulière. Elle résulte du texte de l'article 194, aux termes duquel nul ne peut réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage s'il ne représente pas un acte de célébration inscrit sur le registre de célébration du mariage, registre de l'état civil, sauf des cas prévus par l'article 46.

D'après ce texte, la preuve d'un mariage ne peut être faite qu'à l'aide d'un acte de célébration. La loi n'admet pas que la possession d'état puisse constituer une preuve suffisante du mariage; il faut présenter un acte de célébration. Or, dans l'hypothèse que nous envisageons, il n'y a pas d'acte de célébration. Peut-on admettre qu'un mariage puisse être prouvé par tous moyens, sous prétexte que l'acte de célébration a été omis?

Certains auteurs ne l'admettent pas. Ils considèrent qu'ici l'omission est irrémédiable. Ce n'est pas notre avis, d'autant plus que l'article 194 apporte une exception à son principe: "sauf les cas prévus par l'article 46". Nous sommes bien ici dans un des cas où il y a impossibilité de représenter un acte de l'état civil. Par conséquent, du moment que

Source : BIU Cujas

l'on prouve que la célébration a eu lieu, l'article 194 ne s'oppose nullement à ce que ce fait soit constaté par un jugement que ce jugement tienne lieu d'acte de l'état civil.

De l'hypothèse où une personne ignore le lieu ou a été dressé l'acte de l'E C Inapplication de l'art. 46.

Nous n'en avons pas fini avec les difficultés. Il faut maintenant envisager une autre hypothèse, dans laquelle, semble-t-il, l'article 46 ne peut plus s'appliquer; ici il n'est plus question ni d'inexistence de registres, ni de perte de registres; les registres ont été tenus, ils ne sont pas perdus, on n'invoque pas l'omission d'un acte isolé; mais une personne est dans l'impossibilité de représenter un acte de l'état civil parce qu'elle ignore en quel lieu cet acte a été dress La pratique nous révèle qu'il y a des personnes qui ignorent le lieu de leur naissance; d'autres ignorent le lieu où leurs père et mère se sont mariés; la même ignorance peut se présenter pour un acte de décès. Or, ces personnes peuvent être amenées dans certaines conditions, à l'occasion d'un mariage ou dans toute autre circonstance, à présenter un acte de l'état civil; elles sont hors d'état de le faire. Les recherches sont extrêmement difficiles. Est-il possible en pareil cas prouver le fait par témoins, de faire rendre un jugement par le tribunal constatant la naissance, le mariage ou le décès? En principe, non: nous sommes ici tout à fait en dehors du domaine de l'article 46, qui prévoit que l'acte ne peut être représenté parce qu'il n'existe pas. Or, ici l'acte existe quelque part; l'article 46 ne s'applique plus.

Solutions particulières données par la loi en matière de filiation légitime et de mariage; rôle de la possession d'état - acte de notoriété.

Néanmoins, la loi est venue dans certains cas au secours des personnes qui se trouvent dans cette situation, notamment en matière de filiation légitime. L'article 319 décide que la filiation des enfants légitimes se prouve par leur acte de naissance; mais l'article 320 ajoute que, à défaut de ce titre, la possession constante de l'état d'enfant légitime suffit. Par conséquent, on se contentera d'ici de la possession d'état d'enfant légitime. Les personnes pourront démontrer que l'individu a toujours porté le nom de son père, que le père l'a traité comme son enfant, qu'il a été reconnu constamment comme tel dans la société.

De même en matière de mariage. L'art. 197, qui sera étudié plus tard, se place dans le cas où un enfant est dans l'impossibilité de prouver sa légitimité parce qu'il ignore le lieu où ses parents se sont mariés; il est hors d'état de représenter l'acte de mariage de ses parents. L'article 197 décide qu'en pareil cas, et à la condition que les parents soient

Source : BIU Cujas

décédés, la légitimité des enfants peut être prouvée par la possession d'état, à la condition que celle-ci ne soit pas contredite par l'acte de leur naissance.

Enfin, la loi est venue au secours des personnes qui, voulant se marier, sont dans l'impossibilité de représenter leur acte de naissance, parce qu'elles ignorent le lieu de leur naissance; or, pour se marier il est absolument nécessaire de présenter un acte de naissance, et un acte de naissance délivré depuis trois mois maximum. L'article 71 du Code civil décide que celui des futurs époux qui serait dans l'impossibilité de se procurer cet acte pourra le suppléer, en rapportant un acte de notoriété délivré par le juge de paix du domicile.

Situation de l'individu qui ignore son état civil. Constitution judiciaire d'un e.c. provisoire.

Signalons une dernière hypothèse, qui s'est présentée en pratique, bien qu'elle soit tout à fait exceptionnelle. Elle se rattache au cas précédent (acte de l'état civil qu'il est impossible de découvrir). C'est le cas de la personne qui est complètement dépourvue d'état civil parce qu'on ignore son origine. Il s'agit de personnes dont on ne connaît, ni la date, ni le lieu de naissance, ni la filiation. Par exemple, un enfant trouvé, qui n'est pas un enfant nouveau-né. Dans une espèce il s'agissait d'un enfant abandonné à l'âge d'environ 10 ans, et qui était dans l'impossibilité absolue de donner des renseignements sur son état civil, sur le lieu de sa naissance, ni sur ses parents

Dans un autre cas plus curieux encore, il s'agissait d'un jeune homme qui avait été abandonné alors qu'il avait deux ou trois jours dans un port anglais; il avait été remis par une femme à une autre femme, puis remis à une autre personne qui se disait son oncle; il était absolument dans l'impossibilité de connaître quel était son état civil. Or, une succession s'était ouverte, il avait reçu un legs. Les héritiers du testateurs consentaient à lui délivrer le legs, mais ils exigeaient qu'il justifiât de son identité, Il était dans l'impossibilité absolue de le faire. Or, ce jeune homme avait fait des études supérieurs, il avait été dans différents collèges anglais; il se trouvait dans un institut supérieur de Grenoble au moment où la question s'est présentée. Comment en pareil cas se tirer d'affaire? Ces individus sans état civil, lorsqu'ils veulent entrer dans une carrière, passer un examen, établir leur nationalité, se marier, recueillir une succession, sont en quelque sorte hors la loi. La jurisprudence admet que le tribunal du domicile puisse créer à ces personnes un état civil provisoire, par un jugement qui est transcrit sur les

Source : BIU Cujas

registres de l'état civil, et qui jouera le même rôle qu'un procès-verbal de découverte d'enfant nouveau-né.

Si c'est un nouveau-né, on peut dresser un procès-verbal de découverte, mais pour un enfant qui n'est pas un nouveau-né on ne peut plus dresser de procès-verbal de découverte; il n'y a qu'un moyen, c'est qu'un tribunal dresse un état civil provisoire. Le jugement sera transcrit sur les registres de l'état civil et indiquera l'identité de la personne. Si l'acte de naissance est découvert par la suite, le tribunal annulera la transcription ainsi faite. (Voir le jugement du tribunal de Grenoble 3 Mars 1931, Sirey, 1931, II, 215, et plusieurs arrêts de la Cour de Paris relatifs à d'autres affaires, Paris 3 Novembre 1927; et d'autres décisions au Dalloz, 1930, II, 25).

Reconstitution administrative des actes de l'E. C. en cas de destruction dans un cataclysme des deux originaux. Lois de 1872 et 1923

Reste enfin à signaler que dans le cas où des registres de l'état civil d'une commune ont disparu entièrement par suite d'un cataclysme, comme il s'en est produit au cours de la dernière guerre, la mairie ayant été incendiée et le palais de justice de l'arrondissement ayant été lui-même détruit, la loi s'est efforcée de subvenir à l'impossibilité de représenter des actes de l'état civil. Evidemment, on pouvait s'en tenir à l'article 46, c'est-à-dire exiger que toute personne demandât au tribunal la reconstitution de son état civil; seulement beaucoup de personnes auraient négligé de le faire ou n'auraient pas voulu assumer les frais d'une procédure. C'est pourquoi, lorsqu'à la suite de certaines catastrophes l'état civil d'une ou de plusieurs communes a été entièrement détruit, le législateur a pris des mesures pour arriver à une reconstitution administrative des actes de l'état civil. C'est ce qui s'est produit pour la reconstitution des registres qui avaient été détruits pendant la Commune à Paris. Une loi du 12 Février 1872 a institué une procédure de reconstitution administrative des actes de l'état civil.

De même, à la suite de la guerre de 1914, une loi du 15 Décembre 1923 a ordonné la reconstitution des actes et des archives détruits dans les départements par suite d'évènements de guerre. L'article 1 de cette loi dispose: "Les actes de l'état civil dont les deux originaux ont été détruits par suite de la guerre seront reconstitués dans leurs éléments essentiels. Cette reconstitution sera effectuée obligatoirement en ce qui concerne les actes postérieurs à l'année 1859; pour les actes antérieurs, à la demande des intéressés. Elle aura lieu: 1° d'après les extraits authentiques desdits actes (ceux qui avaient une expédition de leur

Source : BIU Cujas

acte de naissance ou de leur acte de mariage n'avaient qu'à produire cette copie); 2° sur les déclarations des personnes intéressées ou les témoignages des tiers et au vu de documents présentés à l'appui, tels que livrets de famille; 3° d'après les registres tenus par les ministres des différents cultes, les registres des hôpitaux et des cimetières, les tables de décès dressées par la Régie de l'Enregistrement, les documents des préfectures, des tribunaux, des mairies, de l'Administration de l'Instruction publique, des bureaux de recrutement, de l'Office de statistique générale de la France, ainsi que de toutes les pièces qui peuvent reproduire la substance des actes de l'état civil. La communication provisoire de tous registres, documents ou pièces pourra être exigée par la Commission".

II- Du cas ou faute de pouvoir présenter le cadavre à l'officier de l'état civil l'acte de décès n'a pu être dressé. Silence du C.C. Nécessité de recourir à la procédure d'absence.

Nous abordons maintenant un autre cas. Nous venons d'étudier le cas le plus général; c'est celui où il y a impossibilité de représenter un acte de l'état civil quelconque, pour cause d'inexistence des registres, de perte des registres ou d'omission d'un acte isolé.

Nous arrivons maintenant à un cas spécial, cas spécial aux actes de décès. C'est l'hypothèse où il n'a pas été possible de dresser un acte de décès parce que le corps de la personne n'a pu être présenté à l'officier de l'état civil, n'a pas pu être retrouvé. C'est une hypothèse quelque peu différente de la précédente. Les registres existent, ils n'ont pas été détruits, on ne peut pas dire qu'il y ait omission d'un acte isolé; il y a certitude que l'acte n'a pas été dressé. L'officier de l'état civil, en effet, ne peut rédiger un acte de décès, qu'après s'être transporté auprès de la personne décédée et avoir constaté le décès. Or, dans l'hypothèse que nous examinons, il y a impossibilité de constater le décès, le corps n'a pu être retrouvé.

Par exemple, une personne périt dans un incendie, dans un éboulement, dans une catastrophe maritime, dans un combat, et l'on ne peut retrouver le corps. Il n'y a aucun doute, nous le supposons, sur la réalité du fait; on a vu la personne tomber à l'eau par exemple, ou la personne se trouvait certainement dans le magasin incendié. Mais comme l'officier de l'état civil ne peut dresser d'acte de décès que sur la présentation du cadavre, il lui est impossible en pareil cas de rédiger cet acte de décès.

Le Code civil n'avait pas prévu cette hypothèse. Sous l'empire du Code civil, il n'y avait qu'un moyen qui s'offrait aux personnes intéressées, c'était de

Source : BIU Cujas

faire déclarer l'absence de la personne, mais c'était là un moyen tout à fait insuffisant.

La notion juridique de l'absence. Eléments constitutifs

Qu'est-ce que l'absence? Le mot "absence" a dans notre droit une signification technique tout à fait différente de celle qui lui est donnée dans le langage courant. Lorsque nous disons dans la conversation qu'une personne est absente de son domicile, cela veut dire qu'elle est sortie ou en voyage, et nullement qu'il existe une incertitude sur son sort. C'est ce que l'on appelle en droit la non-présence.

Dans notre droit, au contraire, l'absent c'est, suivant la définition d'Aubry et Rau celui qui a disparu de son domicile ou de sa résidence habituelle et dont l'existence est devenue incertaine par suite du défaut de nouvelles depuis un temps plus ou moins prolongé. C'est la personne dont l'existence est incertaine. Deux faits constituent l'absence: I° la disparition d'une personne de son domicile ou résidence habituelle; 2° l'incertitude sur la vie ou la mort de cette personne.

L'absence, tout en étant assez rare, n'est pas chose inconnue de la pratique, loin de là. Il arrive qu'une personne disparaisse de son domicile sans laisser de trace, soit en réalité parce qu'elle est morte accidentellement, ou à la suite d'un suicide ou d'un crime, et que l'on n'a pas retrouvé son cadavre, soit aussi parce que cette personne se trouve ailleurs, laisse ignorer sa nouvelle résidence et juge bon de rompre définitivement avec les siens; en particulier les guerres ont toujours donné lieu à de nombreux cas d'absence, de disparitions, soit que le militaire soit mort et qu'on n'ait pas retrouvé son corps, soit qu'il y ait eu une désertion. Cela explique les textes très nombreux que le Code civil consacre au régime de l'absence dans les articles II2 et suivants.

L'absence soulève des questions fort graves. Que va-t-il advenir des biens que l'absent a laissés en souffrances? Quelle va être la situation des membres de sa famille, de son conjoint et de ses enfants?

Etudions donc les grandes lignes de notre législation sur l'absence.

Système légal de l'absence: incertitude sur la vie ou la mort de l'absent. Conséquences quant à son mariage

Notre loi part en cette matière d'une conception assez spéciale et qui n'est pas exempte de critiques, conception qui aboutit dans une certaine mesure à des conséquences ridicules.

A aucune époque, le Code ne considère d'une manière absolue l'absent soit comme vivant, soit comme décédé. Le Code considère toujours l'absent comme un individu dont l'existence est incertaine. L'absence

Source : BIU Cujas

et aux successions ouvertes à son profit.

durerait-elle depuis cent ans et davantage qu'à aucun moment la loi ne déclare cette personne décédée.

C'est là un système qui aboutit à des conséquences particulièrement graves, dont certaines frisent l'absurdité. C'est ainsi que le mariage de l'absent n'est jamais considéré comme dissous; le conjoint du disparu ne peut donc pas se remarier. C'est ainsi encore que si l'absent est appelé à une succession, comme le droit de succéder n'appartient qu'à une personne vivante et que la preuve de l'existence ne peut être faite, la succession est dévolue comme si l'absent n'existait pas. Ainsi l'absent n'est pas considéré comme mort, donc son conjoint ne peut pas se remarier, mais l'absent n'est pas considéré comme vivant, donc une succession ne peut pas lui être dévolue.

Régime des biens de l'absent. Trois périodes

En ce qui concerne les biens que l'absent a laissés en souffrance, comme on ne pouvait tout de même les laisser complètement à l'abandon, la loi a pris des mesures, mais elle ne le fait qu'avec une grande prudence, une extrême timidité, voulant réserver les droits de l'absent dans le cas où jamais il viendrait à reparaître.

La loi part de ce point de vue qu'à mesure que le temps s'écoule les chances de mort l'emportent sur les chances de vie; mais jamais la loi n'aboutit à la conclusion finale: l'absent est décédé.

I. Présomption d'absence; mesures conservatoires.

La loi distingue à ce point de vue trois périodes.

Dans une première période, que l'on appelle présomption d'absence, qui commence à dater de la disparition ou de la réception des dernières nouvelles, et qui dure cinq ou onze ans - cinq ans si l'absent n'avait pas laissé de procuration et onze ans s'il avait laissé une procuration (cette dernière circonstance manifeste l'intention qu'avait la personne de s'absenter pendant une longue période) l'absent est considéré plutôt comme vivant que mort; les chances de vie l'emportent sur les chances de décès. On prend simplement des mesures conservatoires de son patrimoine, sans que ses héritiers puissent entrer en possession de ses biens.

2. Déclaration d'absence - Envoi des héritiers en possession provisoire.

Après cinq ou onze ans, suivant les cas, une seconde période s'ouvre. La loi considère que cette fois les chances d'existence ont diminué; les personnes intéressées peuvent faire prononcer par la justice, après enquête, la déclaration d'absence. En conséquence, les héritiers de l'absent peuvent se faire envoyer en possession provisoire des biens de l'absent, la loi leur imposant des garanties pour la restitution des biens à l'absent, si jamais il vient à reparaître.

L'article 115 du Code civil dit en effet que la posses-

Source : BIU Cujas

sion provisoire ne sera qu'un dépôt; les envoyés en possession provisoire sont considérés comme de simples dépositaires; ils pourront bien administrer les biens de l'absent, mais ils n'auront pas le droit de les aliéner; ils n'en sont pas propriétaires véritablement. Cette seconde période dure trente ans, ou moins s'il s'est écoulé cent ans révolus depuis la naissance de l'absent.

3. Envoi en possession définitif

A l'extiration de ce délai de trent ans qui peut être réduit si l'absent avait cent ans, la loi considère que les chances de mort l'emportent : l'envoi en possession provisoire est converti en envoi en possession définitif, qui confère aux intéressés la propriété des biens de l'absent. Ils peuvent aliéner cette fois. Mais la loi prend encore des précautions; elle décide que cette propriété n'est que conditionnelle, et toujours subordonnée au retour éventuel de l'absent; si jamais l'absent reparaît, il faudra lui restituer au moins ce qui reste des biens.

Tel est le régime de l'absence dans le Code Civil.

A côté de ce régime du Code Civil, il est intéressant d'indiquer le régime admis par le Code civil allemand. Du moment qu'une personne a été absente de son domicile pendant un certain délai, qui varie mais qui est en général de dix ans, le tribunal est autorisé à déclarer purement et simplement le décès de cette personne.

Le Code civil de 1804 ne connait que deux solutions; ou bien le décès d'une personne est prouvé, ce qui arrive dans la majorité des cas, et un acte de décès est dressé; ou bien, le cadavre ne pouvant être présenté à l'officier de l'état civil, on est dans le cas d'absence. Il fallait alors observer la procédure et observer les délais fixés par la loi. Régime évidemment défectueux. Il est, en effet, un grand nombre de cas intermédiaires entre celui où le décès est certain le cadavre ayant été représenté à l'officier de l'état civil, et la véritable incertitude sur le sort d'une personne. Il s'agit de cas dans lesquels, sans que le corps soit représenté, on a cependant la certitude du décès d'une personne, parce que l'on peut établir que celle-ci a été exposée à un péril de mort certain et déterminé.

Législation fragmentaire pour les cas où malgré la certitude du décès il n'a pu être dressé

En somme, trois situations sont possibles: le corps existe, il est présenté à l'officier de l'état civil; autre hypothèse extrême, il y a incertitude absolue; puis, hypothèse intermédiaire, il est démontré qu'une personne a été exposée à un péril de mort déterminé; c'est le cas de la personne qui tombe à

Source : BIU Cujas

sé d'acte de décès. Le jugement déclaratif de décès.

l'eau devant témoins et dont on n'a pu retrouver le corps. C'est le cas de la personne qui, dans un voyage maritime, se trouvait sur un bateau qui a sombré. C'est le cas de la personne qui se trouvait dans une galerie de mines au moment d'un coup de grisou; c'est le cas de la personne qui se trouvait dans un local incendié et dont on n'a pu retrouver le cadavre.

Pour toutes ces personnes, il fallait suivre la procédure de l'absence sous le régime du Code civil. Malgré la certitude que la personne était décédée, ses héritiers ne pouvaient obtenir l'envoi en possession de ces biens qu'après un long délai; son conjoint ne pouvait pas se remarier, etc...

Fort heureusement, des textes postérieurs au Code civil sont venus combler, en partie tout au moins, cette lacune. Mais, comme il arrive souvent en France, on a procédé en cette matière par voie de dispositions fragmentaires, c'est-à-dire de dispositions édictées pour des cas déterminés. Il aurait fallu poser un principe général. En voici un exemple; c'est ce que décide le Code suisse dans son article 34: " Le décès d'une "personne dont le corps n'a pas été retrouvé est consi- "déré comme établi lorsque cette personne a disparu "dans des circonstances telles que sa mort doit être "tenue pour certaine". Voilà un principe général et qui ne soulève aucune difficulté. Au contraire, en France, on a procédé par voie de dispositions fragmentaires édictées pour des cas particuliers. Dès lors, va se poser inévitablement la question de savoir s'il faut généraliser et appliquer le système du jugement déclaratif de décès à tous les autres cas, même non prévus par la loi.

Voyons les textes que nous possédons. Dans tous ces cas, la loi permet de suppléer à l'absence de décès en obtenant la constatation du décès par jugement, jugement qui tiendra lieu d'acte de décès; c'est le jugement déclaratif de décès.

Décret de 1813 pour les accidents de mines

Le premier texte à citer est un décret du 3 Janvier 1813, en matière d'exploitation des mines. L'article 19 de ce texte décide que lorsqu'il y aura impossibilité de parvenir jusqu'au lieu où se trouvent les corps des ouvriers qui auront péri dans les travaux (coup de grisou, éboulement) les exploitants, directeurs et autres ayants-cause seront tenus de faire constater cette circonstance par le maire ou autre officier public, qui en dressera procès-verbal et transmettra au procureur impérial à la diligence duquel et sur l'autorisation du tribunal cet acte sera annexé au registre de l'état civil. Donc, en pareil cas, le maire dresse un procès-verbal qui est transmis au procureur général

Source : BIU Cujas

lequel requiert du tribunal la constatation de l'exactitude du fait et ordonne que le procès-verbal de disparition sera annexé au registre de l'état civil; il tiendra lieu d'acte de décès.

Loi de 1893: disparition individuelle ou collective en mer.

Voici maintenant d'autres textes qui datent d'une loi du 8 Juin 1893, et qui ont modifié les articles 87 et suivants du Code civil.

C'est d'abord l'article 87, qui se place dans le cas où une personne se trouvant sur un navire, bâtiment de l'Etat ou autre, tombe à l'eau sans que son corps puisse être retrouvé; accident individuel. En pareil cas, il doit être dressé un procès-verbal de disparition par l'autorité qui à bord est chargée des fonctions d'officier de l'état civil. Ce procès-verbal est transmis au ministère de la marine; il doit être ensuite transcrit sur les registres de l'état civil du dernier domicile, et il tient lieu d'acte de décès.

L'article 88 envisage le cas où un bâtiment a fait naufrage. L'article 88 dit qu'en cas de présomption de perte totale d'un bâtiment (ou de disparition d'une partie de l'équipage ou des passagers, s'il n'a pas été possible de dresser les procès-verbaux de disparition) il sera rendu par le ministre de la Marine, après une enquête administrative et sans formes spéciales, une décision déclarant la présomption de perte du bâtiment ou la disparition de tout ou partie de l'équipage ou des passagers. Le Ministre de la Marine transmet cette décision au procureur général du ressort du port d'armement du bâtiment; le procureur général peut alors requérir du tribunal un jugement collectif qui constate le décès de toutes les personnes qui étaient sur ce bâtiment, ou de toutes les personnes disparues. Ce jugement collectif est transcrit sur les registres de l'état civil du port d'armement; il peut en être délivré des extraits individuels. L'article 92, in fine, décide que les jugements déclaratifs de décès tiendront lieu d'actes de l'état civil et seront opposables aux tiers dans les mêmes conditions que les actes de l'état civil.

Décès de militaires en expédition outre mer

L'article 89 prévoit une autre hypothèse, le cas où il s'agit de marins ou militaires morts aux colonies, dans les pays de protectorat, ou lors des expéditions d'outre-mer, quand il n'a pas été dressé d'acte régulier de décès. En pareil cas, on dresse un procès-verbal, que le ministre peut transmettre au procureur général; le procureur général demande au tribunal la constatation du décès par jugement, qui est transcrit sur les registres de l'état civil du dernier domicile. Ces jugements tiennent lieu d'actes de l'état civil.

Source : BIU Cujas

Il faut encore signaler la loi du 31 mai 1924, relative à la navigation aérienne. L'article 59 de cette loi décide qu'au cas de disparition nouvelle d'un aéronef, l'appareil est réputé perdu trois mois après la date de l'envoi des dernières nouvelles. Le décès des personnes se trouvant à bord de l'aéronef peut, après l'expiration de ce délai de trois mois, être déclaré par jugement, par application de la loi du 8 juin 1893.

Dans tous les cas qui viennent d'être énumérés, toute personne intéressée peut se pourvoir à l'effet d'obtenir la déclaration judiciaire du décès.

Extension du système du jugement déclaratif de décès en dehors des cas prévus par les lois spéciales

Voilà les cas dans lesquels la loi a prévu qu'il put être dressé, rendu un jugement déclaratif de décès. Mais en cette matière nous n'avons que des dispositions fragmentaires, pas de texte général. Dès lors, la question se pose de savoir si, en dehors des cas visés par ces textes, il est possible d'obtenir un jugement déclaratif de décès.

Par exemple, c'est une personne qui étant au bord d'un fleuve tombe à l'eau en présence de témoins, le corps n'a pu être découvert. Ou bien encore c'est le cas de l'incendie de Marseille; il y a des personnes qui se trouvaient dans le magasin incendié, des employés dont le corps n'a pu être découvert; pour ces personnes va-t-on être réduit à faire déclarer leur absence? Aucun des textes précédents ne prévoit cette hypothèse particulière.

La question s'est présentée à différentes reprises et la jurisprudence, avec raison, se montre favorable à l'extension en pareil cas du système des jugements déclaratifs de décès. Par conséquent, dans le cas de l'incendie de Marseille, par exemple, à la condition qu'il soit démontré, que ces personnes se trouvaient bien dans le magasin incendié, on ne sera pas obligé de recourir au système de l'absence; il y aura possibilité d'obtenir du tribunal après enquête un jugement déclaratif de décès, qui tiendra lieu d'acte de décès.

Mais encore faut-il, bien entendu, qu'il y ait certitude du décès, par exemple que des témoins aient vu la personne sur le lieu de l'accident ou aient assisté à son décès; si cette condition n'est pas remplie il faut s'en tenir purement et simplement au régime de l'absence.

Lois de 1915 et 1919 relatives à la guerre de 1914.

Et maintenant disons un mot de ce qui s'est passé à la suite de la dernière guerre. Aucun des textes précédents ne vise la disparition des militaires en campagne; il y a bien un texte spécial pour les

Source : BIU Cujas

expéditions d'outre-mer, mais il n'y a pas de texte général à cet égard. Or, au cours de la guerre, beaucoup de militaires ont disparu sans que leurs traces aient pu être découvertes. D'autre part, des civils qui ont été exposé à un péril de guerre, par exemple un bombardement ont disparu dans les mêmes conditions. Que fallait-il faire? S'en tenir à l'absence? C'était impossible. C'est pourquoi des dispositions ont été prises.

Tout d'abord est intervenue une loi de 1915 (3 décembre 1915), qui a étendu la procédure du jugement déclaratif de décès à toute personne, même non militaire par conséquent, décédée victime des opérations de guerre lorsqu'il n'a pas été dressé d'acte de décès.

Cette loi du 3 décembre 1915 a été complétée par une loi du 25 juin 1919, dont l'article 9 permet de rendre un jugement déclaratif de décès par cela seul que deux années se sont écoulées depuis la disparition constatée causée par un fait de guerre, et lorsque cette disparition a eu lieu entre le 2 Août 1914 et la fin des hostilités. Par conséquent, par cela seul qu'un militaire (ou même une personne civile) a été exposée à un fait de guerre, et qu'il est disparu, du moment que deux ans se sont écoulés depuis sa disparition, il est possible de rendre un jugement déclaratif de décès. On a considéré que la longueur même du temps pendant lequel la disparition s'est prolongée et le fait que cette personne avait été exposée à un risque certain, constituent une présomption suffisante de décès, autorisant les tribunaux à rendre un jugement déclaratif de décès. Ce jugement est opposable à tous; il est transcrit sur les registres.

Pour le cas où la preuve qu'une personne avait été exposée à un fait de guerre certain ne pouvait être faite, la loi de 1919 a admis la possibilité de faire déclarer l'absence, mais elle a abrégé les délais.

La loi de 1919 n'était qu'une loi de circonstance, applicable aux disparitions survenues pendant la guerre de 1914.

Loi permanente de 1930 sur la disparition des militaires par suite de faits de guerre sur un théâtre d'expéditions extérieures.

Nous avons aujourd'hui une loi plus générale; c'est la loi du 9 Avril 1930, qui est une loi permanente, aux termes de laquelle lorsqu'un militaire ou un marin aura, par suite de faits de guerre, sur un théâtre d'opérations extérieures cessé de paraître à son corps ou à son domicile, et que son décès n'aura pas été régulièrement constaté, toutes personnes pourront se pourvoir devant le tribunal de son domicile pour faire constater le décès.

Source : BIU Cujas

Appréciation critique de notre législation relative à l'état civil.

Critiques de cette organisation.

Notre législation relative à l'état civil donne les résultats pratiques assez satisfaisants. Cependant notre organisation actuelle offre deux défauts graves: d'une part, tous les actes relatifs à l'état et à la capacité d'une personne ne figurent pas sur les registres de l'état civil; d'autre part, les actes de l'état civil relatifs à une même personne sont dispersés. Nous allons reprendre ces deux griefs.

I - Son caractère incomplet

En premier lieu, tous les actes relatifs à l'état et à la capacité d'une personne ne figurent pas à l'état civil. D'après la conception du Code, il n'y avait que trois faits qui fussent appelés à figurer à l'état civil: les naissances, les mariages, les décès auxquels il faut ajouter les reconnaissances d'enfant naturel, mais encore n'ont-elles pas toujours lieu à l'état civil; elles peuvent avoir lieu par devant notaire ou dans un testament authentique.

La législation postérieure au Code a comblé cette lacune en partie. C'est ainsi que la loi ordonne la transcription sur les registres de l'état civil des jugements ou arrêts prononçant le divorce. De même le jugement d'adoption doit être transcrit sur les registres de l'état civil; art. 357. De même les actes de l'état civil des Français reçus à l'étranger dans les formes locales; de même les actes reçus en mer, les actes reçus aux armées. Tous ces actes aujourd'hui doivent être transcrits sur les registres de l'état civil, et ainsi que tous les jugements déclaratifs de faits d'état civil, naissances, mariages ou décès.

Malgré tout, il est certains faits qui ne figurent pas sur les registres de l'état civil, la séparation de corps et l'émancipation. Quand une reconnaissance d'enfant naturel a lieu devant notaire, ce dernier n'est pas obligé de le faire transcrire à l'état civil.

Il y aurait évidemment intérêt à ce que tout ce qui concerne l'état ou la capacité d'une personne fût concentré sur les registres de l'état civil.

2 - Dispersion des actes. Le projet de casier civil.

Deuxième grief, auquel il est plus difficile de remédier. Les actes de l'état civil relatifs à une même personne sont dispersés un peu partout. Une personne est née en tel endroit; c'est là que se trouve son acte de naissance; elle s'est mariée dans une autre commune, c'est là que se trouve son acte de mariage; si c'est un enfant naturel, elle a pu être reconnue dans une troisième commune, c'est là que figure l'acte

Source : BIU Cujas

de reconnaissance; enfin elle est décédée dans une quatrième commune; c'est là que sera son acte de décès.

Il y aurait avantage à ce que tout ce qui concerne l'état civil d'une personne fût concentré en un même lieu. On a proposé pour cela l'institution d'un casier civil, semblable à l'institution du casier judiciaire. En un mot, en un même lieu, qui serait le lieu de naissance d'une personne, on concentrerait tous les actes relatifs à l'état civil de cette personne. En un mot, si cette personne se mariait dans une autre commune que le lieu de sa naissance, l'officier de l'état civil qui célèbrerait le mariage devrait envoyer un extrait au lieu de naissance, où se trouverait le casier civil de la personne.

En tout cas, un pas a déjà été fait dans la voie de la concentration. Ce pas a été fait par le système des mentions en marge de certains actes. C'est ainsi que le Code exige que soient mentionnés en marge de l'acte de naissance certains actes importants: le mariage; de même l'adoption, la reconnaissance d'un enfant naturel, lorsqu'elle a lieu à l'état civil, la légitimation. Tous ces faits doivent être mentionnés en marge de l'acte de naissance.

En marge de l'acte de mariage on doit mentionner le divorce.

Loi de 1893 sur le conseil judiciaire et l'interdiction

En outre, la loi du 16 Mars 1893, complétant l'art. 501 du Code civil, a institué quelque chose d'assez analogue au casier civil en ce qui concerne les jugements d'interdiction et de nomination du conseil judiciaire. Lorsqu'une personne est interdite ou lorsqu'elle est pourvue d'un conseil judiciaire, le greffier du tribunal qui a rendu le jugement doit transmettre un extrait de ce jugement au greffe du tribunal du lieu de naissance de l'interdit ou de la personne pourvue d'un conseil judiciaire. Le greffier du lieu de naissance inscrit le jugement sur un registre spécial, qui est un registre public, de telle sorte qu'au lieu de naissance d'une personne on peut savoir en consultant le registre si cette personne a été interdite ou pourvue d'un conseil judiciaire.

Source : BIU Cujas

Chapitre II

LES PERSONNES MORALES

Les deux grandes catégories de personnes morales: groupements et oeuvres d'intérêt général indépendantes de tout Groupement

La loi ne reconnaît pas seulement la personnalité aux personnes physiques, aux êtres humains; elle attribue encore cette personnalité à certains groupements et même à certaines oeuvres; ce sont les personnes morales.

La loi attribue en premier lieu cette personnalité à certains groupements formés dans un but commun. Ces groupements sont d'abord les associations qui sont constituées dans un but politique ou administratif ou religieux ou charitable, artistique ou scientifique. Ce sont aussi les sociétés ayant pour objet d'exploiter des capitaux mis en commun et d'en retirer des bénéfices.

Ces groupements sont constitués par la loi en sujets de droits et d'obligations. Ce sont des personnes comme les personnes physiques. Ces personnes morales ont un patrimoine; elles peuvent posséder, acquérir, contracter, plaider, elles ont un état et une capacité, une nationalité, un nom, un domicile, tous les attributs en somme que la loi reconnaît aux personnes physiques nous les retrouvons reconnus également aux personnes morales.

Ces groupements constituent ce que l'on appelle personnes juridiques, ou personnes morales. On dit aussi quelquefois "personnes fictives", mais il vaut mieux s'abstenir de cette dernière appellation, qui est le reflet d'une théorie assez contestée sur la nature de la personnalité morale.

Mais la personnalité morale n'est pas reconnue seulement à des groupements humains; elle est reconnue encore au profit de certains établissements, qui existent indépendamment de tout groupement et qui constituent des oeuvres d'intérêt général; par exemple, un hôpital, un hospice, une caisse d'épargne, un institut de recherches scientifiques. Les personnes morales de cette seconde catégorie prennent le nom, suivant les cas, d'établissements publics, ou d'établissements d'utilité publique ou de fondations.

Telles sont les deux grandes catégories de personnes morales.

Source : BIU Cujas

Ces personnes morales se divisent encore en deux catégories; elles sont soit des personnes morales publiques, soit des personnes morales privées.

Personnes morales publiques: Etat, groupements administratifs et établissements publics

Les personnes morales publiques sont chargées de la gestion de certains services publics, qui constituent l'organisation administrative du pays. Dans ce groupe on peut citer tout d'abord l'Etat, qui est chargé de veiller aux intérêts permanents de la nation; puis les groupements administratifs moins étendus, tels que les départements ou les communes, les colonies. Ces personnes morales constituent des communautés territoriales, représentent les intérêts collectifs de la population vivant sur un territoire déterminé.

Certains services publics ont été détachés des services généraux de l'Etat, des départements et des communes, et érigés en personnes morales distinctes qu'on appelle les établissements publics. On peut citer parmi eux les hôpitaux, les hospices, les bureaux de bienfaisance, qui ont pour mission d'assurer le service public de l'hospitalisation des malades et des vieillards ainsi que l'assistance des indigents.

Parmi ces établissements publics, on peut citer encore certains établissements d'instruction publique, Institut, Collège de France, les Universités. Au contraire, le service de la Justice n'est pas érigé en personne morale; il fait partie des services généraux de l'Etat; les Cours, les tribunaux, n'ont pas la personnalité juridique.

De nos jours où l'Etat se mêle d'une foule de questions étrangères à ses attributions essentielles, un grand nombre de services publics ont été détachés des services généraux de l'Etat et érigés en personnes morales sous la forme des offices, tels que l'Office du Blé, la Caisse nationale des Marchés de l'Etat, l'Office de Statistique, etc..Il y a eu en ces dernières années un véritable pullulement des offices.

Personnes morales privées: associations et fondations

Les personnes morales privées : C'est dans cette catégorie qu'apparaît le plus nettement la distinction entre les personnes morales constituées par des groupements humains et celles qui constituent des oeuvres d'intérêt général indépendantes de tout groupement; c'est la distinction d'une part des associations, d'autre part des fondations.

Les deux aspects de l'association: association et société

L'association a pour base un groupement d'individus qui sont unis dans un but commun. L'association se présente elle-même sous deux formes; l'association proprement dite et la société. Elles se caractérisent l'une et l'autre par la mise en commun d'apports en biens ou en activités; mais dans l'association, ayant en général un but désintéressé, cette mise en commun

Source : BIU Cujas

d'apports ou d'activités n'a pas pour but un partage de bénéfices, tandis que la société a essentiellement pour but la réalisation de bénéfices et leur répartition entre les associés. Voilà la différence essentielle qu'il y a à faire entre l'association et la société. En un mot, il faut ici dépouiller le langage de l'homme de la rue, qui ne fait aucune distinction entre l'association et la société, qui parle de sociétés de gymnastique ou de société sportives; ce ne sont pas de véritables sociétés en droit, ce sont des associations.

Cette distinction résulte de la définition respective que nous donnent d'une part le Code civil de la société, et d'autre part la Loi du 1er Juillet 1901 de l'association.

Définition de la société

Si nous considérons, en effet, la définition que le Code civil nous donne de la société, dans l'article 1832, nous lisons que: "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". La société suppose une mise en commun d'apports, d'activités, dans l'intention de partager les bénéfices.

Définition de l'association

Voici la définition de l'article 1er de la loi du 1er Juillet 1901: "L'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leurs connaissances ou leurs activités dans un but autre que de partager des bénéfices".

Par conséquent, les groupements ayant un but charitable, ou scientifique, ou religieux, ou sportif, sont des associations, parce que les associés ne poursuivent pas le partage de bénéfices. Au contraire, les groupements comme ces grandes sociétés industrielles ou bancaires que vous connaissez bien, comme les grands magasins, sont des sociétés parce que les associés, les actionnaires, ont pour but de réaliser des bénéfices dans l'exploitation d'un commerce ou d'une industrie et de les partager.

La fondation; sa caractéristique Fondation réalisée sous forme d'établissement d'utilité publique

La fondation se caractérise par l'affectation perpétuelle de biens à un but déterminé. Par exemple, un philantrope, crée une maison de retraite destinée à recueillir des vieillards, ou il crée un hôpital destiné à soigner certains malades. Ce philanthrope affecte à cette organisation un capital dont les revenus serviront à en assurer le fonctionnement, et il obtient du gouvernement la reconnaissance d'utilité publique de l'oeuvre qu'il vient de créer. Cet établissement ainsi reconnu d'utilité publique devient une personne morale, ayant son patrimoine propre, capable de posséder et d'acquérir. Ce sera la fondationX... du nom du philanthrope qui est son créateur, personne morale privée

Source : BIU Cujas

indépendante de tout service public. Il existe ainsi à Paris ou en province des hôpitaux ou des hospices qui, sans constituer un service public, sont des fondations privées.

Ces établissements constituent ce que l'on appelle des établissements d'utilité publique, par opposition aux établissements publics qui sont des services publics détachés et dotés de la personnalité morale. L'Université est un établissement public parce qu'elle est un service public détaché du service général de l'Enseignement, doté de la personnalité morale, tandis que tel hôpital, l'Hôpital Rodschild par exemple, est un établissement d'utilité publique, c'est une fondation purement privée.

Distinction de l'association et de la fondation

La fondation se distingue de l'association. A la base de l'association, il existe un groupement de personnes qui se sont unies volontairement dans un but commun, et ceci est vrai aussi bien de l'association proprement dite que de la société; à la base de toute association il y a un accord de volontés; un certain nombre de personnes se sont unies dans le but de constituer cette association. Rien de pareil dans la fondation, qui, dans l'exemple précédemment donné, est l'oeuvre d'un seul. La base de la fondation, c'est le but à atteindre, l'oeuvre à réaliser; fondation pour les étudiants, par exemple, ou pour les pauvres, pour les malades. Sans doute il n'est pas impossible de découvrir dans une fondation un groupement humain; c'est le groupement des destinataires, par exemple des malades ou des vieillards aux besoins desquels la fondation est destinée à pourvoir; mais il n'existe entre ces personnes aucun lien contractuel comme entre les membres d'une association ou d'une société; ces vieillards ou ces malades sont des usagers, mais n'ont pas formé entre eux un contrat. D'ailleurs ces usagers ne participent pas à l'administration comme le font les membres d'une société ou d'une association. Ce qui est personnifié ici c'est l'oeuvre elle-même, avec le patrimoine qui sert à la faire vivre.

Voilà les deux grandes catégories de personnes morales privées: associations et fondations.

Toute association, toute fondation, n'est pas investie de plein droit de la personnalité juridique; cette personnalité ne lui est accordée que dans certaines conditions, qui sont fixées par la loi. Nous verrons cela en étudiant la création des personnes morales.

Nous diviserons cette vue schématique sur les personnes morales en trois paragraphes :

1) Examen critique de la notion de la personnalité juridique

Source : BIU Cujas

2) Création et extinction des personnes juridiques ou personnes morales.
3) Conséquences de la personnalité juridique.

§ 1 - Examen critique de la notion de personnalité morale

La personnalité morale en droit romain: universitates personanum et universitates rerum

Cette conception, qui fait d'une association d'individus ou d'un établissement une personne distincte des individus qui le composent est très ancienne. On la trouve déjà admise en droit romain, tout au moins dans le droit romain classique et celui du Bas-Empire. La personnalité civile y est reconnue à l'Etat aux municipes, à de nombreuses associations, collèges de prêtres, associations de fonctionnaires, sociétés de publicains. C'est ce que l'on appelait en droit romain les "universitates personarum", qui correspondent à nos associations modernes.

Le droit romain du Bas-Empire connaît aussi les "universitates bonorum", qui correspondent à nos fondations. L'expression "universitas bonorum" marque bien l'affectation patrimoniale qui est la caractéristique d'une fondation. "Universitas personarum" c'est le groupement humain; l'"Universitas bonorum", c'est la fondation.

La personnalité morale des corps et communautés dans l'ancien droit

Cette conception de la personnalité morale que connaissait le droit romain a passé dans notre ancien droit; elle est traditionnelle en France. Pothier écrit ceci: "Les corps et communautés établis suivant les lois du Royaume sont considérés dans l'Etat comme tenant lieu de personnes. Ces corps sont des êtres intellectuels différents et distincts de toutes les personnes qui les composent". C'est bien la conception actuelle de la personnalité morale.

Admission par le C.C. de la notion de personnalité morale.

Le Code civil, bien qu'il n'ait pas expressément formulé le principe, admet implicitement la notion de personnalité morale. Celle-ci découle d'un texte que nous étudierons plus tard quand nous nous occuperons des biens, l'article 529 du Code civil, qui admet d'une manière très nette, quoique implicite, la personnalité morale.

Le Code civil ne traite pas des personnes morales, et cela se comprend. A l'époque de sa rédaction, et sous l'influence des idées révolutionnaires, les associations et les fondations étaient vues sans aucune faveur, même avec hostilité. Il n'empêche que le Code civil admet la conception de la personnalité morale et celle-ci a été consacrée à différentes reprises depuis le Code civil par un assez grand nombre de textes. C'est une conception traditionnelle dans notre droit.

Source : BIU Cujas "Les Cours de Droit" Y Répétitions Ecrites et Orales
3, PLACE DE LA SORBONNE, 3 Reproduction interdite

Les divergences doctrinales sur la nature de la personnalité morale

Cependant cette conception qui attribue la personnalité à certains groupements ou à certains établissements, a été fortement battue en brèche par une partie de la doctrine; en tout cas, on ne s'entend pas sur la nature de cette conception.

La théorie de la fiction et son caractère antilibéral

En réalité, sous cette controverse se dissimule une divergence fondamentale sur le rôle des associations et des fondations, sur leur utilité sociale et l'attitude que les pouvoirs publics doivent prendre à leur égard.

D'après une théorie qui a été longtemps prédominante en France, la personnalité juridique reconnue à des groupements ou à des établissements est une pure fiction. C'est un procédé commode pour faciliter le fonctionnement de ces groupements ou de ces établissements collectifs, mais c'est une pure fiction, parce que l'homme seul ayant une existence réelle, étant capable de volonté, peut être sujet de droits, être en un mot une personne. Un groupement n'a lui-même ni pensé ni volonté. Lui reconnaître la personnalité, c'est donc créer une fiction.

La conclusion de cette théorie est la suivante lorsque la loi considère l'homme comme une personne, elle ne fait que reconnaître une personnalité déjà existante, consacrer un fait naturel pour ainsi dire, tandis que les personnes morales étant de pure fiction il appartient au seul législateur, en tout cas aux pouvoirs publics , de créer des personnes morales, en un mot de concéder aux groupements ou de leur refuser la personnalité, suivant qu'on le juge opportun.

C'est une thèse étatiste, anti-libérale, hostile la liberté des associations et des fondations. Elle a été longtemps celle officiellement admise en France, elle est loin d'être complètement abandonnée.

La théorie de la réalité de la personnalité morale. Ses conséquences quant à la limitation des droits de la puissance publique en matière de personnalité

Rejetant la théorie de la fiction, un grand nombre d'auteurs modernes ont édifié un autre système doctrinal celui de la réalité des personnes morales. D'après cette théorie, les personnes morales loin d'être de pures fictions créées de toutes pièces par la volonté du législateur, constituent des réalités vivantes. Sans doute elles ne vivent pas d'une vie animale, quoique certains sociologues aient cherché à assimiler les personnes morales à des êtres vivants, mais évidemment il y a là quelque exagération; par contre, on soutient avec beaucoup de force que les groupements sont des réalités sociales; l'association est un phénomène naturel, en tant que social.

En effet, par l'association, par le groupement, l'homme étend ses moyens d'action dans l'espace et dans le temps. D'autre part, les hommes n'ont pas que des

Source : BIU Cujas

intérêts individuels; il existe des intérêts collectifs qui méritent d'être protégés au moins autant que les intérêts individuels; en se groupant les hommes créent le moyen de défendre et de développer ces intérêts collectifs. Lorsqu'un groupement, lorsqu'un établissement est fondé, ce groupement ou cet établissement a donc du point de vue social, du point de vue économique, une vie propre, une existence distincte de celle des membres qui le composent ou qui l'administrent. Ce groupement a des intérêts distincts des intérêts individuels de ses membres; on comprend donc que ces intérêts soient protégés par le droit, et ainsi s'explique que l'on confère au groupement la personnalité, c'est-à-dire qu'on lui confère la capacité d'acquérir, de contracter, d'assumer des obligations, capacité qui lui permet d'assurer la défense des intérêts généraux qu'il représente, de même que la personnalité conférée à l'individu humain lui donne le moyen d'assurer la défense de ses intérêts particuliers.

Objectera-t-on maintenant à cette théorie de la réalité des personnes morales qu'un groupement est incapable de volonté, qu'il est incapable de penser par lui-même? L'objection n'est pas décisive, loin de là; est-ce qu'on ne reconnaît pas la personnalité à un enfant en bas-âge, à un aliéné, bien que ceux-ci soient incapables de volonté, ou d'une volonté saine, ce ne sont pas moins des personnes. Pourquoi en serait-il autrement des groupements? Ils exerceront leurs droits par l'intermédiaire de leur conseil d'administration, de leurs dirigeants; ceux-ci manifesteront la volonté du groupement.

La théorie de la réalité des personnes morales aboutit à des conséquences plus libérales que le système de la fiction. La personnalité morale n'est plus ici une pure concession du pouvoir; les personnes morales ne sont pas des créations du législateur, ce sont des réalités sociales. Du moment qu'un groupement existe, du moment qu'il est doté d'organes collectifs et qu'il poursuit un but non contraire à l'ordre public, il doit être traité de plein droit comme une personne juridique.

Si l'on part de la théorie de la réalité des personnes morales, l'intervention de l'autorité ne se justifie que dans un but de police, pour écarter des groupements dangereux pour l'ordre public. D'autre part, le rôle du législateur doit se borner à définir les droits qui découlent de la personnalité, laquelle doit être reconnue de plein droit aux groupements ou établissements qui poursuivent une oeuvre collective.

a théorie de
a propriété
ollective

Voilà les deux théories en présence. Mais il faut

Source : BIU Cujas

tout de même indiquer une troisième théorie, qui a eu sa vogue, elle aussi, théorie qui rejette la notion de personnalité morale comme fausse et inutile, pour lui substituer celle de propriété collective. C'est la théorie qui a été soutenue par le doyen Barthélemy, dans son traité de droit administratif; elle est soutenue également par Planiol dans son Traité de droit civil et par Hémard dans son Précis de droit civil.

Pour ces auteurs, il ne peut y avoir de titulaires de droits autres que les hommes. Dès lors, dans une association il n'y a pas de personnalité autre que celle des membres de cette association. Ce sont ces associés qui sont propriétaires du patrimoine collectif qui sont propriétaires collectivement, "tous envisagés comme n'étant qu'un", dit le Doyen Barthélemy. Sans doute les biens qui constituent le patrimoine de l'association cessent d'être à la disposition des associés cessent de suivre le sort de leurs patrimoines individuels; ils ne peuvent pas les aliéner; à leur mort, ces biens ne sont pas transmis à leurs héritiers, ils sont et demeurent affectés à la réalisation de l'oeuvre pour suivie en commun. Mais il y a là, dit-on, une forme particulière de propriété, la propriété collective, distincte de la propriété individuelle. Ces biens n'en restent pas moins la propriété des associés; il est inutile d'attribuer cette propriété à un être imaginaire, l'association, placée au-dessus des associés. M.Planiol écrit notamment: "Le Louvre appartient aux Français, et "le British Museum aux Anglais. Quand on dit qu'ils ap- "partiennent à la France ou à l'Angleterre, on se sert "d'une formule abstraite qu'il ne faut pas matérialiser"

Cette explication, qui se tient à mi-chemin entre la théorie de la fiction et celle de la réalité encourt bien des objections.

Critique de la théorie de la propriété collective

Tout d'abord, elle est contraire aux faits. Considérons une association à but désintéressé, association charitable, ou scientifique; il est singulier de considérer les associés comme co-propriétaires du patrimoine de l'association, alors que jamais ils ne tireront profit de ce prétendu droit de propriété. En effet, pendant la durée de l'association ils n'exercent à aucun point de vue les prérogatives du droit de propriété; ils ne peuvent pas disposer du patrimoine et ne peuvent pas le transmettre à leurs héritiers; et à la dissolution de l'association ils n'en profiteront pas davantage; à la dissolution, les biens de l'association ne sont pas répartis entre les associés, ils sont transférés à une autre oeuvre d' utilité générale.

Par ailleurs, s'il était exact que le Louvre appartient aux Français, ne pourrait-on pas dire - c'est

Source : BIU Cujas

une vue théorique, que les Français pourraient, à la condition de se mettre unanimement d'accord, en aliéner les richesses. Or, le consentement unanime de tous les Français ne suffirait pas à rendre valable une semblable aliénation, précisément parce que les richesses du musée sont la propriété non pas de tous les Français pris collectivement, mais d'une personne morale, l'Etat français, qui est au-dessus de tous les Français.

Et d'ailleurs comment appliquer le système de la propriété collective aux établissements qui ne sont pas des groupements d'individus, aux fondations? Voici un hôpital, ou un hospice, reconnu d'utilité publique; dira-t-on que l'hôpital ou l'hospice est la co-propriété des malades qui y seront traités ou des vieillards qui y seront hospitalisés? C'est contraire à la réalité; par conséquent, force est bien d'attribuer cette propriété à un être unique, permanent, distinct des individus qui passent et qui meurent.

Et d'ailleurs, ajoute-t-on, réduire une association ou une oeuvre d'intérêt général à n'être qu'un patrimoine collectif, c'est diminuer injustement le rôle des groupements humains ou l'intérêt de ces oeuvres d'intérêt général. Laissons de côté les sociétés commerciales, qui sont des entreprises poursuivant des gains pécuniaires et qui s'accommodent assez bien de la théorie de la propriété collective; considérons une association à but désintéressé, à but religieux; scientifique, etc...; réduire cette association à n'être qu'une masse de biens, c'est méconnaître l'objectif supérieur qu'ont eu les associés en se groupant. Par ailleurs, considérons des personnes morales publiques, l'Etat notamment, n'est-il pas certain que l'Etat français est autre chose qu'une masse de biens? L'Etat français représente les intérêts collectifs et permanents de la nation; c'est amoindrir singulièrement son rôle que le réduire à être simplement une réunion de possédants.

Pour toutes ces raisons, il faut rejeter le système de la propriété collective. Le système de la réalité est évidemment préférable; c'est le système qui paraît devoir être admis, de préférence au système de la fiction ou au système de la propriété collective.

§ 2 - Création et extinction des personnes morales

Lorsqu'il s'agit de personnes physiques, nous avons vu que leur personnalité commence à la naissance, quelquefois même avant la naissance, et qu'elle prend fin au décès. Il ne peut être question de naissance ni

Source : BIU Cujas

de décès pour une personne morale, une association ou une fondation; il peut être question de création et d'extinction.

I - Création des personnes morales.

A-Personnes morales publiques La personnalité de l'Etat

Il faut distinguer les personnes morales publiques et les personnes morales privées.

Parmi les personnes morales publiques, il en est une dont la personnalité apparaît en quelque sorte comme naturelle et nécessaire: c'est l'Etat. Du moment que les conditions de fait nécessaires à son existence sont réunies, ce qui suppose l'existence d'un groupe humain ayant une certaine indépendance, possédant un certain territoire, doté d'une organisation suffisante, l'Etat doit être considéré comme une personne morale. Cette personnalité doit lui être reconnue en droit interne et en droit international. L'Etat a un patrimoine; il a des droits et des obligations; c'est une personne unique qui représente la nation et qui se perpétue aussi longtemps que dure cette nation, sans avoir égard aux vicissitudes que celle-ci peut subir, en particulier les changements de gouvernement; l'Etat est au-dessus des gouvernements.

Attribution par l'Etat de la personnalité aux Groupements territoriaux

Au-dessous de l'Etat se trouvent des groupements territoriaux qui représentent les intérêts collectifs de la population vivant sur certains territoires, département, commune, colonie. C'est à l'Etat qu'il appartient de décider s'il est opportun de doter ces groupements territoriaux de la personnalité. Ainsi, les communes et les départements ont la personnalité en France; celle-ci n'est reconnue ni aux cantons, ni aux arrondissements; c'est une question d'organisation administrative.

Création des établissements publics par l'Etat

C'est encore à l'Etat, et à lui seul, qu'il appartient de créer des établissements publics, c'est-à-dire de détacher de la personnalité de l'Etat ou de la commune certains services pour les doter d'une personnalité juridique.

B- Personnes morales privées. Les deux conceptions théoriques: création individuelle et attribution de plein droit de la personnalité à tout groupement ayant un but licite

B - Parlons de la création des personnes morales privées. C'est à leur égard que se posent les problèmes les plus délicats d'ordre législatif, social et politique. Deux systèmes opposés s'affrontent en législation: celui d'après lequel la personnalité ne peut exister qu'en vertu d'une concession de l'Etat, celui d'après lequel la personnalité ne peut être concédée à chaque oeuvre ou à chaque association que par une décision spéciale de l'autorité publique; c'est le système de la création individuelle des personnes morales; puis le système opposé, d'après lequel l'association étant un phénomène naturel, tout groupement ayant un but licite,

Source : BIU Cujas

présentant une certaine cohésion, une certaine organisation, doit être investi de plein droit de la personnalité.

La législation française

En fait, et sauf exceptions, les législations ne se rallient jamais d'une manière absolue à l'un ou à l'autre système. Le législateur ne vit pas de théories, mais les législations marquent des tendances à s'orienter vers l'un ou l'autre système. Pour ne parler que de la législation française, et sans remonter à l'ancien droit, il est incontestable que le droit français issu de la Révolution et qui s'est appliqué pendant tout le XIXème siècle était nettement orienté vers le système anti-libéral, en un mot, le système aux termes duquel la personnalité juridique est une concession de l'Etat, doit être concédée individuellement à chaque groupement ou chaque établissement.

Hostilité de la Révolution et de l'Empire pour les groupements et associations. Le système de la création individuelle

La Révolution s'est montrée très hostile aux associations, corporations, fondations. La Constituante, la Convention supprimèrent toutes les personnes dites de mainmorte. Dans la conception révolutionnaire aucun intermédiaire ne doit exister entre l'individu et l'Etat. La législation révolutionnaire admet bien le droit d'association, mais l'association n'y est considérée que comme un pur fait, une réunion, un rassemblement; elle est dépourvue de toute personnalité; elle ne peut ni posséder, ni acquérir ni contracter.

Le même état d'esprit, mais aggravé, si l'on peut dire, caractérise la législation du Premier Empire. L'article 291 du Code pénal pose comme règle que le droit d'association ne peut s'exercer qu'avec l'autorisation et sous la surveillance du gouvernement.

Sous ce régime, une double barrière est opposée à la liberté d'association. En premier lieu, une autorisation du pouvoir est nécessaire pour que des individus puissent d'associer; en second lieu, même lorsque l'association est autorisée, elle n'acquiert pas de plein droit la personnalité, celle-ci doit lui être conférée par une décision du gouvernement, qui déclare l'association d'utilité publique, et la transforme en établissement d'utilité publique. C'est le système de la création individuelle des personnes morales, dont on trouve un reflet dans l'article 910 du Code civil à propos des libéralités.

Régime de faveur pour les Sociétés commerciales

Il n'y avait qu'une seule espèce de groupements qui avaient trouvé grâce devant le législateur issu de la Révolution, c'étaient les sociétés commerciales. Ces sociétés, à la condition d'être légalement constituées, acquièrent de plein droit la personnalité, C'est ici encore une solution traditionnelle en France. Cette personnalité qu'on marchande aux associations et aux

Source : BIU Cujas

fondations, on la reconnaît de plein droit aux sociétés commerciales.

Ce régime de faveur s'explique par différentes raisons. Les sociétés commerciales poursuivent un but lucratif; elles ne sont pas dangereuses pour l'ordre politique. D'autre part, leurs biens entrent dans la circulation des richesses, ils ne sont pas thésaurisés; il n'y a pas lieu de craindre qu'ils constituent ce que l'on appelle en France des patrimoines de mainmorte, c'est-à-dire des groupes de biens qui s'augmentent d' une manière constante et qui échappent à la circulation des richesses.

Le système de la création collective à la fin du XIXème siècle en faveur des syndicats et Stés de secours mutuels

Revenons aux associations proprement dites. A leur égard, le législateur commence à se départir de sa rigueur vers la fin du XIXème siècle. C'est ainsi qu'il a reconnu de plein droit la personnalité à certains groupements, notamment les syndicats professionnels, ou les sociétés de secours mutuels. Ici c'est le système de la création collective.

La loi du 1er Juillet 1901 et le principe de la liberté d'association

Puis, entrant dans la voie du libéralisme, - libéralisme tout relatif d'ailleurs - le législateur a proclamé le principe de la liberté d'association dans la loi importante du 1er juillet 1901. Désormais, les associations peuvent se former librement sans autorisation ni déclaration préalable (article 2 de la loi de 1901). Mais, l'association n'acquiert la personnalité juridique qu'à la condition de faire l'objet d'une déclaration (article 5), déclaration qui doit être faite à la préfecture ou à la sous-préfecture.

Le législateur abandonne ici le système d'après lequel la personnalité juridique est une pure concession de l'Etat. Il suffit désormais que les fondateurs de l'association fassent une déclaration régulière pour que l'association possède la personnalité. Cette personnalité n'est d'ailleurs que restreinte. La capacité de posséder de l'association déclarée subit des restrictions, et d'autre part cette association simplement déclarée ne peut pas recevoir de libéralités, donations ou legs.

Pour acquérir une personnalité plus étendue, notamment pour recevoir des dons et legs, l'association doit être, comme sous le Premier Empire, reconnue d'utilité publique par une décision du chef de l'Etat. On maintient par conséquent, au point de vue des libéralités, le système de la création individuelle.

Les 3 sortes d' associations 1-associations non déclarées

Finalement dans notre droit actuel il y a trois sortes d'associations:

1°- Les associations non déclarées, qui n'ont fait l'objet d'aucune déclaration; elles sont licites aujourd hui, à condition bien entendu que leur objet ne soit

Source : BIU Cujas

pas contraire aux lois ni à l'ordre public ou aux bonnes moeurs, mais elles sont dépourvues de la personnalité, elles n'ont aucune personnalité juridique; c'est une existence de fait et pas de droit.

2- Associations déclarées

2°- Les associations déclarées, qui jouissent de plein droit de la personnalité, mais d'une personnalité restreinte.

3- Associations reconnues d'utilité publique

3°- Les associations reconnues d'utilité publique par un décret, qui ont une capacité plus étendue que les associations simplement déclarées.

Régime d'exception des Congrégations religieuses.

La loi de 1901 a soumis les congrégations religieuses à un régime d'exception entièrement défavorable à ces associations; aucune congrégation ne peut se former sans une autorisation spéciale donnée par une loi.

Les fondations. Maintien du régime de création individuelle.

Quant aux fondations, elles restent soumises à une législation restrictive. Une fondation n'acquiert la personnalité qu'à la condition d'être reconnue d'utilité publique. Nous sommes restés sur ce point à la législation ancienne. C'est le régime de la création individuelle, régime peu libéral, susceptible de paralyser la création des fondations, en tout cas la création des fondations testamentaires. En principe on ne peut pas créer une fondation par testament, affecter une certaine somme ou une certaine catégorie de biens à une fondation qui n'existe pas encore, puisque la fondation n'étant pas reconnue d'utilité publique n'a aucune personnalité, n'a pas le droit de recueillir ces biens; en principe la fondation testamentaire est impossible; il faut employer un subterfuge pour arriver à créer une fondation par testament. La fondation n'a la personnalité que si elle est reconnue d'utilité publique; sinon, elle n'a qu'une existence de fait, et ses biens se confondent avec ceux de son fondateur.

Différentes causes de disparition.

II- Suppression des personnes morales -

La disparition d'une personne morale peut résulter de divers événements: dissolution volontaire par les associés, qui s'entendent pour dissoudre leur association; dissolution prononcée par le tribunal lorsque l'association a un but illicite; retrait de la reconnaissance d'utilité publique d'une fondation.

Sort des biens de la personne morale. Distinction suivant la nature de celle-ci

En cas de disparition d'une personne morale, que deviennent les biens qui composaient son patrimoine? Des distinctions doivent être faites. S'il s'agit d'un établissement public, ces biens font retour à l'Etat, à la commune, dont ils n'étaient qu'un organe détaché; si on supprime des offices, les biens font retour à l'Etat.

S'il s'agit d'une société civile ou commerciale, d'un groupement poursuivant un but lucratif, la dissolu-

Source : BIU Cujas

tion entraîne le partage de l'actif social entre les associés.

Supposons que la personne morale dissoute était une association. La loi du 1er Juillet 1901 dans son article 9 décide qu'en cas de dissolution volontaire, statutaire, ou prononcée par justice, les biens de l'association seront dévolus conformément aux statuts ou, à défaut de disposition statutaire, suivant les règles déterminées en assemblée générale. Mais à qui ces biens seront-ils dévolus ? Il seront dévolus en général à une oeuvre ou à une association du même ordre Si c'est un hôpital, par exemple, une fondation qui disparaît, les biens pourront être dévolus à un autre hôpital; si c'est une association, à une association poursuivant un but analogue.

Clause de reprise des apports.

Mais pourrait-il être stipulé dans les statuts que l'actif de l'association sera partagé entre les associés? Ici, il faut distinguer. Il peut être stipulé dans les statuts ou décidé par l'assemblée générale que les associés reprendront leurs apports. Par contre, une fois la reprise des apports effectuée, les associés ne pourraient pas se partager le reste des biens de l'association. L'article 16 du décret du 16 Août 1901 qui a été rendu en application de la loi du 1er Juillet de la même année, le dit expressément. On admet bien qu les associés puissent reprendre leurs apports, mais le reliquat ne doit pas être partagé entre eux. Cela se comprend, parce que le partage des apports équivaudrait à un partage de bénéfices, ce qui est absolument contraire à la définition et au but même de l'association.

S'il s'agit d'une fondation qui cesse d'être reconnue d'utilité publique, on admet, dans le silence de la loi, que son patrimoine doit être dévolu à une oeuvre similaire, qui est désignée soit par l'organe de la fondation, soit par l'Etat qui a le contrôle des fondations.

§ 3 - Conséquences de la personnalité morale

L'état dans les signes extérieurs de la personnalité de la personne morale

La personne morale comme la personne physique peut avoir des droits et assumer des obligations.

La personne morale possède un état, un état civil, qui se manifeste surtout par la nationalité. Il ne peut être question pour une fondation de "status familiae". La question de la nationalité des personnes morales relève de l'enseignement du droit international privé, comme la nationalité des personnes physiques; c'est d'ailleurs une question fort difficile.

Par ailleurs, la personne morale comme la personne physique possède des signes extérieurs de la personnali

Source : BIU Cujas

té; elle a un nom; elle peut défendre son nom contre les usurpations des tiers.

La personne morale a également un domicile, qui répond à la même utilité que le domicile des personnes physiques. C'est notamment à son domicile que l'on signifiera à la personne morale les assignations et autres actes qui pourront lui être adressés. Dans les cas où la loi déclare compétent le tribunal du défendeur, l'association, lorsqu'elle jouera le rôle de défendeur presse, sera assignée devant le tribunal de son domicile.

Le domicile d'une personne morale est au lieu de son principal établissement, comme le domicile d'une personne physique. Par exemple, une association sera domiciliée au lieu de son siège social.

Une personne morale peut être titulaire de droits et soumise à des obligations comme une personne physique. Les droits d'une personne morale peuvent être des droits patrimoniaux ou des droits extra-patrimoniaux. Il ne peut guère être question de nombreux droits extra-patrimoniaux; par exemple une personne morale ne peut posséder de droits de famille. Cependant certaines personnes morales peuvent être investies d'un droit de tutelle. C'est ainsi que le département a la tutelle des enfants assistés.

Les droits de la personne morale. Petit nombre de droits extrapatrimoniaux pouvant lui appartenir

D'autre part, en législation on pourrait concevoir qu'une personne morale eût le droit d'adopter, et cela s'est réalisé dans une certaine mesure avec l'institution des pupilles de la nation. La loi du 27 Juillet 1917 dispose que la France adopte les orphelins dont le père, la mère ou le soutien de famille est mort victime de la guerre.

Parmi les droits non patrimoniaux de la personne morale, on peut citer le droit de défendre son honneur attaqué, dans le cas où la personne morale est l'objet d'une diffamation.

Droits patrimoniaux de la personne morale Distinction de son patrimoine de celui de ses membres

L'essentiel pour les personnes morales ce sont les droits patrimoniaux. La personne morale comme la personne physique a un patrimoine, qui comprend l'ensemble de ses biens et de ses dettes. Ce patrimoine lui est propre, il ne se confond pas avec les biens personnels de chacun des associés. Conséquences: 1°- aucun des membres de l'association ne peut disposer, même pour sa part, des biens compris dans le patrimoine social; 2°- les créanciers de la personne morale se paient sur l'actif social; en principe, même ils n'ont aucun recours contre les biens personnels des associés.

La capacité de la personne morale

La personne morale pouvant être sujette de droits et d'obligations, jouit d'une certaine capacité. Quelle est sa capacité? Il faut appliquer ici la distinction

Source : BIU Cujas

classique de la capacité de jouissance des droits et de la capacité d'exercice.

A -Principe de la capacité générale de jouissance des personnes morales. Exceptions qu'il comporte.

A - Capacité de jouissance des droits; en principe une personne morale peut être titulaire de tous les droits patrimoniaux; elle a une capacité générale. On a soutenu cependant que pour les personnes morales la capacité de jouissance des droits était l'exception, en un mot que les personnes morales ne pouvaient jouir que des droits qui leur sont spécialement reconnus par la loi. Mais cela est une erreur. L'article 11 de la loi de 1901 paraît bien admettre qu'une personne juridique peut posséder n'importe quels droits

Cependant, la loi a apporté à la capacité des associations certaines restrictions qui constituent de véritables incapacités de jouissance des droits. Ces restrictions s'expliquent par le désir du législateur d'empêcher un trop grand développement de la fortune des associations. Les pouvoirs publics de tout temps ont redouté l'influence des associations, influence qui est susceptible de s'accroître à mesure que l'association devient plus riche. L'Etat redoute la constitution de patrimoines de mainmorte, c'est-à-dire d'ensembles de biens concentrés entre les mêmes mains et soustraits à la circulation des richesses.

Incapacités de jouissance frappant les associations

Pour cette raison, certaines personnes morales, les associations, sont frappées d'incapacités de jouissance plus ou moins étendues. C'est ainsi qu'aux termes de la loi de 1901 une association simplement déclarée ne peut posséder que le local destiné à l'administration de l'association et à la réunion de ses membres, ainsi que les immeubles strictement nécessaires à l'accomplissement du but qu'elle se propose d'atteindre. D'autre part, comme capitaux mobiliers, l'association simplement déclarée ne peut posséder que les cotisations de ses membres. Elle ne peut en tout cas recevoir aucune donation, aucune libéralité entre vifs ou testamentaire (article 6 de la loi de 1901).

Cependant une loi du 14 Janvier 1933 a décidé que les associations simplement déclarées pourraient désormais recevoir des libéralités lorsqu'elles ont pour but exclusif l'assistance ou la bienfaisance (articles 35 à 38 de cette loi de 1933).

Les associations reconnues d'utilité publique sont un peu mieux traitées que les associations simplement déclarées, mais elles sont cependant frappées d'une double incapacité: 1°- elles ne peuvent posséder ou acquérir d'autres immeubles que ceux nécessaires aux buts que elles se proposent; 2°- Elles ne peuvent accepter une donation comportant réserve d'usufruit pour le donateur lorsqu'on fait une donation à une association reconnue

Source : BIU Cujas

d'utilité publique, il faut la faire pleine et entière; on ne peut pas s'en réserver l'usufruit, sinon l'association n'a pas le droit de l'accepter. Par contre, elles peuvent recevoir toutes espèces de dons ou legs.

B-Exercice des droits de la personne morale par ses organes

B- Capacité d'exercice. La personne morale étant un être abstrait ne peut exercer par elle-même ses droits. Elle veut et elle agit par l'intermédiaire de son conseil d'administration, mais il n'y a pas là une véritable incapacité.

En ce qui concerne la capacité d'exercice proprement dite, il faut décider qu'elle appartient aux personnes morales comme aux personnes physiques. En principe, une personne morale est majeure, maîtresse de ses droits. La capacité est la règle, mais il y a cependant certaines exceptions à ce principe. La loi a institué en cette matière certaines incapacités d'exercice.

Cas exceptionnels requérant une autorisation des pouvoirs publics

C'est ainsi que les établissements d'utilité publique, associations reconnues et fondations, ne peuvent accepter une donation ou un legs qu'avec l'autorisation du gouvernement (art. 910 C.C.).

Cette règle s'explique par une double raison: désir du législateur de protéger la famille du donateur ou du testateur contre des excès de générosité; d'autre part, désir d'empêcher l'accroissement des biens de mainmorte.

Quant aux associations simplement déclarées, elles ne peuvent recevoir aucune libéralité. Il s'agit donc d'une incapacité de jouissance. Mais lorsqu'il s'agit d'associations de bienfaisance ou d'assistance, depuis la loi du 14 Janvier 1933, qui leur permet de recevoir des libéralités, elles ne peuvent les accepter qu'avec l'approbation du chef de l'Etat, qui rend sa décision par décret en Conseil d'Etat (article 35 de la loi de 1933).

Source : BIU Cujas

DEUXIEME PARTIE

LE DROIT DE LA FAMILLE

Les différents sens du mot famille et les effets juridiques attachés à ces différentes conceptions.

Le groupement humain qu'est la famille se présente dans le droit, comme dans les faits, sous différents aspects, suivant qu'on considère ce groupement comme une collectivité plus ou moins étendue.

Il y a, en effet, différentes notions de la famille, et sur ce point le langage du droit correspond au langage courant.

Dans un sens très large, la famille est l'ensemble des personnes qui sont unies entre elles par un lien de parenté ou d'alliance. La famille ainsi entendue comprend les ascendants, les descendants, les collatéraux et tous les alliés; c'est le sens le plus large.

Dans un sens plus restreint, on entend par famille une collectivité qui comprend tous les parents, en un mot toutes les personnes unies par le lien du sang, à l'exclusion des alliés. Il s'agit ici de toutes les personnes qui descendent les unes des autres ou qui sont issues d'un auteur commun plus ou moins éloigné.

Enfin, dans le sens le plus restreint, la famille comprend uniquement le père, la mère et les enfants. C'est la cellule familiale originaire.

Nous retrouvons dans notre droit ces trois conceptions de la famille avec des effets juridiques.

C'est ainsi que le Code, considérant la famille au sens large, attache des effets importants à la parenté et à l'alliance, faits que nous étudierons cette année; prohibition de mariage entre certains parents ou alliés, obligation alimentaire entre certains parents ou alliés, composition des conseils de famille, qui doivent comprendre en principe des parents ou des alliés, droit de provoquer l'interdiction, qui est reconnu aux parents, enfin droit de succession réservé aux parents, pouvant aller jusqu'au sixième et même parfois jusqu'au douzième degré en ligne collatérale.

C'est au contraire le groupe familial dans le sens le plus restreint que la loi considère lorsqu'elle s'oc-

Source : BIU Cujas

cupe du mariage, qui est le fondement de la famille légitime, lorsqu'elle réglemente les rapports personnels entre les membres de ce groupe restreint, rapports entre les époux, rapports entre le père et la mère et les enfants.

L'union de l'homme et de la femme et la filiation source de la famille.

La famille a pour source constitutive l'union de l'homme et de la femme et la filiation. L'union de l'homme et de la femme peut se présenter sous deux formes: sous la forme du mariage, la seule union que la loi envisage, qu'elle considère comme licite. Mais cette union peut se présenter aussi sous la forme de l'union libre, que la loi ignore, qui a une existence de fait, mais qui, comme tous les faits, est amenée à produire des effets juridiques.

Le mariage crée entre les époux un état juridique, l'état d'époux, Quant à la filiation elle est la source de la parenté, Enfin l'alliance résulte tout à la fois du mariage et de la parenté.

Disons quelques mots sur la parenté et l'alliance.

La parenté directe ou collatérale

La parenté est le lien qui unit deux personnes dont l'une descend de l'autre ou qui sont issues d'un auteur commun. Dans le premier cas, la parenté est dite directe, ou en ligne directe, père et fils, grand-père et petit-fils. Sa représentation graphique forme une ligne droite.

Lorsque deux personnes, sans descendre l'une de l'autre, sont issues d'un auteur commun, la parenté est collatérale, ou en ligne collatérale: frère et soeur oncle et neveu, cousins. La parenté collatérale se représente graphiquement sous forme d'un angle dont les deux extrémités inférieures sont occupées par les personnes parentes, l'auteur commun étant au sommet: cela permet de compter les degrés.

Parenté paternelle ou parenté maternelle

La parenté peut être paternelle ou maternelle. Une personne déterminée a pour parents paternels tous les parents de son père, en ligne directe ou en ligne collatérale; cette personne a pour parents maternels tous les parents de sa mère en ligne directe ou en ligne collatérale. Cela a une grande importance au point de vue successoral. En effet, lorsqu'une succession s'ouvre, alors que le défunt ne laisse aucun descendant, la succession se divise en deux parts, dont l'une va aux parents de la ligne paternelle et l'autre aux parents de la ligne maternelle.

Des collatéraux peuvent d'ailleurs être parents tout à la fois du côté paternel et du côté maternel. C'est le cas des frères et soeurs qui sont issus du même père et de la même mère; on les appelle frères et soeurs germains. Sans qu'il s'agisse d'ailleurs de frères et soeurs, il peut arriver que des personnes

Source : BIU Cujas

soient tout à la fois parentes du côté paternel et du côté maternel. Supposons qu'un cousin germain épouse sa cousine germaine; ils ont un grand-père et une grand-mère communs. Les enfants issus de cette union ont un arrière grand-père et une arrière grand-mère qui sont leurs ascendants tout à la fois du côté paternel et du côté maternel.

Quand deux frères ou soeurs sont nés du même père mais non de la même mère (le père s'est marié deux fois et a eu des enfants de chaque union), ils sont appelés frères et soeurs consanguins.

Enfin, quand deux frères ou soeurs sont issus de la même mère, mais non du même père (la mère s'est mariée deux fois et a eu des enfants de chaque mariage) ces frères et soeurs sont appelés frères ou soeurs utérins.

La parenté se détermine encore par le degré. A différents points de vue, et notamment au point de vue successoral, il est intéressant de connaître la proximité du lien qui unit deux personnes parentes; c'est ce que l'on appelle le degré de parenté. Le degré de parenté entre deux personnes est donné par le nombre de générations qui les séparent, chaque génération formant un degré. C'est ce que nous dit l'article 735 du Code civil. En ligne directe le calcul est facile; le père et le fils sont parents au premier degré, le grand-père et le petit-fils parents au deuxième degré.

En ligne collatérale, c'est plus compliqué. L'article 738 dit: En ligne collatérale, les degrés se comptent par les générations depuis l'un des parents jusque et non compris l'auteur commun et depuis celui-ci jusqu'à l'autre parent. Ainsi, deux frères sont entre eux au deuxième degré. L'oncle et le neveu sont au troisième degré, les cousins germains au quatrième, et ainsi de suite.

La parenté, qui a pour base la filiation, présente les mêmes qualités que celle-ci. Or, la filiation peut être légitime, naturelle ou adoptive.

Les différentes qualités de la filiation et de la parenté

La filiation légitime est celle qui a sa source dans le mariage; la filiation naturelle est celle qui résulte de l'union de deux personnes non mariées, et la filiation adoptive est celle qui résulte du contrat d'adoption. Or, les effets de la parenté diffèrent suivant qu'elle est légitime, naturelle ou adoptive.

L'alliance résultant du mariage

L'alliance est le lien qui est créé par le mariage entre un époux et les parents de l'autre époux. Par exemple, le mari devient l'allié de tous les parents de sa femme, la femme l'alliée de tous les parents de son mari. Seul le mariage crée l'alliance; l'union libre peut créer la parenté, par la filiation, mais seu

Source : BIU Cujas

le mariage crée l'alliance; il ne résulte de l'union libre aucune alliance naturelle entre l'un des pseudo époux et les parents de l'autre.

Certains auteurs, invoquant des considérations de moralité, soutiennent cependant que l'union libre entraînerait une alliance naturelle entre chacun des concubins et les parents de l'autre. Notamment, disent-ils, il serait vraiment scandaleux qu'un homme puisse épouser la fille de sa concubine, considérée comme étant sa belle-fille. La jurisprudence, avec raison, a refusé d'admettre cet empêchement de mariage, qui n'est prévu par aucun texte. L'alliance, au contraire, dans la famille légitime, produit des empêchements de mariage entre certains alliés.

L'alliance est, comme la parenté, en ligne directe ou en ligne collatérale; en ligne directe: gendre et beau-père ou belle-mère; en ligne collatérale: beau-frère, belle-soeur.

L'alliance produit certains effets, notamment des empêchements de mariage entre certains alliés, l'obligation alimentaire entre certains alliés, obligation pour certains alliés de faire partie du conseil de famille d'un mineur ou d'un interdit.

(Remarques

Ces notions préliminaires étant données, nous allons entrer dans l'étude du droit de la famille. Toutefois, il importe de faire deux remarques préliminaires, l'une relative aux caractères généraux du droit de la famille, et l'autre relative à l'orientation actuelle des moeurs et de la législation en matière de droit familial.

l -Caractères des droits de famille:

1 - Première remarque - Tout d'abord, à un point de vue très général, les rapports juridiques dont s'occupe le droit de famille offrent ce caractère particulier d'être des rapports exclusivement personnels, restant en dehors du patrimoine; c'est ce qui caractérise le droit de la famille. Les droits de famille ne sont pas dans le commerce, ils ne peuvent être cédés; ces droits ne sont pas transmis par succession; ils sont inhérents à la personne de leur titulaire et ils s'éteignent avec lui .

a)Caractère extra patrimonial

Sans doute, les rapports de famille engendrent certains droits pécuniaires, droits de succession, rapports pécuniaires entre époux, usufruit légal des père et mère sur les biens de leurs enfants mineurs, de même l'obligation alimentaire. Ces droits font partie du patrimoine. Il n'en est pas moins vrai que, malgré leur nature pécuniaire, ces droits, notamment l'usufruit légal, l'obligation alimentaire, restent sur bien des points influencés par des considérations d' intérêt familial.

Source BIU Cujas

b)Caractère impératif des règles qui les régissent

Un autre caractère des rapports juridiques qu'engendre le droit de famille c'est qu'ils sont pour une grande part soustraits au principe de la liberté des conventions. La plupart des dispositions légales en cette matière sont d'ordre public,ne sont pas susceptible de dérogation de la part des personnes intéressées.

C'est ainsi que, dans notre droit, le mariage est généralement considéré comme un contrat, mais c'est un contrat surtout en ce sens qu'un accord de volontés est nécessaire pour sa conclusion. Il n'en résulte nullement que les futurs époux soient libres de régler comme ils l'entendent les conséquences de leur union. Tant au point de vue de leurs rapports personnels que de leurs rapports avec leurs futurs enfants, les droits et les devoirs des époux entre eux, leurs droits et leurs devoirs vis-à-vis de leurs enfants sont réglés impérativement par la loi; pas de dérogation possible par voie de convention. C'est donc un droit impératif que le droit de famille, tout au moins en tant qu'il s'agit des droits extra-patrimoniaux.

c)idée de devoir sur laquelle ils reposent.

Ce qui caractérise encore les rapports de famille c'est que les droits qui en résultent pour certaines personnes sont, on l'a dit, des droits à base de devoirs. Rien de semblable entre le droit du père vis-à-vis de son enfant mineur et le droit d'un propriétaire vis-à-vis de sa chose; ce sont deux droits absolument différents. Le titulaire de la puissance paternelle ou le titulaire de la puissance tutélaire ne sont en réalité investis de certains droits que dans l'intérêt de l'enfant, et non dans leur intérêt propre. Le père est titulaire de la puissance paternelle, mais c'est pour lui permettre de mieux élever ses enfants. Le tuteur peut gérer les biens du mineur ou de l'interdit, mais il doit le faire exclusivement en considération des intérêts de ce dernier. De même autrefois, quand la puissance maritale existait, le mari était titulaire de la puissance maritale, mais c'était pour mieux assurer l'unité de direction et la bonne marche du ménage. Ce sont des droits qui comportent autant de devoirs que de prérogatives.

2-L'évolution de la famille

2 - Deuxième remarque - Voyons maintenant quelles sont les tendances actuelles en ce qui concerne l'organisation de la famille. Il peut être intéressant de retracer sommairement à cet égard l'évolution de notre droit familial.

Pour bien comprendre la situation actuelle, il faut remonter dans le passé.

a)La famille primitive groupement religieux et économique

Dans les législations primitives, la famille est un organisme à base religieuse et économique. A base religieuse, parce qu'elle repose sur le culte des an-

Source : BIU Cujas

cêtres, le chef de famille ayant seul qualité pour rendre ce culte. A base économique, parce qu'on vit alors sous le régime de l'économie familiale, si bien que la famille comporte un très grand nombre de membres, qui ne sont même pas unis entre eux par les liens du sang, la famille primitive comprend notamment les esclaves.

Tout cela explique la cohésion du lien familial dans les populations primitives, en même temps que l'organisation hiérarchique de la famille. Tous les membres de la famille se trouvent sous la puissance du plus ancien ascendant, tel le "paterfamilias" romain.

Mais ce type de famille primitive, dont l'exemple le plus frappant est celui de la famille romaine primitive, ne se maintient pas. On a pu dire que l'histoire de la famille est celle d'une immense et incessante libération. Cette évolution se traduit en effet par l'affranchissement des fils de famille, par l'émancipation de la femme mariée, par l'amélioration du sort des esclaves.

b)La famille dans l'ancien droit. Etendue du groupe familial et des droits qui lui sont reconnus

Sans remonter trop loin dans le passé, si nous considérons la famille telle qu'elle nous apparaît dans l'ancienne France, à une époque où elle est déjà bien constituée, où elle s'est complètement dégagée de l'influence romaine ou germanique, si nous considérons la famille entre le XIIème et le XVIIIème siècle, la famille française nous apparaît dans les moeurs et dans la loi (dans la loi qui est avant tout la loi canonique, tout au moins pour le mariage) comme un groupe très large, comprenant tous les parents en ligne directe et collatérale, qui sont unis entre eux par des liens d'affection et en tout cas des liens d'intérêts.

A cette époque, les déplacements ne sont pas fréquents, les enfants ne s'éloignent guère du centre de la famille, si bien qu'à la mort du père une étroite union subsiste entre les frères et soeurs. Le lien de parenté garde sa force à cette époque même vis-à-vis des collatéraux éloignés. La vie familiale crée une étroite solidarité entre ceux qu'unissent les liens du sang.

La loi ne fait que se modeler sur les moeurs. La loi fait à la grande famille ainsi comprise une place privilégiée. Les parents, même à des degrés fort éloignés, jouissent de certaines prérogatives, plus particulièrement le droit successoral des pays de coutume s'efforce de maintenir les biens dans les familles C'est ainsi que le droit successoral coutumier donne la préférence à des cousins éloignés, il leur ouvre un droit de succession qu'il refuse au conjoint survivant, de manière à maintenir les biens dans une même famille.

Source : BIU Cujas

L'autorité base de la constitution du groupe familial restreint

Si maintenant nous considérons le groupe familial restreint composé du père, de la mère et des enfants, l'ancien droit nous montre la famille fondée sur le mariage "sacrement", car nous sommes ici sous la législation canonique qui seule s'applique, qui a supplanté la législation civile. Le droit nous montre le mariage "sacrement" qui consacre l'union indissoluble de l'homme et de la femme, union placée sous l'autorité de son chef, mari et père, qui exerce tout à la fois une autorité maritale tempérée par certaines prérogatives que les moeurs et le droit reconnaissent à la femme dans l'intérêt du ménage, et une autorité paternelle, très stricte dans les pays de droit écrit, qui ont conservé à cet égard les traditions romaines, autorité paternelle plus souple, mais encore très énergique, dans les pays de coutume, où l'on a conservé plutôt les traditions germaniques.

A la mort du père, le fils ainé jouit de certaines prérogatives, mais en principe, et quoiqu'on écrive et qu'on dise souvent le contraire, le droit d'aînesse est l'exception. La succession, en principe, se partage également entre les enfants. Il y a bien un droit d'aînesse, mais qui est en somme assez restreint. Notre pays a toujours été un pays d'égalité successorale.

Situation inférieure du bâtard la recherche de la paternité naturelle

A côté de la famille légitime, dont nous venons de brosser un tableau rapide, la loi ne pouvait ignorer la famille naturelle, ou plus exactement la parenté naturelle. Bien entendu, l'union libre est ignorée, elle constitue une atteinte àla morale chrétienne. L'enfant naturel, issu d'une union condamnée par la morale n'a dans la société qu'une place amoindrie. Le "bâtard" n'appartient à aucune famille et il n'a pas de droits de succession à prétendre; c'est un étranger, c'est un intrus.

Par contre, toujours en vertu de la même morale chrétienne , ceux qui lui ont donné le jour lui doivent des aliments. Aussi l'ancien droit facilite-t-il la preuve de la filiation naturelle, aussi bien vis-à-vis du père que vis-à-vis de la mère. C'est à ce moment là que la recherche de la paternité a été admise le plus facilement, mais elle n'emportait, une fois établie, aucun droit de succession, elle n'emportait en faveur de l'enfant naturel qu'un droit aux aliments.

Chose curieuse, cette famille ancienne est restée longtemps intacte. Pendant des siècles elle a conservé cette cohésion tout à fait remarquable. C'est au XVIIIème siècle, que cette famille a commencé à être ébranlée sous l'influence de la philosophie du XVIIIème siècle, et surtout sous l'influence de la dissolution des moeurs. Mais encore ne faut-il pas exagérer, il semble

Source : BIU Cujas

bien, quoique la litterature du XVIIIème siècle nous dépeigne des moeurs scandaleuses qu'il en était de cette littérature comme de la nôtre; elle s'attachait surtout à des exceptions confinées dans un cercle restreint, l'ensemble restait sain:

c)Le double fondement de la famille dans la législation révolutionnaire: la liberté individuelle et l'égalité.

Qu'est-il advenu de la famille ancienne au cours de la Révolution? Si nous consultons la législation intermédiaire, tout est changé, c'est un bouleversement complet. Le législateur révolutionnaire a eu la superstition de la loi; il a cru qu'à elle seule elle pouvait changer les moeurs; il s'est donc efforcé de constituer une famille suivant son idéal philosophique, une famille qui serait fondée sur ces deux principes essentiels: la liberté individuelle et l'égalité.

La liberté individuelle: le mariage s'affranchit de la religion, il devient un contrat purement civil; il cesse d'être indissoluble et peut être rompu par le divorce, institution jugée nécessaire pour permettre à chaque époux de recouvrer sa liberté. Le divorce peut avoir lieu par consentement mutuel des époux; il peut même avoir lieu dans certains cas par la volonté d'un seul d'entre eux, pour incompatibilité d'humeur.

Par ailleurs, et toujours au nom de la liberté, le principe d'autorité, sur lequel est fondée l'ancienne famille, est battu en brèche; la puissance paternelle ne s'étend plus qu'aux mineurs. C'était déjà le système des pays de coutume; on abandonne le système des pays de droit écrit, le système romain, dans lequel la puissance paternelle est perpétuelle, dure jusqu'à la mort du "paterfamilias". Le consentement des parents au mariage des enfants n'est plus exigé que jusqu'à l'âge de la majorité. Et même une loi des 16-24 Août 1790 avait institué un tribunal domestique, composé de parents et d'amis et ayant pour mission d'exercer une surveillance sur l'exercice de la puissance paternelle par le père. Mais cette institution souleva tellement de critiques, tellement de difficultés et de querelles, qu'elle fut supprimée dès l'an IV.

Pour sauvegarder l'égalité, l'enfant naturel est assimilé pleinement à l'enfant légitime: il tient dans la famille la même place que lui, il a les mêmes droits, et notamment les mêmes droits successoraux. Mais, par contre - voilà le revers de la médaille - la Convention supprime la recherche de la paternité, et même de la maternité, n'admettant que la reconnaissance volontaire. Le législateur révolutionnaire, par une incroyable naïveté, était persuadé que le père et la mère naturels ne voudraient jamais se soustraire à leur devoir d'élever et de nourrir les enfants auxquels ils ont donné la vie. Il n'y a donc que la reconnaissance volontaire

Source : BIU Cujas

qui établisse la filiation.

Enfin, le droit d'aînesse, dans la mesure où il existait, est supprimé, et l'égalité absolue établie entre les enfants dans le partage des biens de leurs parents.

Voilà le bilan de l'oeuvre révolutionnaire en matière de droit de famille.

Résistance des moeurs aux innovations révolutionnaires

Est-ce à dire que les moeurs se soient conformées aux intentions du législateur intermédiaire? Dans une certaine mesure, oui. Dans les grandes villes, à Paris notamment, dans certains milieux, on s'était donné toute licence. Après la Terreur, à Paris, dans les grandes villes, ce fut une bacchanale, et une certaine année il y eut plus de divorces à Paris qu'il n'y avait eu de mariages! Car cette législation sur le divorce eut ce singulier effet, non seulement de multiplier les divorces, cela va de soi, mais encore de diminuer le nombre des mariages.

Quoi qu'il en soit, il paraît certain que, à part les grandes villes, et notamment la ville de Paris, les moeurs ne se sont pas conformées au désir du législateur révolutionnaire. C'est ainsi qu'on a pu constater que dans l'ouest de la France, le divorce avait été complètement ignoré, bien qu'il fût permis par la loi.

d) La famille dans le C.C. Caractère transactionnel de celui-ci

Les rédacteurs du Code civil, tout en conservant certaines formes issues du droit révolutionnaire, ont sur bien des points repris les idées anciennes, sans qu'il y eût de protestations. En cette matière, comme en beaucoup d'autres, les rédacteurs du Code civil ont adopté un système transactionnel. Du droit révolutionnaire ils ont conservé trois choses: la sécularisation du mariage tout d'abord, en second lieu le divorce, mais le divorce dans le Code civil est considéré comme un remède exceptionnel, on ne peut plus divorcer pour incompatibilité d'humeur; à la différence de ce qu'admettait la législation intermédiaire, le principe est l'indissolubilité du mariage, le divorce n'étant qu'une mesure exceptionnelle. La troisième mesure que les rédacteurs du Code civil aient empruntée à la législation révolutionnaire, c'est l'égalité successorale des enfants dans la succession de leurs père et mère.

La sécularisation du mariage; le divorce, l'égalité successorale

Situation inférieure des enfants naturels

Par contre, les rédacteurs du Code civil ont fait aux enfants naturels une condition inférieure et très dure, tout en maintenant l'interdiction de la recherche de la paternité, afin d'empêcher, disaient-ils en leur langage un peu pompeux, "afin d'empêcher de la part de certaines femmes impudentes l'inconcevable hardiesse de prétendre s'introduire dans les familles les plus distinguées et surtout les plus opulentes".

Source : BIU Cujas

L'autorité maritale et l'autorité paternelle

En outre, le Code civil consacre d'une façon très générale l'autorité maritale et l'autorité paternelle suivant les conceptions traditionnelles.

L'autorité maritale tout d'abord: c'est à la demande du Premier Consul que fut rédigé ce fameux article 213 qui a été supprimé l'an dernier, aux termes duquel la femme devait obéissance à son mari. Le Code civil maintient donc l'autorité maritale, le principe de l'obéissance due par la femme à son mari.

Une conséquence de l'autorité maritale, c'est l'incapacité de la femme mariée. La femme ne peut faire aucun acte juridique sans son autorisation.

Le Code civil rétablit, d'autre part, l'autorité paternelle, qui avait été battue en brèche par la Révolution. Le Code cependant sur ce point s'est rallié à la conception coutumière que la puissance paternelle prend fin à la majorité. Toutefois la puissance paternelle, dans le régime du Code de 1804, produit certains effets durant toute la vie du père ou de la mère en ce qui concerne le consentement au mariage. A partir d'un certain âge, l'enfant n'a plus besoin du consentement de ses père et mère pour se marier, mais il doit toujours leur demander conseil par des actes dits respectueux. C'est un régime qui a duré presque jusqu'à notre époque.

Les droits de la grande famille

Le Code de 1804 s'attache à maintenir la grande famille, la famille au sens large, telle que la connaissaient les moeurs et les droits anciens; droits des grands-parents en cas de disparition du père et de la mère, droits des parents même collatéraux en matière de tutelle, d'interdiction, d'opposition à mariage; droit successoral des collatéraux éloignés du défunt, qui sont héritiers jusqu'au douzième degré, alors que la loi ne prend en faveur du conjoint survivant aucune mesure; elle donne la préférence aux parents unis au défunt par les liens du sang. C'est le principe du maintien des biens dans les familles.

Voilà le régime du Code civil. Que ce régime institué par le code civil fût approprié aux familles françaises de l'époque, cela résulte de ce fait que pendant longtemps, la plus grande partie du XIXème siècle, les dispositions du Code sont demeurées intangibles. Une seule réforme fut apportée à la législation du Code civil: c'est la suppression du divorce par le gouvernement de la Restauration; en 1816 le divorce fut supprimé, et cette réforme ne souleva aucune protestation à cette époque.

c) Les transformations de la famille contemporaine

Si nous passons à l'époque contemporaine, si nous scrutons les moeurs, si nous consultons la loi, il est facile de nous rendre compte que de grands changements

Source : BIU Cujas

se sont produits dans l'organisation de la famille française depuis le Code civil. Les idées, les moeurs ont évolué, et surtout les conditions économiques se sont profondément transformées, avec le développement de la grande industrie, l'accroissement des fortunes, la formation d'une population ouvrière nombreuse. Notre époque a vu se produire des transformations considérables dans l'ordre matériel et aussi dans l'ordre moral.

Sans insister sur ce point dans ce tableau rapide, la direction dans laquelle s'est orientée la famille française dans la seconde partie du XIXème siècle peut être caractérisée de la manière suivante: désagrégation de la grande famille d'autrefois; dans la famille restreinte, maintenant composée du père, de la mère et des enfants, tendance très nette à l'émancipation des individus, donc, là aussi une sorte de désagrégation et en tout cas un affaiblissement.

Désagrégation de la grande famille: diminution progressive des droits héréditaires des collatéraux

Tout d'abord le XIXème siècle nous a fait assister à la désagrégation, à la dispersion de la grande famille d'autrefois. Autrefois, c'était un groupe vivace, qui comprenait jusqu'aux collatéraux éloignés. Cette désagrégation de la grande famille s'est produite d'abord dans les moeurs, avant d'avoir ses répercussions dans la loi. Sous quelles influences?

A notre époque où les déplacements sont faciles, où les nécessités de la profession ou des affaires appellent chacun loin du pays natal, la famille se disséminе nécessairement. La parenté collatérale perd de sa valeur; qui songe à des cousins éloignés qu'on revoit une fois par hasard, ou qu'on ne reverra peut-être jamais ?

Sans doute les collatéraux ont encore des droits, les droits que leur accorde le Code civil, mais ils en usent peu, à moins qu'il ne s'agisse de droits successoraux. Notamment dans la composition des conseils de famille les juges de paix n'hésitent pas, le cas échéant, à appeler les amis du mineur plutôt que des cousins.

Quant au droit de succession, qui est la prérogative essentielle des collatéraux, la législation y a apporté de sensibles atteintes. Une loi de 1891 a accordé au conjoint survivant l'usufruit de la moitié des biens que laisse le défunt, quand il n'y a pas de descendants. Ces droits du conjoint survivant se sont accrus depuis 1891; aujourd'hui le conjoint survivant a l'usufruit de la totalité des biens, en présence de collatéraux ordinaires; il recueille quelquefois même la moitié de la succession en toute propriété. D'autre part, les taxes fiscales frappent lourdement les parts

Source : BIU Cujas

successorales à mesure que le degré de parenté s'éloigne.

Enfin une loi de finances du 31 décembre 1917, dans son article 17, qui a modifié l'article 755 du Code civil, a décidé qu'en principe et sauf une exception, les parents collatéraux ne succèdent plus au-delà du sixième degré, alors que d'après le Code civil de 1804 ils succédaient jusqu'au douzième. Si une personne meurt ne laissant que des collatéraux au-delà du sixième degré, sans laisser d'époux, ou sans avoir fait son testament, sa succession revient à l'Etat.

L'émancipation des individus dans le groupe familial restreint.

Quant à la famille au sens restreint, composée du père, de la mère et des enfants; elle a nécessairement conservé sa vitalité; c'est la conséquence naturelle de la vie en commun et de la nécessité où se trouvent les enfants de vivre avec leurs parents; mais cette famille au sens restreint est moins nombreuse aujourd'hui qu'autrefois; crise de la natalité.

Dans ce petit groupe restreint, de grandes transformations se sont accomplies au cours du XIX° siècle et du XX°. Alors qu'autrefois les moeurs et la loi sacrifiaient tout à l'unité sociale du groupe, la tendance actuelle est à l'émancipation des individus dans la famille.

Tout d'abord le divorce a été rétabli en 1884, dans une mesure assez restreinte d'ailleurs, mais suffisamment large pour que les tribunaux, plus préoccupés de suivre le courant que de le remonter, accordent le divorce avec une facilité que beaucoup s'accordent à considérer comme tout à fait regrettable.

La condition juridique de la femme mariée s'est également améliorée dans le sens d'une plus grande indépendance de la femme vis-à-vis de son mari, dans le sens aussi d'un partage de l'autorité paternelle avec le mari, conséquences de son émancipation économique, en attendant son avènement à la vie politique. Cette émancipation civile de la femme s'est traduite l'an dernier par la suppression de la puissance maritale, notamment de l'incapacité de la femme mariée.

Enfin, la puissance paternelle a subi des restrictions, elle aussi, restrictions qui se caractérisent soit par une plus grande indépendance reconnue aux enfants, notamment en matière de consentement au mariage, soit par une intervention de l'Etat pour contraindre le père à remplir ses devoirs vis-à-vis de ses enfants; intervention de l'Etat qui peut se traduire par la déchéance de la puissance paternelle

Reproduction interdite

Source : BIU Cujas

prononcée contre le père, également par les lois sur l'instruction obligatoire, les lois sur le travail des enfants dans les manufactures, par les lois sur la protection des enfants matériellement ou moralement abandonnés.

Accroissement de l'union libre et des enfants naturels.

A côté de la famille légitime, qui reste toujours en fait et en droit la base de la société moderne, notre époque se caractérise par un accroissement des unions libres, conséquence du développement des centres industriels et urbains. Elle se caractérise par conséquent par la naissance d'un nombre relativement considérable d'enfants naturels.

En présence de cette situation, et sous l'influence d'idées sentimentales plus spontanées que réfléchies, le législateur a édicté certaines mesures favorables à l'enfant naturel et il s'est trouvé en conséquence, par cela même, favoriser l'union libre au détriment du mariage. C'est ainsi que la part successorale de l'enfant naturel a été augmentée en 1896.

La loi a permis la légitimation des enfants adultér

Enfin la recherche de la paternité a été admise dans certains cas. La puissance paternelle sur les enfants naturels a été réglementée un peu à l'imitation de ce qui se passe dans la famille légitime. Il y a dans toute cette législation une tentative d'organisation de l'union libre et de la famille naturelle.

La famille et le rôle du législateur.

De cette rapide esquisse de l'évolution de la famille française, il faut retenir cette idée, qui est vraie en toute matière juridique, mais plus particulièrement en matière de famille, c'est que la famille s'est développée selon les moeurs beaucoup plus qu'elle n'a obéi aux tendances de la loi.

Il ne faut pas en conclure d'ailleurs que le rôle du législateur en cette matière soit absolument inutile, loin de là. Le législateur doit savoir dégager des moeurs ambiantes les règles qu'il importe de consacrer officiellement, et surtout le législateur doit avoir la force et le courage de s'opposer à certaines tendances mauvaises, socialement dangereuses, destructrices des bonnes moeurs. Ce n'est pas la moindre tâche du législateur en pays démocratique que de savoir remonter certains courants, et imprimer ainsi une direction à la conscience publique.

Plan.

Nous allons entrer dans le détail des institutions propres à la famille. Parmi ces institutions familiales il en est deux qui ne font pas partie du programme de 1ère année: ce sont le régime des biens entre époux et le régime successoral; ces matières appartiennent au programme de 3° année.

Source : BIU Cujas

Cette étude de la famille sera divisée en trois parties:

I - La famille légitime
II - La famille naturelle
III - La famille adoptive.

Source : BIU Cujas

- I -

L A F A M I L L E L E G I T I M E

Cette première partie sera divisée en deux titres:
Titre I - La constitution de la famille légitime, le mariage.
Titre II - Les mesures d'assistance et de protection dans la famille légitime.

TITRE I

L A C O N S T I T U T I O N D E L A F A M I L L E L E G I T I M E :

L E M A R I A G E

Chapitre I - Formation du mariage
Chapitre II - L'état de mariage et ses conséquences à l'égard des époux et des enfants.
Chapitre III - Les événements qui mettent fin à l'état de mariage ou qui modifient les effets.

Source : BIU Cujas

Chapitre I

LA FORMATION DU MARIAGE

Le mariage base de la famille légitime.

La famille légitime est fondée sur le mariage; elle a pour base unique le mariage. Le mariage, outre des garanties de moralité, offre tant aux époux qu'aux enfants les conditions de sécurité qu'exige la constitution d'une famille, puisque seul le mariage à la différence de l'union libre, a une force obligatoire; il astreint les époux, sous la sanction de l'autorité publique, à s'acquitter des charges qui sont la conséquence de l'état matrimonial.

L'état de mariage résulte d'une convention, d'un contrat intervenant entre les futurs époux; c'est la convention de mariage, qu'on appelle mariage tout court.

Fondement contractuel du mariage.

La convention de mariage est un contrat. On l'a contesté cependant, influencé surtout par cette idée, qui avait cours dans l'ancien droit, que l'Eglise considère avant tout le mariage comme un sacrement. Mais il n'en est pas moins vrai qu'il y a à la base du mariage un accord de volontés productif de droits et d'obligations, donc un contrat.

Mais ce n'est pas à dire que le mariage soit un contrat comme un autre, n'importe quel autre contrat. Le mariage présente des caractères qui lui sont tout à fait spéciaux, qui tiennent au but social qu'il poursuit, à savoir la constitution d'une famille.

Caractères spéciaux du mariage en tant que contrat.

C'est pourquoi la loi fait du mariage tout d'abord un contrat solennel, un contrat qui exige des formes requises à peine de nullité. C'est pourquoi encore, et surtout, la loi soumet le mariage à des conditions qui lui sont spéciales, qui n'existent pas pour d'autres contrats, conditions d'aptitude naturelle, conditions d'ordre moral.

Enfin le mariage, contrat, est caractérisé par ce fait que les futurs époux ne peuvent en fixer librement les conditions, ni en régler la dissolution à leur gré. C'est la loi, pour des raisons d'ordre public, qui détermine les conséquences du mariage, règle l'état matrimonial, sans que les parties puissent déroger à ces dispositions.

Source : BIU Cujas

D'autre part, le mariage ne peut être dissous par la seule volonté des époux. Le divorce n'est admis que pour des causes limitativement énumérées par la loi. Jusqu'à nouvel ordre notre droit ne connaît pas le divorce par consentement mutuel, tout au moins en droit.

Il n'y a qu'une chose qui soit laissée à la volonté des époux, c'est le règlement de leurs intérêts pécuniaires. Le règlement des intérêts pécuniaires des époux est laissé à leur libre volonté dans une large mesure.

Caractère extra confessionnel du mariage.

A la différence de l'ancien droit, le Code civil considère le mariage comme un contrat purement civil. La Révolution a sécularisé le mariage comme elle a sécularisé l'état civil; elle a fait perdre au mariage le caractère confessionnel qu'il avait sous l'ancien droit. Sans doute les époux restent libres de faire bénir leur union suivant les rites de leur religion, mais le mariage civil et le mariage religieux sont absolument indépendants l'un de l'autre. La loi exige simplement, et cela à peine de sanction pénale, que la célébration du mariage civil précède celle du mariage religieux (art. 199 et 200 du Code pénal).

Influence du droit canonique sur la législation moderne du mariage.

Cependant, il faut reconnaître que dans la règlementation civile du mariage, le Code s'est inspiré, sur de nombreux points de la législation qui était en vigueur dans l'ancien droit et qui n'était autre que le droit canonique. Celui-ci, en effet, s'était assez rapidement substitué à la législation romaine ou aux coutumes barbares. L'Eglise poursuivit à cet égard un quadruple objectif:

1° Interdire la polygamie, car n'oublions pas que d'après les traditions des peuples barbares qui envahirent la Gaule, la polygamie était pratiquée chez les nobles germains, polygamie atténuée sans doute en ce sens qu'une seule épouse était la femme légitime, les autres n'étant que les concubines.

2° Elle entendit assurer l'indissolubilité du mariage. Jusque là, soit en droit romain, soit en droit germanique, le divorce était admis, divorce par simple répudiation. L'Eglise s'efforça d'assurer l'indissolubilité du mariage.

3° Elle s'efforça de règlementer les conditions de formation du mariage en instituant notamment des empêchements.

4° Enfin, s'agissant de régler la condition respective des époux, le droit canonique introduisit dans le mariage cette idée que le mariage est une association entre les époux, association dont le mari

Source : BIU Cujas

est d'ailleurs le chef.

Le droit canonique a fini, au bout d'un certain nombre de siècles, par s'imposer en France. Il a été la seule législation applicable au mariage; tous les procès en matière matrimoniale relevaient des juridictions ecclésiastiques. Cela n'a rien de surprenant d'ailleurs, puisque, jusqu'au XVIème siècle tout au moins, il y a eu unité de foi religieuse. Tout le monde reconnaissait dans le mariage un sacrement. Point n'était besoin, par conséquent, d'une double législation sur la matière.

Sur un point seulement il y eut conflit entre l'Eglise et l'Etat. Ce point litigieux était la question du consentement des ascendants au mariage.

La législation canonique, alors même que l'unité de foi avait été perdue en France, s'est appliquée en matière de mariage jusqu'à la Révolution. Le mariage jusque là a conservé son caractère confessionnel; c'est la Révolution qui a sécularisé le mariage. Mais malgré tout un grand nombre de principes canoniques ont passé dans notre législation. Toute la théorie des empêchements de mariage, des nullités de mariage, celle du mariage putatif, sont des théories inspirées, issues même du droit canonique.

Il est curieux de constater que la législation moderne du mariage s'est rapprochée encore de la conception canonique, en ce qui concerne le consentement des ascendants. Nous verrons, en effet, que les dispositions du Code, qui se montraient très rigoureuses à cet égard, ont été modifiées par la législation récente dans un sens tout à fait libéral et favorable au mariage. Le législateur moderne éprouve les mêmes préoccupations que l'Eglise: faciliter le mariage, éviter l'union libre autant que possible en écartant les obstacles que pourraient rencontrer les futurs époux.

Seulement, il y a une différence essentielle qui subsiste entre la législation civile et le droit canonique; c'est que la législation civile admet le divorce, tandis que le droit canonique pose en principe absolu et sans exception l'indissolubilité du lien conjugal autrement que par la mort de l'un des époux.

Nous allons étudier la formation du mariage. Ce chapitre sera divisé en quatre sections :

1 - Conditions de fond du mariage.

2 - Conditions de forme

3 - Sanctions de l'inobservation des conditions de fond et de forme: théorie des nullités de mariage.

4 - Preuve du mariage.

Source : BIU Cujas

Section 1

Conditions de fond du mariage

Ces conditions peuvent être rangées sous trois rubriques :

1°- Conditions d'aptitude naturelle des époux;

2°- Conditions d'ordre moral; il y en a deux;

3°- Absence de certaines causes constituant, d'après la loi, des empêchements de mariage.

1 - Première condition: Condition d'aptitude naturelle, condition d'âge

L'âge - Justification de cette condition

La loi n'admet en effet à contracter mariage que des personnes ayant atteint un certain âge. Quelle est la raison de cette disposition? Il y en a plusieurs.

D'abord, il est certain que l'un des buts du mariage - ce n'est pas le seul - étant la procréation des enfants, la loi n'admet à contracter mariage que les personnes ayant l'âge nécessaire à cet effet.

En second lieu, les mariages trop précoces risquent d'être défavorables à la santé des époux et les enfants issus de ces unions sont souvent des enfants mal portants ou débiles; tout au moins on le soutient dans certaines théories médicales.

Enfin, dernière raison, qui n'est pas la moindre: il est nécessaire que les futurs époux aient une maturité intellectuelle suffisante pour se rendre compte de l'importance du mariage et pour y donner un consentement réfléchi.

Age légal de la puberté- Possibilité et dispenses pour causes graves

Evidemment on ne pouvait déterminer individuellement pour chaque personne l'âge de la puberté, et c'est pourquoi la loi a dû fixer un âge qui a été déterminé d'une manière plus ou moins arbitraire.

L'article 144 du Code civil décide que l'homme avant 18 ans révolus, et la femme avant 15 ans révolus ne peuvent contracter mariage. Par conséquent, pour les hommes l'âge minimum est 18 ans, pour les femmes 15 ans.

Néanmoins, ajoute l'article 145, il est loisible au président de la République d'accorder des dispenses d'âge pour des motifs graves. Le président de la République peut toujours par décret accorder une dispense

Source : BIU Cujas

d'âge à l'un des époux, ou même à l'un et à l'autre des époux. Le seul motif grave qui soit généralement pris en considération, pour lequel la dispense soit accordée, c'est la grossesse de la femme.

Absence de toute autre condition d'aptitude naturelle. Indifférence de l'impuissance

C'est la seule condition d'aptitude naturelle qui soit exigée par la loi: l'âge. Lorsqu'une personne a atteint l'âge requis, elle peut se marier sans qu'on ait à s'inquiéter de savoir si elle est ou non apte à la génération. Notre législation ne fait pas de la procréation des enfants le but essentiel du mariage. C'est ainsi que dans notre droit des vieillards ont le droit de se marier et qu'à la différence de certaines législations notre droit admet les unions in extremis.

Enfin, le Code, à la différence du droit canonique à la différence de certaines législations étrangères, n'a pas fait de l'impuissance un empêchement de mariage. Tout autre était la conception de notre ancien droit. Pour le droit canonique, l'impuissance est un empêchement de mariage, et en tout cas une cause de nullité lorsque le mariage a été célébré.

Dans notre droit actuel on a reculé devant la difficulté qu'il peut y avoir à faire la preuve de l'impuissance. Cette preuve avait donné lieu dans l'ancien droit à une procédure tellement scandaleuse et inopérante que les parlements avaient interdit d'y recourir. L'impuissance n'est pas une cause d'empêchement de mariage. Il reste à savoir s'il n'y a tout de même pas des degrés dans l'impuissance. La question suivante s'est posée en principe. Il s'agissait d'un mari qui demandait la nullité du mariage qu'il avait contracté. Son épouse présentait toutes les apparences du sexe féminin, mais les organes internes faisaient défaut. La Cour avait estimé qu'il y avait là une cause de nullité, puisque le mariage suppose essentiellement une différence de sexe entre les époux; or, l'un des époux était un insexué; la Cour avait prononcé la nullité. Mais telle ne fut pas l'opinion de la Cour de Cassation; dans un arrêt du 6 Avril 1903, la Cour de Cassation décide que, du moment qu'une personne a toutes les apparences et tous les attributs extérieurs du sexe féminin, l'absence chez cette personne d'organes internes ne doit la faire considérer que comme atteinte d'impuissance naturelle, produit d'une conformation vicieuse.

On peut contester l'exactitude de cette solution. La conception quelque peu éthérée de la Cour de cassation en matière de mariage présente de sérieux inconvénients du point de vue moral en tout cas. Il est certain qu'en refusant d'annuler cette union, en obligeant

Source : BIU Cujas

l'un des époux à vivre avec cet être incomplet, on provoque cet époux à l'inconduite.

C'est pourquoi la législation canonique, qui est plus près des réalités, a toujours considéré qu'en pareil cas le mariage devait être annulé, et il en est ainsi d'un grand nombre de législations, telles que le Code civil allemand, le Code civil suisse, le Code civil italien, le Code civil espagnol, etc..

La question du certificat prénuptial

Reste à dire un mot d'une question qui est à l'ordre du jour actuellement. D'après un grand nombre de personnes, parmi lesquelles une majorité de médecins, il est une condition d'aptitude naturelle qui devrait être requise pour le mariage: c'est la santé, ou en tout cas l'absence chez les futurs époux de maladies contagieuses ou héréditaires. Ces partisans préconisent que tout mariage soit obligatoirement précédé d'un examen médical, qui serait suivi de la délivrance par le médecin d'un certificat qui serait nécessaire pour permettre aux futurs époux de contracter mariage. C'est la question du certificat prénuptial.

Il est certain que l'intention est louable. Des mariages contractés par des individus atteints de maladies contagieuses, atteints de maladies héréditaires telles que la folie, donnent lieu aux pires déboires, peuvent donner naissance à des êtres affligés de tares physiologiques.

Néanmoins, l'application du système est extrêmement délicate, il faut bien le reconnaître. Comment fixer exactement la limite à partir de laquelle le mariage sera interdit? Et puis, pourra-t-on se fier à un certificat délivré par un médecin quelconque? Faudra-t-il nommer en cette matière des médecins légistes, des médecins désignés par l'autorité judiciaire. Il y a des considérations morales qui doivent intervenir en cette matière. Le mariage n'est pas seulement une union corporelle, il est aussi un acte à caractère moral. Ce dernier point de vue est méconnu par les eugénistes. Refusera-t-on à un tuberculeux voué à une mort prochaine la consolation d'un mariage in extremis? Il est aussi des cas où le mariage n'est qu'une régularisation. Va-t-on condamner deux personnes à vivre en concubinage, sous prétexte que l'une d'elles est malade ?

C'est un problème extrêmement grave, qu'on ne peut trancher dans des articles de journaux! Il y a beaucoup de points de vue à considérer. Evidemment, l'intention est louable, mais il reste à savoir si la réalisation ne donnerait pas lieu à des inconvénients pires que le mal.

Une proposition plus modérée qui a été présentée au Parlement, consiste à exiger également l'examen médi

Source : BIU Cujas

cal de chaque futur, avec délivrance d'un certificat que chacun des futurs aurait l'obligation de communiquer à son fiancé. Le mariage resterait libre; il suffirait aux époux d'attester à l'officier de l'état civil qu'ils ont échangé leur certificat prénuptial; ils prendraient la responsabilité de se marier. Le système est plus modéré, mais il semble bien qu'il serait inopérant. Par délicatesse, les fiancés se dispenseront de l'échange des certificats et déclareront à l'officier de l'état civil que l'échange a été fait.

Il faut admettre l'un ou l'autre: ou le système du certificat prénuptial obligatoire, ou s'en tenir au régime actuel.

2 - Conditions morales

La loi a fixé des conditions d'ordre moral, en ce qui concerne la formation du mariage. Ces conditions sont au nombre de deux.

D'abord, pour certaines personnes, les mineurs, la loi exige le consentement de la famille, en principe le consentement des père et mère.

Puis, pour tous les futurs époux, qu'ils soient majeurs ou mineurs, la loi exige un consentement effectif et libre de la part de chacun des futurs époux.

A - Le consentement de la famille.

La majorité matrimoniale

La loi a fixé un âge au-dessous duquel une personne ne peut contracter mariage sans le consentement de certaines autres personnes, en principe ses père et mère. La loi admet bien qu'une femme puisse se marier à 15 ans, qu'un homme puisse contracter mariage à 18 ans, mais elle estime qu'à ces âges on n'a pas nécessairement la maturité intellectuelle suffisante pour donner un consentement parfait. Elle exige que les personnes en état de minorité obtiennent le consentement de leurs ascendants.

Il ne faut pas confondre l'âge de la puberté légale et l'âge de la majorité matrimoniale. L'âge de la puberté légale est 15 ans pour les femmes, 18 ans pour les hommes; au-dessous de cet âge on ne peut pas se marier, incapacité complète; au-dessus de cet âge, on peut se marier, mais jusqu'à 21 ans, on ne peut pas se marier sans le consentement de ses ascendants. C'est ce second point de vue que nous envisageons.

Evolution de la législation

La législation a été sensiblement modifiée à cet égard depuis le Code civil. Le Code de 1804 donnait une grande extension au droit de la famille lorsqu'il s'agissait d'autoriser le mariage d'un enfant. Le Code ne faisait en cela que suivre les traditions de notre

Source : BIU Cujas

ancien droit, qui sur ce point se trouvait en désaccord et même s'était trouvé en conflit avec le droit canonique.

Non exigence du consentement des parents au mariage des enfants mineurs en droit canonique

L'Eglise part du principe que le mariage doit être favorisé par tous les moyens possibles. Aussi le droit canonique considérait-il autrefois comme valable le mariage contracté sans le consentement des parents. Le Concile de Trente avait décidé que ces mariages étaient détestables mais valables: "Matrimonia vera et rata sed detestata".

Conflit sur ce point entre le pouvoir spirituel et le pouvoir royal. La pratique des Parlements; fixation en droit séculier de la majorité matrimoniale à 25 ans.

Dans notre ancienne France, l'Eglise se trouva sur ce point en conflit avec le pouvoir civil, qui entendait maintenir les droits de la famille afin d'empêcher les mésalliances, désir qui s'accordait fort bien avec cette conception d'une famille fortement organisée et unie que connaissait l'ancien droit. Dans cette conception, la famille ne peut se désintéresser de l'arrivée d'un nouveau membre dans le groupe familial. C'est donc, dans cette famille fortement organisée, une sorte de magistrature domestique qu'exercent les père et mère, les ascendants, lorsqu'ils sont appelés à consentir au mariage des enfants.

Dans sa lutte avec l'Eglise sur ce point - car ce fut une véritable lutte entre le pouvoir spirituel et le pouvoir temporel - le pouvoir civil, avec l'aide des parlements, obtint de réels avantages. Il serait trop long d'indiquer par quels détours juridiques. Le pouvoir temporel exigeait le consentement des parents, et même certains édits l'exigeaient sous peine de mort.

D'une façon générale la jurisprudence des parlements avait fixé à 25 ans l'âge de la majorité matrimoniale, c'est-à-dire l'âge au-dessous duquel les enfants ne pouvaient se marier sans le consentement de leurs ascendants. Au-delà de cet âge ils étaient encore obligés de requérir l'avis de leurs ascendants et de leur faire au besoin des sommations respectueuses, mais ils pouvaient passer outre en cas de refus.

Le droit intermédiaire, individualiste, fixa la majorité matrimoniale à 21 ans et il supprima au-dessus de cet âge les sommations respectueuses.

Le système du C.C.de 1804.Majorité matrimoniale de 21 et 25 pour la femme et pour l'homme. Les sommations respectueuses. Réformes successives à partir de 1890.

Le Code civil revint au système de l'ancien droit. La majorité matrimoniale était fixée en 1804 à 21 ans pour les filles, à 25 ans pour les Hommes. Au-dessous de ces âges respectifs, les uns et les autres ne pouvaient contracter mariage qu'avec le consentement de leurs parents. Le défaut de consentement mettait obstacle au mariage. Au-dessus de cet âge, l'enfant devait à tout âge demander le consentement de ses père et mère, ou à leur défaut de ses autres ascendants

Source : BIU Cujas

En cas de refus , l'enfant devait leur faire une ou plusieurs sommations respectueuses, et il pouvait passer outre si le refus était maintenu.

Ces dispositions restèrent en vigueur jusqu'à la fin du XIXème siècle. Elles ont commencé à être modifiées en 1896 et ont subi différentes modifications depuis. La tendance du législateur a été de favoriser le mariage, de faciliter le mariage. On est revenu par conséquent à la conception du droit intermédiaire, et on s'est donc rapproché de la conception canonique. On ne supprime pas la nécessité du consentement, mais on est arrivé ici à s'en tenir purement et simplement aux règles habituelles de la minorité.

Système actuel Loi de 1935. Majorité matrimoniale de 21 ans.

Dans le droit actuel, et depuis une loi du 2 Février 1933, la majorité matrimoniale est fixée à 21 ans. Jusqu'à 21 ans, les personnes qui veulent contracter mariage ne peuvent le faire qu'avec le consentement de leurs ascendants. Au-dessus de cet âge, le mariage est libre; il n'y a plus aucune espèce de sommations respectueuses à adresser, et on a même supprimé certaines notifications qui avaient été admises à partir de 1896. A partir de 21 ans, l'individu est majeur, il peut se marier librement; au-dessous de 21 ans, il lui faut le consentement de ses ascendants. Dans notre droit actuel, la majorité matrimoniale se confond donc avec la majorité ordinaire.

Le consentement familial au mariage d'un mineur

Plaçons-nous maintenant en présence d'un enfant mineur qui veut contracter mariage. Voyons quelles sont les personnes qui sont appelées à consentir à ce mariage.

Le Code civil distingue suivant qu'il s'agit d'un enfant légitime, d'un enfant naturel ou d'un enfant adoptif.

1-Enfant légitime. Consentement du père et de la mère; égalité des deux parents. Le dissentiment vaut consentement

1) s'il s'agit d'un enfant légitime, l'article 148 décide que les mineurs ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère. Par conséquent, le consentement doit être demandé au père et à la mère; mais en cas de dissentiment entre le père et la mère, ce partage emporte consentement.

C'est ici une innovation d'une loi de 1927. Jusqu'à cette loi du 17 Juillet 1927, le père avait la prépondérance, son avis l'emportait; s'il refusait son consentement, le mariage ne pouvait avoir lieu, quand bien même la mère eut consenti. Depuis la loi de 1927 le dissentiment entre le père et la mère emporte le consentement. Si la mère consent, et que le père refuse, le mariage peut avoir lieu. Le partage emporte consentement c'est un triomphe des revendications féministes.

Ce système s'applique soit que les père et mère vivent ensemble, soit qu'ils soient divorcés ou séparés

Source : BIU Cujas

de corps. Le divorce n'empêche pas le lien de filiation d'exister entre l'enfant et son père et sa mère. C'est généralement dans le cas où il y aura divorce ou séparation de corps que le dissentiment existera entre le père et la mère.

Consentement du survivant des père et mère

Si maintenant l'un des père et mère est décédé, ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, pour cause d'aliénation mentale ou d'absence, l'article 149 décide que le consentement de l'autre suffit. Donc, si le père est décédé, le consentement de la mère suffira. Le consentement de la mère est exigé en pareil cas même si elle n'est pas tutrice de son enfant, et le consentement de la mère est seul nécessaire.

L'article 153 assimile à l'ascendant dans l'impossibilité de manifester sa volonté l'ascendant qui subit certaines peines et notamment la peine de la relégation ou la peine des travaux forcés; dans ce cas il n'y a pas lieu de demander l'autorisation de cet ascendant.

Consentement des aïeuls et aïeules

Supposons que le père et la mère soient l'un et l'autre décédés, ou qu'ils soient l'un et l'autre dans l'impossibilité de manifester leur volonté, ou qu'ils soient l'un et l'autre déchus de la puissance paternelle; en pareil cas, l'article 150 décide qu'ils seront remplacés par les aïeuls et aïeules. Ce sont par exemple les grands-parents qui doivent donner le consentement.

Par "aïeuls et aïeules" on s'accorde à admettre que l'article 150 vise non seulement le grand-père et la grand-mère, mais encore le bisaïeul, s'il en existe un. Seulement, dans chaque ligne, paternelle ou maternelle, il n'est besoin de consulter que l'ascendant le plus proche en degré.

Supposons que la future épouse, qui a perdu son père et sa mère, a du côté paternel un grand-père, une grand-mère et une arrière grand-mère; il ne sera nécessaire de requérir le consentement que du grand-père et de la grand-mère; il n'est pas nécessaire de demander le consentement de l'arrière grand-mère.

Supposons que la future épouse ait du côté paternel son grand-père et sa grand-mère et du côté maternel une arrière-grand-mère seulement, il faudra consulter les grands-parents du côté paternel, puis l'arrière grand-mère qui représente la ligne maternelle.

Si les ascendants ne s'entendent pas, s'il y a dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule de la même ligne ou s'il y a dissentiment entre les deux lignes, ce partage emporte consentement. Par conséquent, dans la ligne paternelle, si le grand-père refuse son consen-

Source : BIU Cujas

tement et que la grand-mère accepte, ce partage vaut consentement. Si la ligne paternelle accepte et que la ligne maternelle refuse, ce partage vaut consentement.

Consentement du conseil de famille

Supposons qu'une personne ait ses quatre grands-parents, il suffit qu'un seul donne son consentement.

Supposons enfin, avec le Code civil, qu'il n'existe aucun ascendant. Le futur époux n'a plus ni père ni mère, ni aucun ascendant; ou bien ses ascendants sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté. L'article 159 décide qu'en pareil cas les mineurs de 21 ans ne pourront contracter mariage sans le consentement du conseil de famille.

Le conseil de famille représente ici les intérêts de la famille. Ce mineur qui n'a plus d'ascendant est certainement en tutelle; il est sous la tutelle d'une personne quelconque , un oncle, un parent ou un ami, mais ce n'est pas le consentement du tuteur qu'exige la loi, pour les autres actes de la vie civile, c'est le tuteur qui agira au nom du mineur; ici, on n'exige même pas le consentement du tuteur; la loi exige le consentement du conseil de famille, cette réunion de parents composée de six personnes et présidée par le juge de paix. Pourquoi n'exige-t-on pas le consentement du tuteur, mais celle du conseil de famille?

Deux raisons. D'abord, parce que c'est un acte grave que le mariage; l'on veut obtenir l'avis de plusieurs membres de la famille.

D'autre part, on se méfie un peu du tuteur. La tutelle en effet est une lourde charge et le législateur a pensé que le tuteur donnerait peut être trop facilement son consentement pour se débarrasser de la tutelle. En effet, le mariage émancipe.

La décision du conseil de famille est une décision souveraine comme celle du père ou de la mère ou de tout autre ascendant. Il n'y a aucun recours possible.

2-Personnes autorisant le mariage de l'enfant naturel. Distinction selon que la reconnaissance a été faite par un seul des parents ou par les deux.

2 - L'enfant naturel: l'article 158 décide que l'enfant naturel légalement reconnu qui n'a pas atteint l'âge de 21 ans accomplis ne peut contracter mariage sans avoir obtenu le consentement de celui de ses père et mère qui l'a reconnu, ou de l'un et de l'autre s'il a été reconnu par tous deux. Si l'enfant naturel n'a été reconnu que par sa mère, c'est le consentement de sa mère qu'il doit obtenir; s'il a été reconnu par ses père et mère il doit obtenir le consentement de l'un et de l'autre. En cas de dissentiment entre le père et la mère, le partage emporte consentement.

Enfant naturel non reconnu

Supposons que l'enfant naturel n'ait été reconnu ni par son père ni par sa mère; c'est un enfant né de père et mère inconnus; ou bien le père et la mère sont décédés à qui l'enfant naturel demandera-t-il le consentement?

Source : BIU Cujas

pas à ses autres ascendants. Il en est ainsi parce que la famille naturelle est une famille très restreinte, qui comprend uniquement le père, la mère et l'enfant. L'enfant n'est pas légalement le parent de ses grands-parents naturels. Par conséquent, lorsque le père et la mère naturels sont décédés, l'enfant naturel n'a pas à requérir le consentement de ses grands-parents. En pareil cas, l'article 159 décide qu'il ne peut se marier qu'après avoir obtenu le consentement de son conseil de famille. Le conseil de famille d'un enfant naturel, c'est le tribunal civil . Par conséquent l'enfant naturel né de père et mère inconnus, ou qui a perdu son père et sa mère, ne peut se marier qu'à la condition d'obtenir le consentement du tribunal qui tient lieu de conseil de famille.

3°-Mariage de l'enfant adoptif.Consentement de l'adoptant

3) L'enfant adoptif. L'enfant mineur qui a été adopté, L'article 352 décide que l'adoptant est appelé à consentir au mariage de l'enfant adopté. Si l'enfant a été adopté par un homme et une femme mariés, ce qui est assez fréquent, il faut le consentement de l'adoptant et de l'adoptante; en cas de dissentiment le partage emporte consentement.

Concomitance du consentement au mariage

A quel moment le consentement doit-il être donné? La réponse est très simple: c'est au moment de la célébration du mariage. A supposer que le consentement ait été accordé, il peut être révoqué jusqu'à la célébration, et, encore une fois, le refus de consentement émanant d'un ascendant est sans recours possible.

Formes du consentement

Le consentement peut être donné oralement, si ceux qui sont appelés à consentir assistent à la célébration. Sinon, il sera donné par écrit (Cf. art. 73). Il est un consentement qui est toujours donné par écrit, c'est celui du conseil de famille; c'est la délibération du conseil de famille qui sera présentée à l'officier de l'état civil.

Constatation du dissentiment des parents

En ce qui concerne le dissentiment, des formalités sont prévues par l'article 154. Le dissentiment entre le père et la mère ou entre aïeul et aïeule pourra être constaté par un notaire.

L'article 156 édicte une amende contre les officiers de l'état civil qui procéderaient à la célébration des mariages des mineurs sans s'être fait justifier du consentement requis par la loi.

Nécessité du consentement des époux

B - Le consentement des futurs époux.

Le mariage étant un contrat, supposant un accord de volontés, il est nécessaire pour son existence que les futurs époux consentent réellement à se prendre pour mari et femme. Si donc une personne est hors d'état de donner son consentement parce qu'elle est privée de

Source : BIU Cujas

raison, soit pour cause de folie, soit pour cause de faiblesse d'esprit, soit sous l'empire d'une cause momentanée telle que l'ivresse, le mariage ne peut avoir lieu ou n'est pas valable s'il a été contracté. C'est ce qui résulte de l'article 146: "Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement". C'est d'ailleurs le droit commun des actes juridiques.

La question du mariage des aliénés et spécialement de l'interdit judiciaire.

Mais à ce point de vue se pose une question: c'est la question du mariage des aliénés.

Pas de difficultés si une personne est atteinte d'aliénation mentale au moment de comparaître devant l'officier de l'état civil; elle ne peut pas consentir, le mariage est impossible, ou s'il est célébré, le mariage est certainement entaché de nullité.

Mais la folie n'est pas toujours un état permanent; elle comporte des intervalles lucides. Que décider d'un individu qui serait normalement en état d'aliénation mentale, mais qui se trouverait le jour de la célébration dans un intervalle lucide? L'autoriserait-on à se marier?

Faute d'un texte, il faut admettre que ce mariage est valable, solution qui peut être très fâcheuse puisque la folie est héréditaire.

Le Code Civil suisse décide que les personnes atteintes de maladies mentales ne peuvent pas contracter mariage, même si elles se trouvent dans un intervalle lucide, ou même si la maladie ne leur enlève pas l'usage complet de leur raison. Si une personne a des idées fixes, sans être complètement en état d'aliénation, en Suisse on lui interdira de se marier. Ici on comprend très bien l'institution du certificat prénuptial. En France, du moment qu'une personne, même dépourvue de raison habituelle, ou ayant des idées fixes, se présente devant l'officier de l'état civil dans un intervalle lucide, son mariage est valable.

Mais voici une difficulté. Les personnes en état d'aliénation mentale peuvent être l'objet d'une interdiction. L'interdit judiciaire est frappé d'une incapacité générale et d'une incapacité permanente qui s'applique à tous actes, même lorsque l'interdit est dans un intervalle lucide. C'est l'avantage de l'interdiction que de frapper l'interdit d'une incapacité qui dure et qui ne disparaît pas même quand l'individu est dans un intervalle où il recouvre sa raison.

Il semblerait dès lors que l'interdit ne pût jamais se marier, même s'il est dans un intervalle

Source : BIU Cujas

lucide. On lui interdit de passer une vente, on lui interdit de passer n'importe quel contrat, on doit a fortiori lui interdire de se marier. Mais ce n'est pas la solution de la jurisprudence. Dans un arrêt du I2 novembre I844, la Cour de cassation a admis qu'un interdit peut se marier du moment, bien entendu, qu'il est dans un intervalle lucide et que son mariage est valable. Plusieurs juridictions, tribunaux ou cours d'appel, ont admis la même solution depuis l'arrêt de la Cour de cassation (Poitiers 2o décembre I933 -Sirey, I934, II, 23). C'est évidemment une solution déplorable.

Il faut donc que les parties, les futurs époux soient en état de donner un consentement effectif au mariage.

Mesures prises pour assurer la liberté et l'effectivité du consentement. Comparution des époux en personne.

En matière de mariage, la loi prend des précautions particulièrement strictes dans le but d'éviter qu'une personne puisse être engagée dans les liens du mariage sans y avoir réellement consenti.

C'est ainsi que la loi exige que les époux comparaissent en personne devant l'officier de l'état civil et déclarent devant lui qu'ils veulent se prendre pour mari et femme (art. 75 C.C.). En un mot, le mariage par procuration est interdit dans notre droit. Il a été permis exceptionnellement au cours de la dernière guerre, mais c'était une disposition temporaire qui ne s'applique plus aujourd'hui. Il est indispensable que les futurs époux comparaissent personnellement devant l'officier de l'état civil; ils ne peuvent pas comparaître par mandataire.

Absence de valeur juridique des fiançailles. Possibilité de dommages intérêts pour rupture abusive des fiançailles causant préjudice à l'autre partie.

Dans le même but de réserver jusqu'au dernier moment l'indépendance des futurs époux, notre loi n'attache aucun effet à la promesse de mariage ou fiançailles. Toute promesse de mariage est sans valeur juridique, et l'un des fiancés peut toujours se dédire jusqu'au dernier moment. Les fiançailles par conséquent, si elles emportent un engagement moral, n'emportent aucun engagement juridique. Il en était autrement dans l'ancien droit, sous l'empire de la législation canonique. La législation canonique exige évidemment, elle aussi, le consentement des futurs époux; mais elle considère néanmoins que les fiançailles ont une valeur juridique. Dans notre droit, au contraire, les fiançailles n'ont aucune valeur juridique, n'ont qu'une valeur morale.

La conséquence, c'est que la rupture d'une promesse de mariage ne peut en principe donner lieu à des dommages-intérêts. En effet, la crainte d'avoir à payer des dommages-intérêts pourrait peser sur le consentement de l'époux, l'amener à consentir à un

Source : BIU Cujas

mariage qui lui déplairait.

Cependant, si cette rupture s'accompagne d'une faute dommageable vis-à-vis de l'autre fiancé, l'auteur de la rupture peut être condamné à des dommages-intérêts. Mais il s'agit alors d'une faute délictuelle fondée sur l'article 1382 du Code civil; elle n'est pas fondée sur la rupture du contrat de fiançailles, car il n'y a pas de contrat de fiançailles. Il faut que la rupture s'accompagne d'une faute dommageable de nature à causer un préjudice moral ou matériel à l'autre futur.

C'est au fiancé abandonné qu'il appartient de démontrer la faute commise par l'auteur de la rupture; l'auteur de la rupture n'a qu'à se défendre, il n'a rien à prouver. Le fiancé délaissé a une triple preuve à faire s'il veut obtenir des dommages-intérêts: 1° il doit prouver l'existence d'une promesse de mariage; 2° il doit prouver l'absence de motif légitime justifiant la rupture, rupture capricieuse, arbitraire; 3° le fiancé délaissé doit, pour obtenir une indemnité, démontrer le préjudice qu'il a subi, préjudice moral résultant du tort causé par un abandon injustifié, ou dommage matériel résultant des dépenses faites pour le mariage et devenues inutiles.

Mais comment faire cette triple preuve? Les deux derniers éléments à prouver, l'absence de motif légitime, le dommage matériel ou moral, peuvent être prouvés par tous moyens, même par témoins ou par présomption. Mais la promesse de mariage, d'après la jurisprudence, ne peut pas être prouvée par témoins; c'est un contrat, il faut faire la preuve par écrit.

La question du courtage matrimonial.

Au principe que le consentement des futurs doit être absolument libre jusqu'au dernier instant, se rattache une solution qui a été admise autrefois et qui est admise encore aujourd'hui par certains: c'est la solution qui déclare illicite le courtage matrimonial. On entend par là la convention par laquelle une personne, souvent une agence, s'engage à trouver un époux à celui qui a recours à ses services moyennant une rémunération.

Pendant longtemps la jurisprudence a déclaré qu'un semblable contrat était illicite et contraire aux bonnes moeurs. Par conséquent, aucune rémunération ne pouvait être exigée en justice de la part de l'époux qui avait eu recours à l'agence.

La jurisprudence la plus récente se montre moins défavorable que la jurisprudence antérieure au courtage matrimonial. Elle admet que si tout ce

Source : BIU Cujas

qui peut compromettre ou altérer le consentement des époux est immoral, par contre l'intermédiaire, qui a rempli sa mission sans recourir à des moyens immoraux ou frauduleux, a droit à une juste rémunération.

Voir notamment l'arrêt de la Cour d'Agen du 13 décembre 1909 (Sirey, 1910, II, 211). Mais les arrêts exigent que la rémunération ne soit pas excessive, et notamment qu'elle ne soit pas proportionnelle à la fortune que le mariage a procurée à celui qui a recours au service du courtier.

Des vices du consentement en matière de mariage.

Il ne suffit pas que le consentement de l'époux soit effectif, soit libre, il faut encore que la volonté de l'époux ne soit pas entachée d'un de ces vices qu'on appelle les vices du consentement. En matière d'actes juridiques, la loi prend en considération trois vices du consentement: l'erreur, le dol et la violence. En matière de mariage, l'article 180 fait bien mention comme causes d'annulabilité, de l'erreur et de la violence mais il passe le dol sous silence. Il faut en conclure que par lui-même le dol n'est pas considéré comme un vice de consentement en matière de mariage; il est considéré comme un vice du consentement s'il s'agit de l'achat d'un fonds de commerce, ou de tout autre acte pécuniaire, il n'est pas un vice de consentement en matière de mariage. C'est là une solution traditionnelle dans notre droit qu'un ancien adage, que rapporte Loisel, exprimait de la manière suivante: Dans le mariage, il trompe qui peut!

Cette solution, après tout, est raisonnable, parce que permettre à l'un des époux d'attaquer le mariage pour cause de dol commis à son égard par l'autre époux, pendant les pourparlers du mariage, aurait été ouvrir la porte à des demandes de nullités plus ou moins inconsidérées. Le législateur a pensé avec sagesse qu'il fallait prendre avant tout en considération la stabilité de la famille, et qu'il y avait lieu d'écarter les demandes de nullités fondées sur certaines déconvenues éprouvées par un conjoint touchant la fortune ou les antécédents de son conjoint alors même que certaines manoeuvres frauduleuses auraient été employées pour le tromper.

1°-La violence physique et morale.

Restent alors l'erreur et la violence. La loi admet comme vice du consentement d'un des époux, la violence (art. 180); c'est un des cas de nullité relative du mariage (al. 1er). Donc, le mariage consenti par l'un des époux sous l'empire de la violence physique ou morale est entaché de nullité. La violence physique est rare, parce qu'il faudrait supposer que cette violence ait eu lieu devant l'officier de l'état civil, par conséquent, il ne peut guère être question

Source : BIU Cujas

que de violence morale, cela s'est vu rarement.

Encore faut-il s'entendre sur le sens des mots "contrainte morale". La contrainte morale peut résulter de la menace de mauvais traitements, ou encore de la menace de déshériter l'enfant. Mais, à propos de la violence, le Code nous dit qu'il ne faut pas prendre en considération la crainte révérentielle, c'est-à-dire la crainte qu'un enfant peut avoir vis-à-vis de son père ou de sa mère. Si, devant l'insistance de son père ou sa mère, l'enfant finit par consentir à un mariage auquel il répugne, il ne pourrait pas soutenir qu'il a été violenté; il a voulu obéir à son père ou à sa mère, mais en somme, on ne peut pas dire qu'il y ait eu violence morale; la crainte révérentielle envers le père, la mère ou un autre ascendant, sans qu'il y ait eu violence exercée ne suffit pas pour annuler le contrat (art. III4 C.C.).

2°-L'erreur en la personne.

La loi prend en considération l'erreur (art. I80 al. 2). "Lorsqu'il y a eu erreur dans la personne, le mariage ne peut être attaqué que par celui des deux époux qui a été induit en erreur". Mais que faut-il entendre par erreur dans la personne?

Erreur sur la personne physique.

Rentre assurément dans cette définition, le cas d'erreur sur la personne physique du conjoint. Si, voulant épouser Pierre, une femme épouse Paul, c'est un cas d'erreur dans la personne. On pourrait même dire qu'il y a alors absence de consentement. C'est une hypothèse purement théorique aujourd'hui où l'on n'admet pas le mariage par procuration. Par conséquent si le Code n'avait été écrit que pour cette hypothèse, sa disposition serait inutile.

Erreur sur l'identité civile Interprétation restrictive de la jurisprudence.

Que faut-il entendre par erreur dans la personne ? La jurisprudence ici va se montrer extrêmement stricte, et on l'en a beaucoup critiquée. La jurisprudence considère qu'il y a erreur dans la personne en cas d'erreur de l'un des époux sur l'identité civile de son conjoint; erreur non pas sur la personne physique, mais sur l'état civil. C'est le cas de l'individu qui se fabrique un faux état civil, qui se présente dans une famille et qui réussit à épouser la fille, sous ce faux état civil. En pareil cas le mariage doit être annulé pour erreur; il y a eu erreur dans la personne civile. Pendant la guerre, cette jurisprudence a été appliquée au profit de jeunes filles qui avaient épousé des Allemands, lesquels s'étaient présentés comme d'une autre nationalité, ou comme Alsaciens-Lorrains (en ce sens Seine 5 avril I9I8, S. I920, 2, I29).

La jurisprudence refuse d'aller plus loin et de considérer comme erreur sur la personne toute erreur

Source : BIU Cujas

sur les qualités physiques ou morales d'un époux. C'est ainsi que dans un arrêt célèbre des chambres réunies de la Cour de Cassation, la Cour a refusé d'annuler un mariage par lequel une jeune fille avait épousé sans le savoir un forçat libéré. Même solution pour la jeune fille qui a épousé un prêtre défroqué, ou un individu impuissant.

Cette solution de la jurisprudence est critiquée par bon nombre d'auteurs, qui admettent au contraire la possibilité d'annuler le mariage pour cause d'erreur sur la personne toutes les fois que cette erreur porte sur une qualité essentielle que l'autre époux a prise en considération. Nous avons vu en effet à propos des actes juridiques que, lorsqu'il s'agit d'un acte juridique ordinaire, une vente ou n'importe quel autre contrat, ce contrat peut être annulé lorsque l'erreur porte sur la substance et notamment sur une qualité substantielle, la qualité essentielle que l'une des parties a eue en vue. Ne pourrait-on pas dire que, en matière de mariage, il doit en être ainsi a fortiori? Lorsqu'une jeune fille épouse un individu, elle l'épouse à raison de ses antécédents qu'elle croit honorables, et voilà qu'il s'agit d'un individu sans moralité, dont les antécédents sont déplorables, n'est-ce pas là une véritable erreur sur une qualité essentielle, c'est-à-dire la moralité d'un des conjoints?

Quoiqu'il en soit, la jurisprudence hésite à aller jusque là. Et on comprend ses hésitations, parce que si l'on étendait par trop la notion d'erreur dans la personne, cela permettrait de demander la nullité de bien des mariages, pour erreur sur la santé, erreur sur le caractère ou l'intelligence, ou toute autre qualité. Il faut tout de même donner une certaine stabilité à l'institution du mariage; on ne peut pas subordonner sa validité à des appréciations qui sont d'ordre subjectif.

On pourrait souhaiter cependant que la jurisprudence donnât plus de souplesse à notre notion d'erreur sur la personne. Il est vraiment des cas d'erreur qui, même du point de vue objectif, sont susceptibles de rendre la vie commune insupportable; par exemple le cas de l'individu qui a subi une condamnation infamante, qui a un passé déplorable. Si une jeune fille pratiquante épouse un prêtre qui a abandonné son ministère, il y a là une question de conscience; peut-on refuser d'admettre la nullité de ce mariage? Voilà des cas dans lesquels on pourrait peut être admettre la notion de l'erreur dans la personne. Ceci est tellement vrai qu'on est arrivé à voir dans ces faits un cas de divorce pour injure grave; par exemple, si le

Source : BIU Cujas

mari n'a pas fait connaître ses antécédents. On n'accorde pas alors la nullité, mais on admet le divorce! C'est absurde, parce que l'injure grave suppose qu'elle est commise entre époux, et non pas entre futurs époux, il vaudrait mieux admettre la nullité.

Tout vice du consentement autre que l'erreur ou la violence n'est pas pris en considération. Dans l'ancien droit on admettait la séduction comme vice du consentement; aujourd'hui il n'en est plus de même.

§ 3 - Les empêchements à mariage.

Pour que le mariage soit possible, il ne suffit pas que les conditions d'ordre naturel et les conditions d'ordre moral soient réunies. Il peut encore exister une ou plusieurs causes spéciales qui empêchent une personne de se marier; c'est ce que l'on appelle souvent pour cela: les empêchements de mariage, bien qu'on emploie aussi le mot "empêchements" dans un sens large toutes les fois qu'il manque une condition quelconque. Mais les conditions que nous allons voir sont plus généralement connues sous le nom d'empêchements de mariage proprement dits.

Ces empêchements qui étaient assez nombreux autrefois et même encore sous le régime du Code civil, ne sont plus aujourd'hui qu'au nombre de cinq, dont l'un est d'ailleurs très spécial.

I° - L'existence d'un mariage antérieur non dissous.

2° - Parenté ou l'alliance à un certain degré entre les futurs époux.

3° - La nécessité pour la femme d'observer ce que l'on appelle le "délai de viduité".

4° - Un empêchement résultant de l'état militaire.

5° - Un empêchement résultant de l'état d'étranger non admis à séjourner en France.

Voilà donc cinq causes qui, bien que toutes les autres conditions soient réunis, vont empêcher une personne soit définitivement, soit temporairement de se marier, l'empêcher de se marier soit d'une manière absolue avec n'importe quelle personne, soit d'une manière simplement relative, c'est-à-dire avec telle personne déterminée.

I°-Bigamie. I° - Premier empêchement: Constitue une cause d'empêchement au mariage et même d'empêchement absolu, l'existence d'un mariage antérieur non dissous. C'est le principe posé par l'article I47, qui consa-

Source : BIU Cujas

cre la monogamie: "On ne peut contracter un second mariage, avant la dissolution du premier".

La bigamie était, jusqu'à ces dernières années en droit pénal, un crime, c'est-à-dire une infraction passible de la Cour d'Assises, et punie des travaux forcés. Mais une loi du I7 février I933 a transformé la bigamie de crime en délit déféré au tribunal correctionnel et puni d'une peine correctionnelle.

Mesures prises pour empêcher la bigamie.

Pour empêcher la bigamie, la loi du I7 août I897 a pris deux mesures, qui sans être pleinement efficaces sont de nature à diminuer les cas de bigamie. Article 76, in fine: "Il sera fait mention de la célébration du mariage en marge de l'acte de naissance des époux".

Un autre texte vient compléter le contrôle: lorsqu'une personne veut se marier, elle doit produire une expédition de son acte de naissance. Si cette personne avait contracté un mariage antérieur, cette expédition doit nécessairement porter en marge la mention du premier mariage. Par conséquent, l'officier de l'état civil averti doit se faire justifier par l'époux que le premier mariage a été dissous soit par la mort, soit par le divorce. Pour éviter les fraudes l'art. 70 décide que l'acte de naissance ne devra pas avoir été délivré depuis plus de trois mois, s'il a été délivré dans une colonie ou dans un consulat.

Malgré ces précautions des gens arrivent à contracter un second mariage alors que le premier n'était pas dissous, mais les statistiques démontrent qu'il n'y a pas un grand nombre de cas de bigamie, poursuivis tout au moins.

2°-Empêchement de parenté ou d'alliance.

2° - Second empêchement: la loi interdit le mariage entre personnes unies par un lien de parenté ou d'alliance trop rapproché.

Cet empêchement est fondé sur deux raisons; d'abord une raison physiologique, discutée d'ailleurs par les médecins: les unions entre proches parents affaiblissent la race, donnent naissance à des enfants atteints de tares, mais les médecins disent que ce n'est pas le fait que deux personnes trop proches parents se marient qui entraîne cette déchéance de la race, c'est le fait que ces deux personnes étant très proches parents sont porteuses l'une et l'autre des mêmes tares. L'empêchement repose surtout sur une raison d'ordre moral. La raison d'ordre physiologique peut expliquer l'empêchement tiré de la parente, mais non l'empêchement tiré de l'alliance; la raison d'ordre moral explique l'un et l'autre empêchement. La loi ne veut pas que des personnes vivant sous le même toit ou en tous cas appelées à se fréquenter, s'abandonnent

Source : BIU Cujas

aux tentations charnelles, avec la secrète espérance que leur faute pourra être un jour réparée par un mariage. Voilà la véritable raison qui fonde l'empêchement.

A. Etendue de l'empêchement de parenté en ligne directe à l'infini.

A - Empêchement de mariage résultant de la parenté. (art. I6I et ss.).

En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants légitimes ou naturels. Donc, en ligne ascendante, le mariage est prohibé, et d'une manière absolue.

En ligne collatérale jusqu'au 3ème degré.

Art. I62: "En ligne collatérale, le mariage est prohibé entre le frère et la soeur légitimes ou naturels....." Ici la même prohibition concerne la parenté naturelle aussi bien que la parenté légitime.

Art. I63: "Le mariage est encore prohibé entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu". Ici, à la différence du droit canonique, le mariage n'est pas prohibé entre cousins germains.

En ce qui concerne l'article I63, la jurisprudence décide que l'empêchement de ce texte s'applique au grand oncle et à la petite nièce, à la grande-tante et au petit-neveu.

Empêchement fondé sur la parenté naturelle.

En ce qui concerne la parenté naturelle, le mariage est interdit entre ascendants et descendants naturels, et de même entre le frère et la soeur naturels. Mais comme la parenté naturelle n'existe légalement que lorsqu'il y a eu reconnaissance volontaire ou reconnaissance judiciaire, la question se pose de savoir si l'empêchement est subordonné, lui aussi, à l'établissement de la filiation par une reconnaissance volontaire ou judiciaire? La question a été discutée. Il serait vraiment scandaleux qu'un père naturel pût épouser sa fille non reconnue, ou qu'un frère naturel pût épouser sa soeur non reconnue. Cependant certains auteurs, logiques avec le point de départ, ont admis que du moment que la parenté n'était pas établie par les modes légaux, rien ne s'opposait à ce qu'un semblable mariage eut lieu. Malgré tout, M. Morel estime que la parenté naturelle constitue un empêchement, alors même qu'elle n'est pas établie légalement, pourvu qu'elle puisse être démontrée en fait (En ce sens, Versailles, I3 janvier I892, S.I892, 2, 89).

B. Alliance. Empêchement à l'infini en ligne directe et entre beaux-frères et belles soeurs quand

B - L'alliance: l'alliance constitue, dans certains cas un empêchement de mariage. L'empêchement est absolu en ligne directe; le mariage est prohibé entre les alliés en ligne directe.

En ligne collatérale, le Code civil prohibait d'une manière absolue le mariage entre beau-frère et belle-soeur, mais une loi du Ier juillet I9I4 est ve-

Source : BIU Cujas "Cours de Droit" Y Répétitions Ecrites et Orales
3, Place de la Sorbonne, 3 Reproduction interdite

le mariage qui produisait l'alliance a été rompu par le divorce.

nue restreindre cette prohibition. Article I62; "En ligne collatérale, le mariage est prohibé entre les alliés au même degré (que les frères et soeurs) c'est à-dire beau-frère et belle-soeur, lorsque le mariage qui produisait l'alliance a été dissous par le divorce". Par conséquent, depuis cette loi, il faut distinguer: si le mariage qui produisait l'alliance a été dissous par la mort de l'un des époux, le survivant peut, sans empêchement, épouser son beau-frère sa belle-soeur; si au contraire le mariage produisant l'alliance a été dissous par le divorce, l'un des époux divorcés ne peut pas épouser son beau-frère ou sa belle-soeur.

Cette différence s'explique en ce qui concerne le divorce, la loi ne veut pas, pour des raisons de moralité, qu'un époux puisse se libérer par le divorce dans l'intention d'épouser son beau-frère ou sa belle soeur. Par contre, lorsque le mariage qui produisait l'alliance est dissous par la mort, il n'y a parfois que des avantages, notamment au point de vue des enfants, à ce que l'époux survivant se marie avec son beau-frère ou sa belle-soeur, qui est en même temps l'oncle ou la tante des enfants. Voilà la raison de cette différence.

Tels sont les seuls empêchements résultant de l'alliance; il n'y en a pas d'autres; notamment, le mariage n'est pas prohibé entre l'oncle par alliance et la nièce par alliance, ni entre la tante et le neveu par alliance.

Quid de l'alliance naturelle?

Dans les cas où l'alliance constitue un empêchement, c'est une question controversée de savoir si cet empêchement s'étend à l'alliance simplement naturelle. C'est là encore une question délicate qui peut donner lieu à des situations scandaleuses. Voici deux frères naturels; l'un de ces frères est marié et le ménage vient à divorcer; est-ce que l'autre frère pourrait épouser sa belle-soeur naturelle? Ici encore il y a discussion; certains auteurs soutiennent que c'est possible, parce que l'alliance ne peut résulter que du mariage, d'autres préfèrent l'opinion contraire parce que la loi après tout ne dit pas que l'alliance soit restreinte à la famille légitime; les articles I6I et I62, en ce qui concerne la parenté, placent sur le même pied la parenté légitime et la parenté naturelle; c'est une solution plus conforme aux bonnes moeurs.

Il ne faut pas confondre cette question avec celle de savoir si l'union libre crée une alliance. Une femme ayant été mariée, avait une fille de ce mariage puis elle s'était mise en ménage avec un individu

Source : BIU Cujas

qui voulait épouser la fille de sa concubine. Le Tribunal de la Seine a jugé que c'était possible, parce que l'union libre ne crée pas d'alliance naturelle (21 juin 1907, S. 1908, 2, 180).

mpêchement ondé sur la arenté adop- ive.

L'adoption crée également des empêchements de mariage. Article 354: "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; et enfin entre l'adopté et les enfants qui pourraient survenir à l'adoptant".

ispenses per- ettant de le- er certains mpêchements.

Il reste à vous signaler que certains de ces empêchements peuvent être levés par une décision du chef de l'Etat. C'est le cas du mariage entre beau-frère et belle-soeur, dans le cas où le premier mariage a été dissous par le divorce; c'est également le cas pour le mariage entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu; le Président de la République peut accorder une dispense.

De même l'article 355 en matière d'adoption décide que certaines des prohibitions portées par l'article 354 peuvent être levées pour cause grave par dispense du chef de l'Etat: mariage entre enfants adoptifs du même individu, et entre l'adopté et les enfants survenus à l'adoptant.

Une loi du 10 mars 1938, modifiant l'article 164 du Code civil, autorise le Président de la République à lever, pour causes graves, la prohibition portée par l'article 161 aux mariages entre alliés en ligne directe, lorsque la personne qui a créé l'alliance est décédée. Désormais, à la condition d'obtenir une autorisation du chef de l'Etat, un beau-père veuf ou divorcé, pourra épouser sa belle-fille devenue veuve; un gendre devenu veuf pourra épouser sa belle-mère, veuve ou divorcée. Un homme marié avec une femme ayant une fille d'un premier lit pourra épouser cette dernière s'il devient veuf. Une femme mariée avec un homme ayant un fils d'un premier lit pourra épouser ce dernier si elle devient veuve: Phèdre pourra épouser Hippolyte.

3°-Empêchement de viduité pour la femme veuve ou divorcée (300 jours).

3° - Troisième empêchement spécial à la femme. L'article 228, dispose: "La femme ne peut contracter un nouveau mariage qu'après trois cents jours révolus depuis la dissolution du mariage précédent".

Le Code, dans son texte originaire disait dix mois; la loi de 1919 y a substitué trois cents jours.

Le Code ne comprenait, dans ce texte originaire que cette seule formule. Mais le législateur moderne

Source : BIU Cujas

est intervenu et a compliqué cet empêchement en y apportant des exceptions.

C'est là un empêchement temporaire spécial à la femme. Cette disposition s'explique non par une raison de convenance, comme on le dit quelquefois, mais par une raison d'ordre physiologique, parce que la loi, prévoyant le cas où cette femme mettrait au monde un enfant après la dissolution du mariage, a voulu qu'aucune incertitude ne pût exister sur le véritable père de l'enfant.

Le Code civil a en effet fixé le délai minimum et le délai maximum des grossesses au point de vue de la filiation, le délai minimum étant 180 jours, et le délai maximum de 300 jours, ce qui correspondait à peu près à dix mois; dix mois, c'est plus que 300 jours, voilà pourquoi le texte de 1919 a réduit à trois cents jours le délai de dix mois qui était prévu par le Code civil.

La confusion de part.

Si une femme met au monde un enfant moins de 300 jours après la dissolution du mariage, l'enfant est considéré comme né du mari défunt, légitime. Dès lors, s'il avait été permis à une veuve de se remarier immédiatement après le décès de son mari, et si cette femme avait mis au monde un enfant entre 180 jours après le second mariage et moins de 300 jours après la dissolution du premier, cet enfant aurait eu deux pères légitimes. La femme ayant mis au monde l'enfant 300 jours au maximum après la dissolution du premier mariage, l'enfant aurait été considéré comme né du premier mari, et d'autre part, si cette femme avait mis au monde l'enfant 180 jours ou plus après son second mariage, l'enfant aurait été considéré comme né du second mari . La loi a voulu éviter ce qu'on appelle une "confusion de part"; pour l'éviter on interdit à la femme de se marier avant l'expiration de 300 jours.

Point de départ du délai: système primitif.

Pendant longtemps l'empêchement a été absolu et sans exception. En outre le délai de trois cents jours (autrefois dix mois) avait un point de départ unique: c'était le jour de la dissolution du mariage, jour du décès du mari ou jour de la transcription du divorce.

Mais cela aboutissait à des conséquences qui avaient été jugées trop rigoureuses dans certains cas. Il est en effet des cas où la confusion de part n'est pas à redouter. Par exemple, supposez que la femme mette un enfant au monde deux mois après le décès de son mari; à quoi servirait-il de lui faire attendre huit autres mois pour lui permettre de se marier de nouveau? Ou bien encore il est des circonstances dans lesquelles il est possible de démontrer

Source : BIU Cujas

qu'il n'y a eu aucun rapprochement possible entre l'ancien mari et la femme. Dans ces cas-là n'était-il pas trop rigoureux d'imposer à la femme ce délai de trois cents jours?

Régime actuel.

Le législateur est intervenu à différentes reprises pour atténuer les conditions dans lesquelles on doit observer le délai de viduité. Cette matière est aujourd'hui assez compliquée. Il faut distinguer deux situations: le cas où le premier mariage a été dissous par le décès du mari; et le cas où le mariage a pris fin par le divorce.

I-Décès du mari.

Premier cas: dissolution du mariage par le décès du mari. En principe le délai de trois cents jours doit être observé et il court du jour du décès.

Exception:accouchement de la femme.

Mais, première exception, qui date d'une loi du 9 décembre 1922, ce délai prend fin en cas d'accouchement survenu depuis le décès du mari. Ici, plus de doute possible, il n'y a pas lieu de faire attendre plus longtemps cette femme qui vient de mettre un enfant au monde peu après le décès de son mari.

Abréviation judiciaire.

Deuxième exception: il s'agit ici d'une abréviation du délai ordonnéepar la justice. Elle est prévue par une loi du 4 février 1928, qui a ajouté un nouvel alinéa à l'article 228. Le président du tribunal dans le ressort duquel le mariage doit être célébré peut par ordonnance, sur simple requête de la femme, abréger le délai prévu par le présent article, lorsqu'il résulte avec évidence des circonstances que depuis trois cents jours le précédent mari n'a pas cohabité avec sa femme.

Il faut donc supposer qu'il soit établi d'une manière indubitable que depuis trois cents jours il n'y a pas eu de cohabitation possible entre les époux. Par exemple le mari qui est décédé était, avant son décès interné dans un asile d'aliénés et il est établi que depuis une certaine date il n'y a eu aucune entrevue entre le mari et la femme. Dans ces conditions on peut faire partir le délai de la dernière entrevue et du moment que trois cents jours se sont écoulés depuis celle ci, le président du tribunal, après constatation de l'exactitude des faits allégués, peut autoriser la femme à se remarier immédiatement.

2-Divorce. Avant 1907 transcription du divorce.

Deuxième cas: dissolution du mariage par le divorce. Avant une réforme qui est due à une loi du 13 juillet 1907, le délai de viduité commençait à courir du jour de la dissolution du mariage, c'est-à-dire du jour de la transcription du jugement de divorce sur les registres de l'état civil.

Or, lorsque la transcription du divorce est effectuée, il y a longtemps que les époux vivent séparés,

Source : BIU Cujas

puisque l'une des premières conséquences de l'introduction d'une demande en divorce par l'un des époux c'est l'ordonnance du président du tribunal qui permet aux époux de résider séparément. Il est bien vraisemblable qu'il n'y a pas eu d'entrevues entre ces époux en conflit.

Partant de là on a considéré que l'on ne pouvait faire supporter à la femme divorcée les conséquences de la lenteur avec laquelle s'est déroulée la procédure de divorce, et l'obliger ainsi à attendre trois cents jours après la transcription du divorce.

Loi de 1907: aussitôt après la transcription dès qu'il s'est écoulé 300 jours depuis l'ordonnance de résidence séparée.

De là la loi du 13 juillet 1907, qui a modifié l'article 296, et qui décide que la femme divorcée pourra se remarier aussitôt après la transcription du jugement ou de l'arrêt ayant prononcé le divorce, si toutefois il s'est écoulé trois cents jours depuis qu'est intervenue dans l'instance qui aura abouti au divorce l'ordonnance prévue à l'article 236 du présent Code. C'est l'ordonnance qui permet aux époux d'avoir une résidence séparée.

Aujourd'hui, en cas de procédure de divorce, le point de départ du délai de trois cents jours ne sera donc pas le jour de la transcription du jugement de divorce, qui peut intervenir des mois, peut-être même des années, après la demande; ce sera le jour de l'ordonnance du président qui a permis aux époux d'avoir une résidence séparée. Il faut attendre que le divorce soit prononcé, mais par cela seul que trois cents jours se sont écoulés depuis l'ordonnance, la femme peut se remarier immédiatement après la transcription du jugement de divorce sur les registres de l'état civil.

Abréviation du délai en cas d'accouchement de la femme.

D'autre part, le délai de trois cents jours qui court de l'ordonnance peut être abrégé. Supposez que le divorce ait été prononcé très rapidement, moins de trois cents jours après l'ordonnance du président, le délai peut encore être abrégé. Il est abrégé d'abord, article 296, en cas d'accouchement de la femme. Il est abrégé encore en cas de conversion de la séparation de corps en divorce (art. 297); cela se comprend, puisque la conversion de la séparation de corps en divorce ne peut intervenir que lorsque la séparation de corps a duré trois ans.

Abréviation judiciaire.

Enfin il y a une abréviation judiciaire possible par le président (art. 228). Le président peut, sur simple requête, abréger le délai prévu par l'art. 296, lorsqu'il résulte avec évidence des circonstances que depuis trois cents jours le précédent mari n'a pas cohabité avec sa femme.

Source : BIU Cujas

Mort du mari en cours d' instance.

Enfin des lois nouvelles modifiant le Code ont prévu un cas particulier: c'est le cas de mort du mari au cours d'une instance en divorce ou en séparation de corps (art. 296 pour l'instance en divorce; art. 306 pour l'instance en séparation de corps). Le mari meurt au cours de l'instance. L'instance disparaît; puisque le mariage est dissous par la mort, inutile de continuer la procédure de divorce ou de séparation de corps. Mais si l'on s'en était tenu là, il aurait fallu attendre trois cents jours à compter du décès, ou demander une abréviation au président; c'aurait été trop long. C'est pourquoi le législateur décide en pareil cas que si le mari meurt avant que le divorce ait été prononcé, ou avant que le jugement ou l'arrêt prononçant le divorce soit devenu définitif, la veuve pourra se remarier dès qu'il se sera écoulé trois cents jours depuis l'ordonnance initiale permettant la résidence séparée.

Nous avons maintenant à étudier deux autres empêchements de mariage, qui ne sont que des empêchement prohibitifs.

4-Empêchement prohibitif:autorisation des supérieurs pour le mariage des militaires.

4° - Quatrième empêchement: il est spécial aux militaires de carrière. Pour des raisons de discipline, différents décrets, -le plus ancien remontant à I808- interdisent aux militaires en activité de service de se marier sans l'autorisation de leur supérieur, autorisation qui est donnée pour les officiers par le ministre, pour les sous-officiers ou soldats par le conseil d'administration de leur corps. Les réservistes et territoriaux dans leurs foyers n'ont pas besoin de cette autorisation. Pendant la guerre de I9I4 on a supprimé la nécessité de l'autorisation, mais cette suppression n'a été que temporaire; elle subsiste.

Ce n'est qu'un empêchement prohibitif, c'est-à-dire que si un officier se mariait sans avoir obtenu l'autorisation du ministre, le mariage serait valable; mais l'officier encourrait une peine disciplinaire, et l'officier de l'état civil qui aurait célébré le mariage sans s'être fait représenter l'autorisation encourrait lui aussi une peine.

Signalons à cet égard un décret récent qui concerne les fonctionnaires du Ministère des affaires étrangères; ce décret du I5 juillet I938 décide qu'il est interdit aux agents et fonctionnaires du Ministère des affaires étrangères appartenant tant aux services extérieurs qu'à l'administration centrale, de contracter mariage sans avoir obtenu au préalable l'autorisation du ministre.

Source : BIU Cujas

En outre, le même décret interdit en principe à ces agents et fonctionnaires de contracter mariage avec une personne de nationalité étrangère. Cependant, une dérogation est possible en cas de circonstances exceptionnelles, mais il faut que la demande de mariage du fonctionnaire avec une femme de nationalité étrangère soit examinée par une commission, composée de fonctionnaires, et c'est après avoir reçu l'avis de cette commission que le ministre statue.

Il ne semble pas que l'officier de l'état civil soit tenu de se faire justifier de l'autorisation du ministre. Le texte ne l'exige pas. En tout cas, il est certain qu'il ne s'agit que d'un empêchement prohibitif; le fonctionnaire qui se marierait sans avoir obtenu l'autorisation du ministre encourrait assurément une peine disciplinaire, pourrait être révoqué, mais son mariage serait valable.

5°-Empêchement concernant le mariage des étrangers en France. D.L. de 1938.

5° - Dernier empêchement de mariage, tout à fait récent: il résulte d'un décret-loi du 12 novembre 1938, relatif à la situation et à la police des étrangers. Nous avons déjà rencontré une disposition de ce décret-loi à propos du domicile. C'est celle qui décide que les étrangers ne peuvent bénéficier des droits dont l'exercice ou la jouissance sont subordonnés par les textes législatifs à des conditions de domicile et de résidence en France que si, au moment où ils invoquent ces droits, ils ont été autorisés à séjourner sur le territoire français pendant une durée supérieure à un an. Pour ces étrangers, l'article 7 du décret décide que le mariage ne pourra être célébré en France du moment qu'ils ne remplissent pas les conditions exigées par l'article 1er.

Par conséquent, du momant qu'un étranger n'a pas obtenu des autorités compétentes l'autorisation de séjourner sur le territoire français pendant une durée de plus d'un an, il ne peut pas contracter mariage en France, quand bien même il y aurait sa résidence; il est interdit aux officiers de l'état civil de célébrer ce mariage.

De même, si un étranger, bien qu'ayant obtenu l'autorisation de séjourner en France, avait fait l'objet d'un arrêté d'expulsion, il ne peut plus désormais se marier en France; le mariage est interdit.

Enpêchement simplement prohibitif; le mariage sera valable s'il est contracté au mépris de cette disposition. Mais, l'officier de l'état civil qui célébrerait le mariage en violation des dispositions de la loi serait passible d'une amende; d'autre part l'étranger qui, sans remplir les conditions légales,

Source : BIU Cujas

aurait contracté mariage en France sera puni d'une amende de I6 à 300 frs et d'un emprisonnement de trois mois au moins et de six mois au plus.

Empêchements abrogés.

Voilà les seuls empêchements de mariage qui existent dans notre droit. Il n'y en a pas d'autres. Il y en avait deux qui étaient autrefois prévus par le Code et qui ont été abrogés: l'empêchement de mariage tiré de l'adultère, et l'empêchement tiré d'un divorce précédent.

Il n'existe aucun empêchement dans notre droit à raison de la différence de couleur, ou de la différence de religion. De même nous ignorons ce que les législations de certains pays connaissent: l'interdiction du mariage entre individus de race aryenne et individus d'autres races.

De même aucun empêchement de mariage ne résulte de l'engagement du futur époux dans les ordres sacrés. La question a été longuement discutée autrefois de savoir si les officiers de l'état civil étaient en droit de célébrer le mariage d'un prêtre. Finalement la Cour de cassation a admis qu'il n'existe aucune loi qui interdise le mariage aux prêtres catholiques au regard de l'autorité civile, bien entendu (Cassation, 25 janvier I888, Sirey, I888, I, I93). Aujourd'hui la question n'est plus douteuse, depuis la séparation des Eglises et de l'Etat. Elle se posait autrefois à raison de l'existence d'un concordat; aujourd'hui le Concordat a été aboli, il y a séparation des Eglises et de l'Etat, la question n'est plus susceptible d'être controversée.

Section II

Conditions de forme du mariage.

A raison de l'importance sociale du mariage, la loi entoure cet acte juridique de formalités nombreuses. Ces formalités sont les unes antérieures au mariage, et les autres relatives à sa célébration. Nous aurons à étudier:

I° Les formalités antérieures au mariage;
2° Les oppositions à mariage;
3° La célébration du mariage.

I° - Formalités antérieures au mariage.

Ces formalités sont de deux sortes: a) les publications; b) la remise de certaines pièces par

Source : BIU Cujas

les futurs époux à l'officier de l'état civil.

But des publications, simplication de leur régime.

a) Les publications sont des mesures destinées à faire connaître au public le projet de mariage, afin que toute personne ayant connaissance d'un empêchement à la célébration du mariage puisse avertir l'officier de l'état civil au besoin en faisant opposition. Toute cette matière a été réglée par une loi du 2I juin I907, qui a remplacé les dispositions primitives du Code civil et qui les a remplacées dans un sens de simplification. Autrefois les publications étaient quelque chose de très compliqué; aujourd hui c'est très simple; on peut se demander même s'il est utile de les conserver peu de personnes en prennent connaissance!

En quoi consistent les publications? Cela est réglé dans différents textes, les articles 63 à 65 et les articles I66 à I69 du Code civil.

Forme de la publication; mention qu'elle contient.

Article 63: Avant la célébration du mariage, l'officier de l'état civil fera une publication par voie d'affiche apposée à la porte de la maison commune. C'est donc un affichage à la porte de la mairie. Cette publication énoncera les noms, prénoms, professions, domiciles, résidences des futurs époux, ainsi que le lieu où le mariage sera célébré. Le mariage peut être célébré dans différents endroits; il faudra indiquer dans la publication le lieu où les époux ont choisi pour célébrer leur mariage.

L'affiche en question doit rester apposée à la porte de la mairie pendant dix jours, et le mariage ne peut être célébré avant le dixième jour depuis et non compris celui de la publication. En outre, cette publication n'a qu'un effet temporaire; elle ne vaut que pour un an. L'article 65 décide que si le mariage n'a pas été célébré dans l'année à compter de l'expiration du délai de la publication, il faudra faire une nouvelle publication avant la célébration du mariage.

Différents lieux où doit avoir lieu la publication.

En quel lieu doit être faite cette publication? L'article 66 dit: La publication doit être faite à la municipalité du lieu où chacune des parties a son domicile ou sa résidence. Pour éviter les fraudes (le changement de domicile peut être en effet très récent), l'article I67 dispose que si le domicile actuel ou la résidence actuelle n'ont pas été d'une durée continue de six mois, la publication doit être faite au lieu du dernier domicile, et à défaut du dernier domicile au lieu de la dernière résidence; et si cette dernière résidence n'avait pas elle-même une durée de six mois, la publication devrait être faite au lieu de la naissance.

Source : BIU Cujas

Enfin, article 168: Si les futurs époux, ou l'un d'eux, sont mineurs, la publication doit encore être faite à la municipalité du domicile des ascendants, à supposer que la résidence du futur époux ne soit pas le domicile de ses ascendants.

Dispense de publication.

Mais, il y a une dispense possible en cas d'extrême urgence, par exemple mariage in extremis. Le procureur de la République dans l'arrondissement duquel sera célébré le mariage peut dispenser pour cause grave de la publication et de tous les délais même de l'affichage; article 169.

Nous verrons d'ailleurs que les publications ne sont pas exigées à peine de nullité.

Pièces à remettre à l'officier de l'état civil.

b) En second lieu, l'officier de l'état civil doit, avant la célébration du mariage, se faire remettre par les futurs époux certaines pièces, qui lui permettent de constater que les époux présentent les conditions de capacité requises d'abord, de constater aussi qu'il n'y a aucun empêchement. Par exemple les futurs époux doivent présenter leur acte de naissance. Cet acte de naissance ne doit pas avoir été délivré depuis plus de trois mois, ceci pour empêcher la bigamie. Il faut aussi présenter les actes relatifs au consentement des parents ou du conseil de famille si le futur époux est mineur. Il y a à ce sujet des difficultés en ce qui concerne le consentement des ascendants. Il peut arriver que l'on ignore ce qu'est devenu l'ascendant; s'il est décédé, il suffit de présenter son acte de décès; mais un individu qui vit dans une grande ville peut très bien ignorer ce que sont devenus ses ascendants. En pareil cas, cela ne peut pas empêcher la célébration du mariage. Il y a des formalités qui sont prévues par les articles 149 et 160. Se reporter aux textes.

Actes de naissance, actes concernant le consentement des ascendants.

Il y a parfois de nombreuses pièces à produire. Ce sont des formalités qu'on voudrait simplifier encore parce qu'elles sont de nature à empêcher le mariage, à amener des unions libres, il y a trop de pièces à produire, trop de formalités, des frais. Il existe une loi du 8 décembre 1850 qui facilite le mariage des indigents.

2° - Les oppositions à mariage.

Les mesures de publicité antérieures au mariage sont destinées à provoquer l'intervention des personnes qui auraient connaissance d'un empêchement à la célébration du mariage. Par conséquent toute personne est invitée à faire connaître l'empêchement dont elle a connaissance à l'officier de l'état civil.

Source : BIU Cujas

Dénonciation d'un empêchement à l'officier de l'état civil.

La dénonciation d'un empêchement à l'officier de l'état civil peut revêtir deux formes:

a) Le simple avis purement officieux;

b) L'opposition.

a)Non obligation pour l'officier d'état civil de tenir compte d'un avis officieux lui révélant un empêchement.

a) L'avis officieux. Toute personne quelconque peut donner avis à l'officier de l'état civil d'un empêchement de mariage. Théoriquement, l'officier de l'état civil n'est pas obligé de tenir compte de cette sorte de dénonciation, mais en pratique si l'empêchement paraît sérieux, si la dénonciation paraît fondée, anonyme ou non anonyme, l'officier de l'état civil examinera si l'empêchement existe bien et il **sursoira** à célébrer s'il y a un doute. L'officier de l'état civil qui célébre un mariage au mépris d'un empêchement est, en effet, passible d'une peine, et par conséquent l'avis officieux que l'officier reçoit est de nature à l'inciter à la prudence et à l'examen.

b)Obligation pour l'officier d'état civil de s'abtenir de célébrer le mariage devant une opposition.

b) Mais il est un autre acte beaucoup plus efficace; c'est l'opposition.

L'opposition, qui est un acte juridique dont la loi règle les formes et les conditions. L'opposition lorsqu'elle est régulière oblige l'officier de l'état civil à surseoir à la célébration du mariage tant qu'une mainlevée, volontaire de la part de l'opposant, ou judiciaire, ne lui est pas représentée.

Si, en effet, l'officier de l'état civil célébrait le mariage au mépris de l'opposition, il encourrait par cela même une peine, et le cas échéant une condamnation à des dommages-intérêts au profit de l'opposant (art. 182).

A. Limitation du nombre des personnes pouvant faire opposition.

A. L'opposition est donc un acte grave, puisqu'elle entrave la célébration du mariage, elle oblige l'officier de l'état civil à surseoir à célébrer. Aussi, à la différence de l'ancien droit qui accordait le droit d'opposition à toute personne quelconque, notre droit actuel a-t-il restreint le droit d'opposition au profit de certaines personnes limitativement énumérées par les articles 172 et suivants du Code civil. Il n'y a que certaines personnes qui puissent faire opposition.

Ascendants.

Quelles sont ces personnes? Il faut d'abord citer les ascendants de l'un des futurs époux. A cet égard, notre législation a été modifiée récemment, en 1919 et en 1933.

Pouvoir arbitraire des ascendants de faire opposi-

Autrefois, sous le régime du Code civil, le droit d'opposition des ascendants était un droit presque absolu. Sous le Code civil les ascendants pouvaient faire opposition pour n'importe quelle

Source : BIU Cujas

tion dans le C.C.

cause, et même, jusqu'à une loi du 8 avril I927, ils n'étaient pas obligés d'indiquer dans leur opposition le motif pour lequel l'opposition était faite. C'était une sorte de magistrature domestique qu'exerçaient les ascendants. En un mot, le droit d'opposition pouvait être exercé uniquement pour entraver le mariage.

C'était là une prérogative particulièrement énergique que la loi accordait aux ascendants, d'autant plus grave qu'elle pouvait s'exercer, -et qu'elle s' exerçait généralement- à l'égard d'enfants majeurs. Pour les mineurs, les ascendants n'avaient pas besoin de l'opposition; ils n'avaient qu'à refuser leur consentement; mais pour les majeurs, les ascendants n' avaient qu'un moyen d'entraver la célébration, c'était de faire une opposition, une opposition mal fondée, sans raison valable.

Sans doute, lorsque cette opposition n'était fondée sur aucun empêchement réel, l'enfant pouvait en obtenir la mainlevée en s'adressant à la justice, mais il lui fallait engager une procédure, procédure dans laquelle les ascendants employaient quelquefois toutes sortes de moyens dilatoires; ils faisaient défaut, puis opposition au jugement par défaut, appel: l'affaire pouvait traîner jusqu'à la Cour de cassation, si bien que pendant ce temps là le mariage ne pouvait être célébré, et il arrivait quelquefois que l'enfant, lassé de cette procédure, abandonnait son projet de mariage.

On pouvait se demander s'il était bien nécessaire d'envenimer les discordes de famille par des procès, lorsque pour finir c'était l'enfant qui avait le dernier mot, pourvu qu'il eût l'énergie de résister et d'attendre. Si l'opposition était mal fondée, il devait arriver un jour plus ou moins proche où une décision définitive ordonnerait la mainlevée de l'opposition.

Loi de I927 exigeant que l'opposition soit motivée.

La loi du 8 avril I927, modifiant l'article I76 du Code civil, a mis fin à cet abus en exigeant que tout acte d'opposition, même émanant d'un ascendant, fut motivé et reproduise le texte de la loi sur laquelle est fondée l'opposition. Par conséquent, aujourd'hui, même si c'est un ascendant qui fait opposition, il faut qu'il indique la raison de cette opposition et qu'il indique le texte de la loi sur lequel il fonde l'existence d'un empêchement.

Il reste un vestige de l'ancien droit absolu d' opposition reconnu aux ascendants, c'est qu'en cas de mainlevée de l'opposition par le tribunal, celui-ci ne peut condamner l'ascendant à des dommages-inté-

Source : BIU Cujas

rêts; tandis qu'il pourrait condamner tout autre opposant.

Interdiction d'un renouvellement d'opposition par un ascendant après la main levée de l'opposition d'un autre ascendant

En tout cas, la loi a mis fin à un abus qui s'était produit quelquefois: le renouvellement d'une opposition mal fondée. L'article 173 décide qu'après main elvée judiciaire d'une opposition au mariage formée par un ascendant, aucune nouvelle opposition formée par un ascendant n'est recevable ni ne peut retarder la célébration. Si un ascendant a formé une opposition pour un motif, qui a été rejeté, il ne peut pas former une nouvelle opposition pour un autre motif. Bien plus si un ascendant a formé une opposition, un autre ascendant ne pourra pas, après la main levée de la première opposition, former une deuxième opposition. Autrefois, le père formait une opposition, elle était rejetée; alors la mère recommençait et formait une nouvelle opposition. Aujourd'hui, du moment qu'une opposition a été formée par un ascendant et a été rejetée, aucune autre opposition émanant soit du même ascendant, soit d'un autre ascendant n'est recevable.

Ascendants qui peuvent faire opposition

Quels sont les ascendants qui peuvent faire opposition? C'est d'abord le père et la mère. S'ils existent l'un et l'autre, aucun autre ascendant ne peut former opposition. A défaut de père et de mère, les grands-parents peuvent former opposition au mariage. S'il s'agit d'un enfant naturel, le droit d'opposition est ouvert au père ou à la mère, et à l'un et l'autre s'ils l'ont reconnu l'un et l'autre.

Droit d'opposition du conjoint en cas de bigamie

Il est une autre personne qui a le droit de faire opposition à un mariage: c'est le conjoint de l'époux qui se proposerait de contracter un second mariage avant que le premier fût dissous. C'est une opposition qui est destinée à empêcher la bigamie. Article 172: "Le droit de former opposition à la célébration du mariage appartient à la personne engagée par mariage avec l'une des deux parties contractantes".

Si le divorce a été prononcé et est devenu définitif un époux divorcé ne peut pas faire opposition au remariage de son ex-conjoint.

Personnes pouvant faire opposition à défaut d'ascendants. Certains collatéraux dans deux cas.

Il est encore d'autres personnes à qui la loi reconnaît le droit de faire opposition au mariage, mais ces personnes ne peuvent agir qu'à défaut d'ascendants. Ce sont d'abord certains proches parents: article 174: le frère ou la soeur, l'oncle ou la tante, le cousin ou la cousine germains. A défaut d'ascendants, ces personnes peuvent faire opposition au mariage de leur parent, mais la loi exige encore que les opposants soient majeurs, et encore ces personnes ne peuvent faire opposition que pour l'un des deux cas suivants:

Source : BIU Cujas

1°- Lorsque le consentement du conseil de famille requis par l'article 159 n'a pas été obtenu. Il faut supposer que le futur époux est mineur, qu'il n'a plus aucun ascendant et qu'il entend se marier sans avoir demandé l'autorisation du conseil de famille; en pareil cas l'un des parents énumérés à l'art. 174 peut faire opposition au mariage.

Opposition fondée sur l'état e démence du utur époux

2°- Lorsque l'opposition est formée sur l'état de démence du futur époux, Mais la loi y met encore une condition: "cette opposition, dont le tribunal pourra prononcer main levée pure et simple, ne sera jamais reçue qu'à la charge par l'opposant de provoquer l'interdiction et d'y faire statuer dans le délai qui sera fixé par le jugement".

La loi décide d'abord que le tribunal saisi d'une demande de main levée pourra ordonner immédiatement cette mainlevée si la démence lui paraît n'être pas prouvée du tout. En tout cas, la loi exige que l'opposant provoque l'interdiction du futur époux contre le mariage duquel il a formé opposition.

Ce texte est intéressant parce qu'il vient à l'appui de la thèse que nous soutenions au sujet du mariage de l'interdit. Nous nous sommes demandé précédemment si un individu interdit pouvait se marier. A notre avis, non, puisqu'un interdit est incapable de faire aucun acte juridique. A l'appui de cette opinion on peut invoquer le texte que nous étudions en ce moment. Puisque la loi exige que le parent qui fait opposition au mariage pour cause de démence provoque l'interdiction, cela indique bien que si l'interdiction est prononcée le mariage ne pourra pas être célébré. Tel n'est pas cependant l'avis de la Cour de cassation, qui admet la validité du mariage de l'interdit, à condition que celui-ci soit dans un intervalle lucide.

Opposition du tuteur ou du curateur

Enfin, article 175: le droit d'opposition est ouvert encore au tuteur ou au curateur du futur époux mineur, dans les deux cas prévus par l'article 174, c'est-à-dire: 1°- lorsque le futur époux mineur n'a pas demandé l'autorisation du conseil de famille, et 2° en cas de démence, et à charge bien entendu de provoquer l'interdiction. Il faut en outre que ce tuteur ou ce curateur soit autorisé à faire opposition par le conseil de famille. Le tuteur, c'est le représentant du mineur non émancipé; le curateur est l'individu qui assiste le mineur émancipé.

Telles sont les seules personnes auxquelles la loi reconnaisse le droit d'opposition à mariage. Il faut refuser ce droit à toute autre personne sans exception. Notamment les descendants ne peuvent en aucun cas faire opposition au mariage de leurs père ou mère ou autres ascendants.

Source : BIU Cujas

Droit d'opposition du ministère public

Cependant il est un magistrat auquel, bien que la loi n'ait rien dit, une jurisprudence constante reconnaît le droit d'opposition: c'est le procureur de la République. La jurisprudence reconnait au ministère public le droit de faire opposition à un mariage toutes les fois que, si ce mariage avait été célébré, le ministère public aurait le droit d'en demander la nullité Nous verrons que dans certains cas de nullité absolue, le ministère public a le droit de demander la nullité du mariage. On en conclut que le ministère public qui peut demander la nullité a le droit de s'opposer à ce que le mariage soit célébré. Cette solution paraît tout à fait raisonnable.

D'après certains auteurs, le ministère public aurait même toujours le droit de former opposition à un mariage, même si l'opposition était fondée sur un empêchement qui n'autoriserait pas ce magistrat à demander la nullité du mariage dans le cas où il aurait été célébré. On invoque à cet égard un texte sur lequel on discute beaucoup, un certain article 46 de la loi du 20 Avril 1810, aux termes duquel le ministère public poursuit l'exécution des lois dans celles de leurs dispositions qui intéressent l'ordre public. L'ordre public est toujours intéressé à ce qu'un mariage ne soit pas célébré contrairement à une disposition de la loi. Par conséquent, disent certains auteurs, dans tous les cas il faut reconnaître au ministère public le droit de faire opposition à un mariage, même si l'on est dans un cas où le mariage ayant été célébré il n'aurait pas le droit d'en provoquer la nullité. La question est discutée.

B-Formes et contenu de l'acte d'opposition

B - Quelles sont les formes de l'opposition? Elles sont minutieusement fixées par la loi. L'opposition à mariage est un acte signifié par huissier. L'article 176 décide que cet acte doit énoncer la qualité qui donne à l'opposant le droit de former opposition : ascendant, époux engagé dans les liens d'un premier mariage, etc...L'acte d'opposition doit contenir également les motifs de l'opposition et reproduire le texte de la loi invoquée sur lequel est fondée l'opposition. En outre, et ceci est une disposition tout à fait exceptionnelle (article 66), l'acte d'opposition doit être signé sur l'original et sur la copie par l'opposant. En principe, les actes d'huissier n'ont pas à être signés par la partie au nom de laquelle la signification est faite; il suffit de la signature de l'huissier. Ici, pour marquer la responsabilité de celui qui fait l'opposition, on l'oblige à signer l'original et la copie de l'acte d'huissier.

Source : BIU Cujas

Nécessité d'une élection de domicile dans l'opposition. Son utilité

Enfin l'acte d'opposition doit contenir élection de domicile dans le lieu où le mariage doit être célébré. Ce lieu est connu, puisqu'il doit figurer dans la publication. Cette élection de domicile a pour but d'attribuer compétence au tribunal du lieu où le mariage doit être célébré. Le lieu où le mariage doit être célébré, est celui du domicile ou de la résidence de l'un des futurs époux. On évite ainsi au futur époux de porter sa demande en main levée devant le tribunal du domicile de l'opposant, qui peut être fort éloigné.

Signification de l'acte d'opposition

L'acte d'opposition doit être signifié par ministère d'huissier. Il doit être signifié: 1°- aux futurs époux, à chacun des futurs époux et 2° à l'officier de l'état civil qui doit célébrer le mariage.

C-Obligation pour l'officier d'état civil de ne pas procéder au mariage. Quid en cas d'opposition manifestement irrégulière en la forme ou mal fondée

C - Quels sont les effets de l'opposition?

L'opposition a pour effet d'obliger l'officier de l'état civil à surseoir à la célébration du mariage, sans qu'il puisse se faire juge du mérite de l'opposition.

Seulement une question se pose: l'opposition peut être irrégulière en la forme et elle peut être mal fondée.

Dans ce cas, l'opposition va-t-elle empêcher la célébration? En général les officiers de l'état civil se montrent extrêmement prudents. Dès qu'ils sont saisis d'une opposition, ils s'empressent de surseoir, sans se faire juges du mérite de l'opposition.

Mais cette opposition mal fondée ou irrégulière en la forme peut causer un grave préjudice aux futurs époux, si bien que certains auteurs admettent que lorsque l'opposition est manifestement irrégulière en la forme, l'officier de l'état civil a le droit et même le devoir de n'en pas tenir compte.

Il faut admettre également que l'officier de l'état civil doit passer outre lorsque l'opposition est formée par une personne sans qualité, ou encore lorsqu'elle est formée pour une cause qui n'est pas un empêchement de mariage. S'il s'agit d'une opposition purement fantaisiste, on comprend parfaitement que l'officier de l'état civil non seulement ait la possibilité de passer outre, mais doive passer outre, sous peine d'engager sa responsabilité.

Disparition des effets de l'opposition par la main levée ou l'expiration d'une année

Les effets de l'opposition cessent lorsque la main levée est donnée amiablement par l'opposant, qui finit par consentir au mariage, ou encore lorsque la main levée est ordonnée par la justice.

En outre, et ceci est une innovation qui date d'une loi du 15 mars 1933, après une année révolue, l'acte d'opposition cesse de produire effet. Supposez qu'une opposition ait été formée; il n'y a pas eu demande de

« Les Cours de Droit »
3, Place de la Sorbonne, 3
Répétitions écrites et orales
Reproduction Interdite
Source : BIU Cujas
Y

mainlevée; au bout d'un an , l'opposition cesse de produire effet, le mariage pourrait être célébré, mais l'opposition peut être renouvelée, du moment qu'il n'y a pas eu mainlevée judiciaire.

La procédure de mainlevée judiciaire

Le futur époux contre qui l'opposition a été faite, ou même, d'après certains arrêts, l'autre futur époux, peut assigner l'opposant devant le tribunal pour entendre prononcer la mainlevée de l'opposition. La demande de mainlevée peut être formée même par un futur époux mineur (art. 177). Le tribunal statue; s'il existe un empêchement, le tribunal maintient l'opposition; si aucun empêchement légal n'existe le tribunal donne mainlevée de l'opposition.

La loi du 15 Mars 1933 modifiant le Code civil s'est efforcée de prendre des dispositions de nature à hâter la procédure et à empêcher l'opposant d'user de moyens dilatoires, comme le faisaient autrefois certains ascendants. L'article 177 (texte de 1933) décide que le tribunal de première instance doit prononcer dans les dix jours de la demande de mainlevée. En pratique, c'est un délai dépourvu de sanction et qui généralement ne pourra pas être observé.

Règles spéciales à l'appel

D'autre part, s'il y a appel de la part de l'opposant, ou de la part du futur époux, dans le cas où la mainlevée aurait été refusée, la cour d'appel doit statuer également dans les dix jours de l'acte d'appel.

En outre, pour le cas où l'appel serait formé par l'opposant qui aurait vu son opposition déclarée mal fondée, la cour doit statuer même d'office, dit l'art. 178. Quand bien même le futur époux qui a obtenu la mainlevée en première instance ne constituerait pas avoué devant la cour d'appel, l'opposant ne peut plus faire traîner l'affaire devant la cour; celle-ci doit statuer d'office dans les dix jours.

Jugement par défaut. Suppression de l'opposition

Une autre disposition tend à empêcher une manoeuvre dilatoire; les jugements et arrêts par défaut rejetant les oppositions à mariage ne sont pas susceptibles de cette voie de recours qui est ouverte contre les jugements par défaut et que l'on appelle l'opposition. Si l'opposant fait défaut et que la mainlevée soit ordonnée, il n'a pas le droit de faire opposition au jugement rendu par défaut.

Possibilité de dommages intérêts sauf contre les ascendants

Enfin, l'article 179 décide que si l'opposition est rejetée, les opposants, autres néanmoins que les ascendants, pourront être condamnés à des dommages-intérêts. Cette disposition est de nature à faire réfléchir ceux qui voudraient former des oppositions mal fondées; ils pourront être condamnés à des dommages-intérêts. Cependant aucune condamnation à des dommages-intérêts ne peut être prononcée contre l'ascendant.

Source : BIU Cujas

Caractère solennel du mariage

3 - La célébration du mariage.

Le mariage, contrat civil, est un contrat solennel. On donne cette appellation à une catégorie de contrats dont la validité est soumise à des formes particulières; par exemple, le contrat de mariage est un contrat solennel parce qu'il doit être passé par devant notaire. Il ne serait pas valable, il serait nul s'il était passé par acte sous seing privé. Il y a dans notre droit un certain nombre de contrats solennels. Le mariage est à classer dans la catégorie des contrats solennels, c'est-à-dire que le consentement des parties ne suffit pas; ce consentement doit être accompagné de l'observation de certaines formes prescrites par la loi.

Ces formes sont : 1°- la présence personnelle des époux, absolument indispensable, 2°- la célébration du mariage par un officier de l'état civil, qui doit déclarer les époux unis au nom de la loi.

Célébration du mariage civil avant celle du mariage religieux.

Tout mariage célébré sans l'observation de ces formes est nul ; certains disent même inexistant, mais nous verrons qu'il n'y a pas de différence pratique entre la nullité et l'inexistence. Ces formes sont donc prescrites à peine de nullité; en particulier le mariage religieux est sans valeur pour la loi civile. La loi civile interdit la célébration du mariage religieux avant celle du mariage civil si cette règle subsistait encore. Dans notre conception législative, on ne veut pas que des personnes puissent se contenter du mariage religieux, négliger le mariage civil. C'est qu'en effet ces époux qui seraient mariés religieusement ne seraient pas considérés comme mariés d'après la loi civile et leurs enfants seraient des enfants illégitimes.

Comment est célébré le mariage ?

Lieu où peut être célébré le mariage

Et d'abord, en quel lieu? L'article 165 doit être combiné sur ce point avec l'article 74 du Code civil. Il résulte de ces deux textes que le mariage peut être célébré au lieu où l'un des deux époux a son domicile ou sa résidence établis par un mois au moins d'habitation continue à la date de la publication.

La loi se montre très libérale; un mois d'habitation suffit pour constituer la résidence matrimoniale, qu'on appelle quelquefois le domicile matrimonial. Si chacun des époux a un domicile et une résidence distincts, il y a quatre lieux dans lesquels le mariage peut être célébré et ils ont le choix du lieu de la célébration.

au jour fixé par les époux

Le jour du mariage est désigné par les parties, dit l'article 75.

Célébration publique du mariage

Le mariage, décide l'article 165, doit être célébré publiquement devant l'officier de l'état civil de la

Source : BIU Cujas

commune: le mariage doit être célébré publiquement et dans la maison commune, à la mairie. Publiquement, c'est-à-dire que le public doit être admis à entrer dans la salle où se célèbre le mariage.

Célébration à la mairie

Le mariage doit être célébré à la mairie, voilà le principe (article 75). Mais en cas d'empêchement grave, en cas de maladie d'un des époux, le procureur de la République peut requérir l'officier de l'état civil de se transporter au domicile de l'un des époux pour y célébrer le mariage, et même en cas de péril imminent, de mort de l'un des époux, l'officier de l'état civil peut d'office se transporter au lieu du domicile de cet époux, sauf ensuite à en faire part au procureur de la République. Il doit être fait mention dans l'acte de mariage de la nécessité où l'on a été de ne pas célébrer le mariage à la mairie.

présence des parties

La présence des parties est absolument nécessaire, soit que le mariage ait lieu à la mairie, soit qu'il ait lieu au domicile de l'un des époux. La loi n'admet pas le mariage par procuration; les époux ne peuvent pas être représentés par un mandataire.

A ce principe il a été apporté une exception au cours de la guerre par deux lois: une du 4 Avril 1915, qui visait les militaires aux armées, et une du 19 Août 1915, qui visait les prisonniers de guerre. Les uns et les autres pouvaient dans certaines conditions se marier par procuration. Ces deux lois ont une portée permanente; lors d'une guerre future, elles pourraient s'appliquer aux militaires aux armées et aux prisonniers de guerre.

Témoins

Le mariage doit être célébré devant deux témoins; autrefois il en fallait quatre; le nombre en a été réduit à deux.

Formes de la célébration

Quant aux formes de la célébration elles sont indiquées dans l'article 75.

Textes à lire aux époux

Le Code a toujours exigé qu'on donnât lecture aux futurs époux des textes du code civil relatifs aux effets du mariage entre époux. Une loi de 1919 avait réduit cette lecture à trois textes, les articles 212, 213 et 214, textes assez brefs , qui décidaient, comme le fait aujourd'hui encore l'article 212, que les époux se doivent mutuellement fidélité, secours et assistance; l'article 213 ancien décidait que le mari doit protection à sa femme, et la femme obéissance à son mari; l'article 214 ancien disposait que la femme doit habiter avec son mari.

Depuis la loi du 18 Février dernier, ces textes ont été modifiés. Sauf l'article 212, qui exige toujours l'observation des devoirs de fidélité, de secours et d'assistance, ils ont été remplacés (articles 213 et

Source : BIU Cujas

214) par des textes d'allure contentieuse. L'un nous dit que la femme a le droit de demander au tribunal de ne pas habiter avec son mari; et l'article 214 actuel vise la saisie-arrêt qu'un époux peut pratiquer sur les revenus de l'autre.

On a considéré qu'il était quelque peu singulier d'inaugurer l'état matrimonial en déclarant aux époux au moment de la célébration qu'ils peuvent plaider l'un contre l'autre. C'est pourquoi plusieurs propositions ont été déposées au parlement pour abroger cette partie de l'article 75 qui exige la lecture de ces trois textes. Mais pour le moment cette lecture est encore exigée.

Questions posées par l'officier de l'état civil

L'officier de l'état civil doit interpeller les futurs époux et leur demander s'ils ont fait un contrat de mariage. En effet, l'acte de mariage devra porter la mention ou qu'il n'a pas été fait de contrat de mariage, ou qu'il en a été fait un, et indiquer le notaire qui a reçu ce contrat.

Puis l'officier de l'état civil doit demander aux époux s'ils consentent à se prendre pour mari et femme, et les époux doivent répondre affirmativement, s'ils le veulent.

Que décider lorsqu'il s'agit d'un sourd-muet? Il a été jugé que le sourd-muet peut manifester son consentement d'une manière quelconque pourvu qu'elle soit évidente, par signe ou par écrit.

Caractère pur et simple du consentement

En tout cas, le consentement ne peut être soumis à aucune condition; il doit être pur et simple.

Prononcé de l'union par l'officier de l'état-civil.

Lorsque les époux ont répondu affirmativement l'un et l'autre, ils ne sont pas encore mariés; il est encore temps pour eux de se dédire. Le mariage n'existe que lorsque l'officier de l'état civil a prononcé la formule sacramentelle qu'au nom de la loi ils sont unis par le mariage. C'est à ce moment-là seulement que le mariage est définitif. La législation civile est plus formaliste sur ce point que le droit canonique, pour lequel les époux sont les ministres du sacrement, le prêtre n'étant qu'un témoin qui donne une bénédiction.

Rédaction de l'acte de mariage

La loi prescrit enfin qu'il soit dressé un acte de mariage, acte de l'état civil, mais cet acte n'est pas nécessaire à la conclusion du mariage, il n'est qu'un moyen de preuve. Le mariage existe indépendamment de la rédaction du contrat. L'article 76 indique les mentions que doit contenir cet acte de mariage.

Source : BIU Cujas

Section III

Sanctions de l'inobservation des conditions de fond et des conditions de forme du mariage

Nous supposons qu'un mariage a été célébré en l'absence d'une des conditions de fond ou de forme prescrites par la loi. Par exemple, l'un des époux n'a pas l'âge légal; l'un des époux était engagé dans les liens d'un précédent mariage (bigamie) ; ou bien il existait un empêchement fondé sur la parenté ou l'alliance; ou bien l'une des conditions de forme n'a pas été observée. Nous allons voir quelle est la sanction de la violation des dispositions légales.

Le problème des nullités en matière de mariage

D'une façon générale, en matière d'actes juridiques l'inobservation des prescriptions légales entraîne la nullité de l'acte.

Néanmoins il n'en est pas toujours ainsi; il est des conditions de validité d'un acte juridique qui sont d'importance secondaire et dont l'inobservation n'est pas sanctionnée par la nullité. Nous allons voir ce qu'il en est en matière de mariage, parce qu'en cette matière la nullité présente une gravité exceptionnelle qu'elle n'a pas pour d'autres actes juridiques. L'annulation d'un mariage entraîne des conséquences regrettables puisque les époux sont censés n'avoir jamais été mariés et que s'il y a eu des enfants ceux-ci doivent être considérés comme des enfants naturels.

Avant d'aborder la question des nullités de mariage il est absolument nécessaire de donner quelques renseignements sur les nullités d'actes juridiques en général. Ces règles générales s'appliquent en principe au mariage mais il y a cependant des exceptions. La théorie générale des nullités ne s'applique pas sans exception en matière de mariage.

Théorie générale des nullités des actes juridiques

La nullité, sanction de

Considérons un acte juridique quelconque, une vente, un contrat de louage, un testament, peu importe. Suppo-

Source : BIU Cujas

l'absence d'une condition de validité d'un acte juridique

sons qu'il ait été fait en violation d'une disposition de loi. Supposons encore qu'il manque d'un des éléments essentiels, par exemple une donation doit être passée par devant notaire, elle n'a pas été passée par devant notaire; ou bien encore c'est un contrat qui a été passé par un incapable, sans l'observation des prescriptions relatives à la représentation des incapables; ou bien c'est un contrat qui a été passé par une personne dont la volonté a été viciée par l'erreur, le dol ou la violence.

Conséquences de la nullité

Dans tous ces cas, l'acte est frappé de nullité; il est dépourvu d'effet. Conséquences:

1) Si l'une des parties réclame l'exécution de l'acte, l'autre peut s'y refuser, elle n'est pas engagée;

2) S'il y a eu exécution de l'acte, l'une des parties peut exiger la restitution de ce qu'elle a payé ou de ce qu'elle a livré en exécution de cet acte nul; l'acte est dépourvu d'effet; s'il n'a pas été exécuté, on ne peut pas en demander l'exécution; s'il a été exécuté, il faudra opérer des restitutions.

La théorie des nullités des actes juridiques a été construite par la doctrine et la jurisprudence. Nous ne trouvons dans le Code à cet égard que des textes épars, relatifs à certaines hypothèses, mais pas de texte d'ordre général.

Distinction de la nullité absolue et de la nullité relative

En matière de nullités, une distinction fondamentale doit être faite entre deux catégories de nullités. Il y a des actes qui sont frappés de nullité absolue, appelés aussi quelquefois nuls de plein droit, c'est la nullité absolue. Puis, il y a des actes qui ne sont frappés que d'une nullité relative, appelée aussi annulabilité.

C'est une distinction qui est posée implicitement à l'occasion d'un cas particulier, dans l'article 1117 du Code civil. Au sujet des conventions entachées d'un vice du consentement, l'article 1117 nous dit qu'elles ne sont pas nulles de plein droit, elles ne sont pas entachées de nullité absolue, elles donnent seulement lieu à une action en nullité ou en rescision dans les cas indiqués par la loi. Il s'agit ici d'une nullité relative.

Mais dans quels cas y a-t-il nullité absolue, dans quels cas y a-t-il nullité relative?

A-Cas de nullité absolue

R - Il y a nullité absolue dans deux catégories de cas:

a)absence d'un élément essentiel

1°- Lorsqu'il manque à un acte juridique un élément essentiel à sa formation , par exemple le consentement d'une des parties; une des parties n'a pas consenti, ou elle ne pouvait consentir parce qu'elle était en état de démence, le consentement manque. C'est encore le cas

Source : BIU Cujas

où un acte solennel a été passé sans l'observation des formalités requises; par exemple, une donation doit être en principe passée par devant notaire, elle est soumise à certaines formes; si la donation n'est pas passée par acte notarié, si l'on n'a pas observé les formes requises par la loi, la solennité fait défaut, et l'acte est nul de plein droit.

b)violation d'une disposition d'ordre public

2°- En second lieu, un acte est entaché de nullité absolue lorsqu'il a été passé en violation d'une disposition d'ordre public, ou lorsqu'il est contraire aux bonnes moeurs (article 6 du Code civil); c'est une nullité d'ordre public.

Conséquences de la nullité absolue

Quelles sont maintenant les caractéristiques de la nullité absolue? Quelles sont les conséquences de la nullité absolue? Elles sont au nombre de trois:

1 - tout intéressé peut l'invoquer

1) Première conséquence de la nullité absolue; toute personne intéressée, quelle qu'elle soit, peut invoquer la nullité, aussi bien les parties à l'acte que leurs héritiers ou que leurs créanciers ou même un tiers quelconque qui aurait à souffrir de cet acte. Par conséquent, du moment qu'on justifie d'un intérêt juridique, on peut invoquer la nullité d'un acte entaché d'une nullité absolue; ce ne sont pas seulement les parties à l'acte qui peuvent invoquer la nullité, ce sont toutes personnes intéressées.

2) pas de confirmation possible

2) Deuxième conséquence: l'acte nul n'est susceptible d'aucune confirmation. Ou bien il faut refaire l'acte, ce qui est possible s'il s'agit d'une solennité qui a été omise; une donation est nulle parce qu'on n'a pas observé les formes de la loi. On peut faire une nouvelle donation en observant les formes légales; ou bien il s'agit d'un acte contraire à l'ordre public ou aux bonnes moeurs, et on aura beau le refaire il sera toujours nul.

3)Imprescriptibilité de l'action en nullité

3) Troisième conséquence de la nullité absolue; en ce qui concerne le temps pendant lequel la nullité peut être invoquée, on admet généralement que cette action est imprescriptible. La durée de la prescription est en général de trente ans. Au contraire, pas de prescription pour l'action en nullité lorsqu'il s'agit d'une nullité absolue ; y aurait-il cinquante ans que l'acte a été passé, la partie à qui on en demande l'exécution peut refuser cette exécution.

Nécessité d'une décision judiciaire pour faire valoir la nullité

A en croire certains auteurs, la nullité absolue aurait encore une autre conséquence; cette nullité existerait de plein droit sans qu'il soit nécessaire que le tribunal intervienne pour la prononcer. Il en serait autrement de la nullité relative. Théoriquement, c'est peut-être exact: mais pratiquement cette considération est sans valeur. Supposons un acte nul, par exem

Source : BIU Cujas

ple une donation qui a été faite par acte sous signature privée; si, malgré la nullité de l'acte, le donataire s'est mis en possession des biens donnés, il faudra bien recourir à la justice pour l'obliger à restituer les choses données, s'il refuse cette restitution, de toute manière un jugement sera nécessaire.

B-Nullité relative fondée sur une idée de protection

B - Passons à la nullité relative. La nullité relative, ou simple annulabilité, répond à un tout autre but que la nullité absolue. La nullité relative constitue en général une mesure de protection en faveur d'une personne déterminée; alors que la nullité absolue suppose ou bien l'absence d'un élément essentiel à l'acte, tel que le consentement, ou bien la violation d'une disposition impérative de la loi, l'acte simplement annulable présente toutes les conditions requises pour son existence. Il serait valable s'il avait été passé dans les conditions normales. Mais il y a un vice dans cet acte, un vice qui tient à la personne d'une des parties.

Les deux cas de nullité relative.

Il y a en effet deux cas principaux de nullité relative:

1°-Incapacité

1°- C'est le cas où l'acte a été passé par un incapable, par exemple par un mineur ou un interdit, sans l'observation des formalités requises par la loi pour sa protection.

2°-Vice du consentement

2°- C'est le cas où l'acte émane d'une personne dont la volonté a été viciée par l'erreur, le dol ou la violence, Ici la nullité a pour objet uniquement de protéger l'incapable ou de protéger la personne dont la volonté a été entachée d'un vice. C'est en sa faveur exclusivement que la nullité est prononcée. Dès lors les conséquences de la nullité relative vont être tout à fait à l'opposé de celles de la nullité absolue. Elles s'expliquent toutes par cette idée de protection:

Conséquences de la nullité relative

1)Ne peut être invoquée que par la personne que la loi veut protéger

1) Première conséquence: alors que la nullité absolue peut être invoquée par toute personne intéressée, la nullité relative ne peut être invoquée que par la personne que la loi entend protéger, c'est-à-dire par l'incapable ou par la partie dont le consentement a été vicié.

C'est ce que décide l'article 1125 du Code civil pour le cas particulier où un acte juridique a été passé par un incapable sans l'observation des formalités requises.

Si un mineur passe un contrat sans l'observation des formalités légales, le mineur seul ou son représentant légal peut demander la nullité, l'autre partie ne peut pas invoquer cette nullité.

La personne qui n'a consenti à s'engager que sous l'empire du dol, de l'erreur ou de la violence, peut seule demander la nullité du contrat, l'autre partie

Source : BIU Cujas

n'a pas le droit d'invoquer cette nullité.

2)Disparition de la nullité par confirmation

2)Deuxième conséquence: la nullité relative peut disparaître par une confirmation émanant de la personne que la loi entend protéger. Par exemple un mineur a passé irrégulièrement un acte juridique; devenu majeur, il pourra confirmer cet acte, qui cette fois deviendra valable. Il faut que le mineur soit devenu capable, bien entendu; la confirmation qu'il ferait étant encore incapable n'aurait aucune valeur.

De même, la personne dont la volonté a été viciée par erreur, dol ou violence, peut ensuite confirmer l'acte, à la condition bien entendu qu'elle agisse en connaissance de cause et sans violence.

En cas de confirmation, l'acte devient pleinement valable.

3-Prescription décennale de l'action en nullité

3) Troisième conséquence: l'action en nullité relative s'éteint par une prescription, une prescription spéciale dont le délai est fixé en principe à dix ans (article 1304).

Par exemple, un mineur a passé un contrat sans l'observation des formalités, s'il n'agit pas en nullité, son action en nullité sera prescrite dix ans à dater de sa majorité. Une personne a contracté sous l'empire de l'erreur ou de dol; la prescription commence du jour où elle se sera aperçue de l'erreur ou du dol.

Reste un dernier point à signaler, et il est très important en matière de mariage.

Distinction proposée entre l'inexistence et la nullité absolue

D'après certains auteurs et quelques arrêts, à côté de la nullité absolue et de la nullité relative il y aurait place pour une autre catégorie d'actes: les actes inexistants.

Absence d'intérêt pratique de cette notion

Un acte serait inexsitant toutes les fois qu'il manquerait un élément essentiel à sa formation, par exemple le consentement. Certains auteurs placent même dans la categorie des actes inexistants l'acte solennel qui aurait été passé en l'absence des solennités requises: une donation qui n'aurait pas été faite devant notaire, ou un contrat de mariage qui n'aurait pas été fait par devant notaire, ne serait pas seulement nul d'une nullité absolue, il serait inexistant.

Finalement, si l'on admettait cette distinction, on aurait trois sortes d'actes entachés d'irrégularité:

1°- Les actes inexistants, comprenant tous ceux auxquels manquerait un élément essentiel à leur formation;

2°- Les actes entachés de nullité absolue, qui comprendraient seulement tous les actes contraires à l'ordre public ou aux bonnes moeurs.

3°- Les actes entachés de nullité simplement relative.

Source : BIU Cujas

Cette distinction est peut-être satisfaisante du point de vue purement logique, mais elle n'offre guère d'intérêt pratique. Cette distinction a été formulée surtout en matière de nullités de mariage. Nous aurons l'occasion d'en parler et nous verrons qu'il n'y a véritablement aucun intérêt pratique à distinguer le mariage inexistant du mariage entaché d'une nullité simplement absolue.

Application de cette théorie aux nullités de mariage avec quelques atténuations

Telles sont les notions générales qu'il est indispensable de connaître sur les nullités. Ces notions s'appliquent en matière de nullités de mariage, mais avec quelques dérogations, qui tiennent précisément à ce fait que la loi hésite dans une certaine mesure à prononcer la nullité d'un mariage, à raison du caractère irréparable d'une semblable nullité et des conséquences déplorables qu'elle peut avoir, notamment en ce qui concerne la filiation des enfants.

Du cas de nullité de mariage. Cas où un acte prévoit la nullité ou édicte une autre sanction.

La première question qui se pose lorsqu'il s'agit du mariage est de savoir dans quels cas l'inobservation d'une des conditions prescrites par la loi, condition de fond ou condition de forme, entraîne la nullité du mariage.

Il n'y a pas de difficulté lorsqu'un texte prévoit formellement que telle condition est exigée à peine de nullité. Nous avons notamment dans le Code civil un certain nombre de textes, les articles 180 et suivants, qui indiquent que telles et telles conditions sont prescrites à peine de nullité.

Pas de difficulté non plus dans le cas où la loi édicte en prévision de sa violation une sanction autre que la nullité. C'est le cas de tous les empêchements simplement prohibitifs. On distingue en effet les empêchements prohibitifs, qui ne sont pas sanctionnés par la nullité, et les empêchements dirimants sanctionnés par la nullité.

Cas où la loi n'indique aucune sanction pour une condition. En théorie: pas de nullité sans texte en matière de mariage

Il est un certain nombre de conditions pour lesquelles la loi est muette, ne dit pas quelle est la sanction attachée à leur violation. C'est alors que nous trouvons une théorie, qui est encore soutenue aujourd'hui, bien qu'on l'ait abandonnée en grande partie. S'il faut en croire une partie de la doctrine et certains arrêts, le principe qui domine la matière du mariage c'est qu'en cette matière il n'y a pas de nullité sans texte, et cela par dérogation aux règles généralement admises en matière d'actes juridiques. Lorsqu'il s'agit d'actes juridiques autres que le mariage, on n'exige pas qu'un texte formel prononce la nullité en cas de violation d'une des conditions prescrites par la loi. On doit rechercher si la condition est suffisamment importante

Source : BIU Cujas

pour que sa méconnaissance entraîne la nullité. On n'exige pas qu'il y ait un texte formel qui prononce la nullité. Au contraire, en matière de mariage, nous dit-on, il n'y a pas de nullité sans un texte formel qui prononce cette nullité.

Arguments en faveur de cette théorie

Qu'invoque-t-on en faveur de cette règle particulière au mariage? Différents arguments.

n argument d'ordre historique on dit que la règle "pas de nullité sans texte" était consacrée dans l'ancien droit.

On ajoute un argument tiré du Code civil lui-même. Au chapitre IV, consacré aux demandes en nullité de mariage, le Code nous a indiqué un certain nombre de nullités, et il nous montre par là qu'il n'y en a pas d'autres que celles qu il prévoit.

Enfin on fait état d'un argument d'ordre sentimental: l'annulation d'un mariage est chose grave et ne peut être admise en dehors d'un texte.

Critique de cette théorie

Cette thèse doit être repoussée, et elle est généralement repoussée par la jurisprudence. Sans doute l'annulation d'un mariage est chose grave, mais si la loi pour des considérations d'ordre public met certaines conditions à la validité du mariage, on ne comprendrait pas que, même en l'absence d'un texte, un mariage contracté au mépris d'une prohibition légale puisse être déclaré valable. A quoi servirait-il alors d'imposer des conditions pour la célébration du mariage?

D'autre part, on a fait observer, en réponse à l'argument tiré des textes mêmes du Code; que le Chapitre IV, Des demandes en nullité de mariage, a été rédigé non pas tant pour fixer les causes de nullité que pour déterminer les personnes qui ont qualité pour invoquer cette nullité. Mais il n'est pas nécessaire d'admettre que toutes les causes de nullité de mariage ont été énumérées dans cette partie du Code.

Au surplus, ce qui montre que la thèse que nous combattons aboutit à des résultats inadmissibles, c'est qu'il est des cas où il serait vraiment scandaleux de considérer un mariage comme valable faute d'un texte qui en prononce la nullité. Notamment, la loi ne nous dit nulle part que le mariage doit être contracté entre personnes de sexe différent. Alors, faudrait-il considérer comme valable le mariage qui, par une fraude quelconque , aurait été célébré devant l'officier de l'état civil entre deux personnes du même sexe? C'est à cette conclusion qu'il faudrait aboutir si l'on admettait la règle "pas de nullité sans texte".

Conséquence de la théorie pas de nullité sans

Aussi les auteurs qui admettent la règle "pas de nullité sans texte" ont bien senti le défaut de leur raisonnement; dans l'impossibilité où ils ont été

Source : BIU Cujas

texte: la théorie de l'inexistence

d'admettre la nullité faute de texte, notamment dans le cas qui vient d'être indiqué et dans certains autres, ils se sont tirés de la difficulté en décidant que le mariage en pareil cas ne serait pas nul mais qu'il serait inexistant. Ainsi on a introduit en matière de mariage la distinction entre la nullité absolue et l'inexistence.

S'il s'agit d'un mariage contracté entre deux personnes du même sexe, ou si lors de la célébration il y a eu défaut de consentement des parties, ou s'il s'agit d'un mariage contracté devant une personne qui n'a pas qualité d'officier de l'état civil, cas qui ne sont pas expressément prévus par la loi, cette doctrine admet que le mariage est inexistant.

Voilà comment on a été amené à introduire la théorie de l'inexistence en matière de mariage. Nous verrons qu'elle est inutile et inopérante. Il n'y a en réalité aucune différence entre l'inexistence et la nullité absolue.

M. Morel n'admet pas - avec beaucoup d'auteurs - en cette matière la règle "pas de nullité sans texte", et pour lui la théorie de l'inexistence n'est d'aucune utilité.

Conclusion: possibilité d'une nullité de mariage sans texte

En matière de mariage comme pour tout autre acte juridique, lorsqu'on est en présence d'un cas douteux, non prévu par la loi, il faut rechercher le but que le législateur a cherché à atteindre en imposant une certaine condition à la validité du mariage, une condition de fond ou une condition de forme, et on doit admettre la nullité même en l'absence d'un texte formel qui la prononce, du moment que l'ordre public est intéressé à l'observation de cette condition.

I-Cas dans lesquels il n'y a certainement pas nullité

Ce point de départ étant acquis, voyons dans quels cas tout le monde est d'accord pour admettre que la nullité ne doit pas être prononcée.

A-Conditions de fond

En ce qui concerne les conditions de fond, n'entraînent certainement pas la nullité:

1)inobservation du délai de viduité

1°-l'inobservation par une femme veuve ou divorcée du délai de viduité. Ce n'est pas une condition sanctionnée par la nullité. Il y a pour cela une bonne raison. Supposons qu'une femme n'observe pas le délai de viduité;quelle utilité y aurait-il à annuler le mariage ? Ce serait sans utilité, car, au cas de grossesse de la femme, la nullité ne supprimerait pas le doute sur la paternité; d'autre part si la femme n'est pas enceinte il n'y a pas de raison pour annuler le mariage.Donc, il est certain que le délai de l'article 228 n'est pas prescrit à peine de nullité; c'est un empêchement simplement prohibitif.

Source : BIU Cujas

2-Absence de consentement des supérieurs au mariage des militaires

2°- N'est pas sanctionnée par la nullité l'absence du consentement des supérieurs hiérarchiques au mariage d'un militaire. Il y a des sanctions contre le militaire, contre l'officier de l'état civil, il n'y a pas de nullité. Il en est de même en ce qui concerne l'inobservation du décret du 15 Juillet 1938, qui oblige les fonctionnaires du Ministère des Affaires étrangères à obtenir l'autorisation du ministre pour se marier.

3-Mariage d'un étranger non admis à séjourner en France

3°- Enfin n'est pas sanctionnée par la nullité la disposition du décret-loi du 12 Novembre 1938 qui interdit à un officier de l'état civil de célébrer le mariage d'un étranger qui n'a pas été admis à séjourner en France pendant plus d'un an. Il y a une sanction contre l'officier de l'état civil, une sanction grave contre l'étranger, mais le mariage est valable.

B-Conditions de forme

En ce qui concerne les conditions de forme, ne sont pas sanctionnés par la nullité:

1)absence de publication

1°- L'absence de publication antérieure au mariage. L'article 192 prévoit une amende contre l'officier de l'état civil et le cas échéant une amende contre les époux, mais le mariage célébré sans publication préalable reste valable.

2-Existence d'une opposition

2°- Autre condition de forme qui n'est pas prescrite à peine de nullité: l'existence d'une opposition. Supposez qu'un officier de l'état civil célèbre un mariage au mépris d'une opposition: le mariage est valable. Ou plus exactement, il faut s'entendre: ou bien l'opposition était fondée sur un empêchement réel, et alors le mariage est nul, pour cette cause, par exemple pour bigamie ou pour inceste, ou bien, l'opposition n'était pas fondée, et dans ce cas, la célébration du mariage malgré l'opposition ne suffit pas à entacher le mariage de nullité.

II-Conditions dont l'absence est sanctionnée par une nullité

A l'inverse, de l'avis général, est sanctionnée par la nullité du mariage l'inobservation des conditions suivantes :

1°- Pour les conditions de fond:

a)- différence de sexe,

b) consentement effectif et libre ;

c) aptitude naturelle au mariage; âge requis;

d) consentement des parents au mariage d'un mineur,

e) absence d'un mariage antérieur non dissous (bigamie)

f) absence d'un lien de parenté ou d'alliance au degré prohibé.

Toutes ces conditions-là sont sanctionnées par la nullité, sauf àsavoir si la nullité est relative ou absolue.

2°- Conditions de forme sanctionnées par la nullité

a) célébration par un officier de l'état civil et

Source : BIU Cujas

par un officier de l'état civil compétent;

b) publicité du mariage, c'est-à-dire admission du public dans la salle des mariages, à la mairie.

L'absence d'une des conditions énumérées constitue un empêchement dirimant, c'est-à-dire entraînant la nullité du mariage célébré au mépris de cet empêchement.

III-Cas douteux

Voilà des points sur lesquels tout le monde est d'accord. Entre ces deux séries d'hypothèses pour lesquelles il n'y a pas de doute, il existe deux cas douteux:

parenté adoptive

1°- L'empêchement tiré de la parenté adoptive; article 352. Il y a différents empêchements tirés de la parenté adoptive; aucun texte ne prononce la nullité.

2°- Deuxième cas douteux: le mariage contracté par un Français à l'étranger en l'absence des publications prescrites par l'article 170.

Les auteurs qui admettent la règle "pas de nullité sans texte" décident qu'en l'absence d'une disposition formelle, il n'y a pas de nullité. Par conséquent un mariage contracté au mépris des prohibitions relatives à l'adoption ne serait pas nul.

Les auteurs qui repoussent la règle "pas de nullité sans texte" distinguent. On considère généralement comme dirimant l'empêchement résultant de la parenté adoptive ou de toute autre espèce de parenté. L'empêchement est sanctionné par la nullité. Il n'y a pas de jurisprudence sur la question.

Mariage d'un Français à l'étranger non précédé de publications en France

La question se pose encore pour le mariage contracté par un Français à l'étranger sans les publications prescrites . L'article 170 du Code civil décide qu'un Français peut valablement se marier à l'étranger soit avec un autre Français soit avec un étranger, à la condition que les publications antérieures au mariage aient été observées en France, au lieu de son dernier domicile ou de sa résidence.

Qu'arrive-t-il si un Français se marie à l'étranger sans avoir fait précéder son mariage des publications requises. Y a-t-il nullité? La jurisprudence distingue. Si l'époux français est allé se marier à l'étranger pour faire fraude à la loi française, on considère que le mariage est entaché de nullité; si, au contraire, il n'y a pas d'autre empêchement, on considère que mariage est valable.

Nous savons maintenant dans quels cas l'inobservation des conditions de fond et de forme entraîne la nullité du mariage.

§ 1 - Les nullités de mariage et leurs caractères respectifs.

§ 2 - Les conséquences de l'annulation d'un mariage.

Source : BIU Cujas

§ 1 - Les nullités de mariage et leurs caractères respectifs

Nous avons vu précédemment qu'on distingue habituellement deux sortes de nullités: la nullité absolue et la nullité relative. Nous allons retrouver ces deux espèces de nullités.

En outre, d'après certains auteurs, il y aurait une troisième catégorie de mariages sans efficacité: ce seraient les mariages inexistants. Pour nous cette dernière catégorie n'existe pas, ne doit pas être admise. Il n'y a que deux catégories de mariage dépourvus d'efficacité: les mariages entachés de nullité absolue et les mariages entachés de nullité relative.

Nous allons étudier les cas de nullité absolue, puis les cas de nullité relative, enfin nous démontrerons que la catégorie des mariages inexistants n'a aucune utilité pratique.

Les huit cas de nullité absolue

A - Cas dans lesquels un mariage est frappé d'une nullité absolue .

Ces cas sont au nombre de huit.

a) Identité de sexe

b) Absence de consentement de l'un des époux,

c) Défaut d'âge requis chez l'un des futurs époux (impuberté);

d) Existence entre les époux d'un lien de parenté ou d'alliance au degré prohibé (vice d'inceste);

e) Existence d'un mariage antérieur non dissous (vice de bigamie);

f) Défaut de célébration devant un officier de l'état civil;

g) La clandestinité, absence de publicité;

h) L'incompétence de l'officier de l'état civil.

Voilà les huit cas de nullité absolue de mariage.

a) Identité de sexe -

Aucun texte n'existe dans le Code civil qui exige que les époux soient de sexe différent. La chose allait de soi. Il n'empêche qu'il y a eu une difficulté, puisque, en l'absence de textes, certains auteurs ont soutenu qu'on ne pouvait pas admettre en pareil cas la nullité, et c'est alors qu'ils ont eu recours à la théorie de l'inexistence. Nous verrons que c'est absolument inutile; pour les auteurs qui rejettent la règle "pas de nullité sans texte", le mariage conclu entre deux

Source : BIU Cujas

personnes du même sexe est entaché de nullité absolue; pas besoin de recourir à la théorie de l'inexistence.

D'ailleurs la jurisprudence a à peu près complètement supprimé cette cause de nullité en décidant que l'absence ou l'imperfection des organes caractéristiques du sexe ne constituent qu'un cas d'impuissance. Or, l'impuissance n'est pas dans notre droit une cause de nullité. Pour qu'il y eut véritablement nullité en pareil cas il faudrait supposer, qu'une personne n'ait même pas un sexe apparent.

b) Deuxième cas de nullité absolue du mariage: l'absence de consentement.

Pas de texte prononçant la nullité. L'article 146 et la théorie de l'inexistence

Il faut supposer que l'un des époux n'a pas consenti au mariage. Le mariage en pareil cas est nul d'une nullité absolue. Mais ici une observation est nécessaire. Le cas que nous envisageons a été véritablement le bastion de la théorie de l'inexistence; le cas de défaut de consentement de l'un des époux. En effet, dans les articles 180 et suivants, qui s'occupent des nullités de mariage, il n'est nullement question, d'une manière explicite tout au moins, du défaut de consentement d'un des époux. D'où l'on a conclu qu'il n'y avait pas en pareil cas de nullité absolue.

Mais pouvait-on admettre la validité d'un mariage qui aurait été conclu alors que l'un des époux n'aurait pas donné son consentement? C'est alors que l'on a eu recours à un texte du titre du mariage, texte qui a été inséré dans le Code à la demande du Premier Conseil, l'article 146, qui dit: il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement. Les partisans de l'inexistence ont invoqué la formule même de ce texte en faveur de leur théorie.

Loi de 1933: nullité absolue

Seulement, cette thèse, qui pouvait être défendable n'est plus aujourd'hui soutenable. En effet, une loi du 19 Février 1933 est venue ajouter à la liste des nullités de mariage posée dans l'article 184 du Code civil l'article 146, c'est-à-dire le défaut de consentement. Depuis cette loi du 19 Février 1933, il est certain que le défaut de consentement est une cause de nullité de mariage puisque l'article 184 le dit expressément: la théorie de l'inexistence s'effondre.

Pourquoi la loi du 19 Février 1933 est-elle venue décider que l'absence de consentement serait un cas de nullité absolue? En raison de la jurisprudence. La Cour de cassation avait été saisie de la question lorsqu'il s'agissait d'un mariage qui avait été contracté par une personne en état de démence; la Cour de cassation, qui avait rejeté dans ce cas la règle "pas de nullité sans texte" et qui avait rejeté la

Source : BIU Cujas
Reproduction interdite

théorie de l'inexistence, avait décidé que le mariage était simplement entaché de nullité relative, c'est-à-dire que ce mariage contracté par un dément ne pouvait être attaqué que par le dément lui-même, ou son représentant; il ne pouvait pas être attaqué par l'autre conjoint. Le législateur a estimé qu'il fallait accorder à l'autre époux la possibilité d'attaquer le mariage. De là la disposition de la loi du 19 Février 1933, qui est venue décider que désormais la nullité pour cause d'absence du consentement serait une nullité absolue, qui peut être invoquée par toute personne intéressée, en particulier par le conjoint du dément.

c)Impuberté

c) Le défaut d'âge légal chez un des époux, ce que l'on appelle l'impuberté. L'article 184 fait de ce vice, le défaut d'âge légal, un cas de nullité absolue du mariage.

d) inceste

d) L'inceste, c'est-à-dire l'existence d'un lien de parenté ou d'alliance, au degré prohibé; l'article 184 en fait un cas de nullité absolue.

Cas de la parenté adoptive

Une seule difficulté en ce qui concerne la parenté adoptive. Nous savons que l'article 354 formule un certain nombre d'empêchements de mariage entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants, etc...mais il ne formule pas de sanction. Les partisans de la règle "pas de nullité sans texte" considèrent que la violation de ces empêchements de mariage entre parents adoptifs ne constitue pas un cas de nullité, mais comme il y a les mêmes raisons, d'ordre moral tout au moins, que pour tous autres empêchements de mariage tirés de la parenté ou de l'alliance, il faut admettre que la violation de l'article 354 est un cas de nullité absolue de mariage.

e)bigamie-Nécessité de prouver la validité du premier mariage

e) La bigamie: c'est un cas de nullité absolue aux termes de l'article 184 du Code civil. Mais ici quelques explications sont nécessaires. La bigamie suppose essentiellement qu'un second mariage a été contracté valablement alors qu'il existait un mariage antérieur non dissous. Il n'y a pas bigamie lorsque le premier mariage est nul.

C'est ce qu'indique l'art. 189: "Si les nouveaux "époux opposent la nullité du premier mariage, la vali- "dité ou la nullité de ce mariage doit être jugée préa- "lablement". Si l'on demande la nullité d'un mariage pour cause de bigamie, la première question à résoudre est celle de la validité du mariage antérieur; si ce mariage antérieur était nul, il n'y a pas de bigamie.

Mariage du conjoint de l'absent

Un cas particulier de nature à se présenter à propos de la bigamie est celui du second mariage contracté par le conjoint d'un absent. Le conjoint d'un absent ne peut pas contracter mariage. Dans l'incerti-

Source : BIU Cujas

tude où l'on est sur le point de savoir si l'absent est décédé, son conjoint ne peut certainement pas contracter mariage. Mais supposons que le conjoint de l'absent réussisse à se marier, En pareil cas on ne peut pas annuler le second mariage, ni poursuivre le conjoint pour bigamie. En effet, et toujours pour la même raison, on n'est pas certain que l'absent ne soit pas mort; si l'absent est mort, il n'y a pas bigamie. Par conséquent si jamais le conjoint de l'absent réussit à tromper un officier de l'état civil et à se marier, il ne peut pas être poursuivi pour bigamie et on ne peut pas demander la nullité du mariage tant qu'il n'est pas avéré que le premier conjoint est encore vivant. L'article 139 dit 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". Il n'y a que le premier conjoint qui ait la possibilité d'attaquer le second mariage.

Tels sont les cas de nullité absolue de mariage tenant à l'inobservation de conditions de fond.

Conditions de forme sanctionnées par la nullité absolue

f) défaut de célébration devant l'officier de l'état civil

Il y a des conditions de forme dont l'inobservation est sanctionnée par la nullité absolue, elles sont au nombre de trois :

f) Défaut de célébration devant un officier de l'état civil. C'est certainement un cas de nullité absolue, bien qu'aucun texte formel ne le dise. Mais on peut tirer en ce sens un argument a fortiori de l'article 191, qui attache la nullité absolue au cas où le mariage a été célébré devant un officier public incompétent; à plus forte raison si l'individu qui a célébré le mariage n'avait pas la qualité d'officier de l'état civil.

Les partisans de l'inexistence rangent cette hypothèse dans la catégorie des cas entraînant l'inexistence du mariage. A notre avis, entre l'inexistence et la nullité absolue il n'y a pas de différence pratique, La Cour de cassation a d'ailleurs décidé, pour le cas où il s'agissait d'un mariage qui avait été célébré en France par un consul étranger, qu'il s'agissait d'un cas de nullité absolue et non pas d'un cas d'inexistence (Cassation 30 Juillet 1900; Sirey 1902.I.225).

g)Clandestinité (absence de publicité).Atténuations apportées par la jurisprudence

g) La clandestinité.

Un mariage clandestin est un mariage qui n'a pas été précédé ou entouré des formalités de publicité prescrites par la loi. L'article 191 pose le principe que ce mariage est entaché de nullité absolue. Il énumère les personnes qui peuvent l'attaquer. La caracté-

Source : BIU Cujas

ristique de la nullité absolue c'est que toute personne intéressée, y compris le ministère public, peut demander la nullité de ce mariage qui n'a pas été contracté publiquement. Mais le principe est largement atténué par certains textes et en fait la jurisprudence n'a que très rarement l'occasion d'annuler un mariage qui n'a pas été précédé ou entouré des formalités de publicité requises. C'est un cas presque théorique.

pas de nullité pour défaut de publication avant le mariage.

Il y a d'abord une formalité de publicité dont l'omission ne constitue pas une cause de nullité: ce sont les publications antérieures au mariage. Le mariage doit être précédé d'une publication sous forme d'affichage; à supposer que cet affichage n'ait pas eu lieu, ce n'est pas une cause de nullité. L'article 192 prononce simplement une amende contre l'officier de l'état civil.

Pouvoir d'appréciation des tribunaux pour les autres mesures de publicité

Quant aux autres mesures de publicité telles que célébration à la mairie, libre admission du public dans la salle du mariage, présence de témoins, leur absence ne constitue pas nécessairement une cause de nullité. On peut tirer argument en ce sens de l'article 193, qui en pareil cas prononce des peines non seulement contre l'officier de l'état civil, mais même contre les époux, lors même que ces contraventions ne seraient pas jugées suffisantes pour faire prononcer la nullité du mariage. Cela indique que c'est une question de plus ou de moins. La clandestinité absolue peut entraîner la nullité du mariage, mais une omission moins grave ne l'entraînera pas.

C'est donc une question à apprécier dans chaque cas d'espèce par le tribunal.

En fait, les tribunaux toutes les fois que le mariage n'a pas été vicié par un empêchement de fond, s'abstiennent de prononcer la nullité pour défaut de publicité (Toulouse 22 Novembre 1920, Rev. trim. Droit civil, 1921, page 201).

h)Incompétence de l'officier de l'état civil. Atténuation apportée par la jurisprudence

h)Incompétence de l'officier de l'état civil. (art. 191):Le mariage qui n'a point été contracté publiquement et qui n'a point été célébré devant l'officier public compétent peut être attaqué par toute personne intéressée et le ministère public: c'est la caractéristique de la nullité absolue.

Un officier de l'état civil est incompétent soit lorsqu'il procède au mariage en dehors de la commune où il exerce ses fonctions (ce qui sera bien rare), soit lorsque l'un des époux n'a pas dans la commune du lieu de célébration son domicile ou sa résidence telle qu'elle est définie par la loi.

Mais ici encore la jurisprudence n'admet pas facilement la nullité pour incompétence de l'officier

Source : BIU Cujas

de l'état civil. Toutes les fois qu'il n'y a pas eu fraude, toutefois que le mariage n'est pas vicié par l'absence d'une des conditions de fond, la jurisprudence n'admet généralement pas la nullité uniquement pour cette seule raison. Ici encore, comme pour la clandestinité, il y a un pouvoir d'appréciation qui est reconnu au tribunal. Les tribunaux n'annulent généralement pas pour l'absence d'une condition de forme du moment que les conditions de fond sont remplies.

En somme, si l'absence des conditions de forme du mariage est théoriquement, une cause de nullité, en fait l'appréciation que la loi laisse sur ce point aux tribunaux leur permet de maintenir le mariage toutes les fois qu'il n'y a pas eu véritablement fraude à la loi, et il faut s'en féliciter, parce que, après tout, les formalités sont chose secondaire.

Restrictions en matière de mariage aux caractères ordinaires des nullités absolues

Tels sont les cas où le mariage est frappé de nullité absolue. Quels sont les caractères de cette nullité absolue?

On sait que la nullité absolue présente trois caractères: 1) elle peut être invoquée par toute personne intéressée: 2) l'acte entaché de nullité absolue ne peut pas être confirmé par un acte postérieur, il faut le refaire, quand c'est possible; 3) l'action en nullité est imprescriptible. Ces trois caractères, nous allons les retrouver à propos de la nullité absolue des mariages, mais avec quelques restrictions.

La législation va se montrer moins sévère en ce qui concerne le mariage que vis-à-vis des autres contrats entachés de nullité absolue. Ces restrictions correspondent au désir du législateur de ne pas multiplier les annulations de mariage. Mieux vaut laisser subsister une union irrégulière que de l'annuler. Sans doute, il est des cas où il y aurait scandale à laisser subsister un mariage, par exemple un mariage entaché de bigamie ou d'inceste, Ainsi s'explique que la loi ouvre à toute personne l'action en nullité en pareil cas. Mais il est d'autres cas où l'application rigoureuse des règles de la nullité aurait pu entraîner des conséquences fâcheuses, par exemple, un vice de forme dans la célébration du mariage.

Ainsi s'explique que l'article 193 laisse un pouvoir d'appréciation aux tribunaux. Il est même des cas où il y a vice de fond et où il serait bien rigoureux parfois de prononcer la nullité d'un mariage; c'est le cas où l'un des époux n'avait pas l'âge requis, mais en était si près qu'il n'y a pas grand inconvénient à laisser subsister l'union.

Source : BIU Cujas

Ainsi s'expliquent les restrictions que la loi apporte aux règles habituelles en ce qui concerne les nullités absolues.

1-Droit pour tout intéressé de demander la nullité absolue du mariage

Premier principe: la nullité absolue d'un mariage peut être invoquée par toute personne intéressée. Voil le principe applicable au mariage comme à tout autre contrat entaché de nullité absolue.

L'article 184 le dit pour le défaut des conditions de fond et l'article 191 le répète pour le défaut des conditions de forme. Art. 184: Tout mariage contracté en contravention aux dispositions contenues aux articles 144, 146, 147, 161, 162 et 163, peut être attaqué soit par les époux eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont intérêt, soit par le ministère public. Et l'art. 191 pour le cas de défaut de publicité et pour le cas d'incompétence de l'officier de l'état-civil dit 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. Donc, toute personne intéressée peut invoquer la nullité absolue d'un mariage.

Applications:
1 - Les époux

Parmi ces personnes intéressées figurent d'abord le époux eux-mêmes, l'un ou l'autre des époux. L'un et l'autre ont le droit d'attaquer le mariage entaché de nullité absolue.

2-Le premier conjoint du bigame

En second lieu, dans le cas de bigamie seulement, peut attaquer le mariage, l'époux que le bigame avait épousé en premier mariage.

3-Les ascendants et le conseil dde famille

En troisième lieu, dans tous les cas les ascendants Tout ascendant a qualité pour attaquer un mariage entaché de nullité absolue, même un aïeul, à supposer que l père et la mère n'agissent pas. Les ascendants peuvent avoir soit un intérêt pécuniaire, en cas de succession, soit un intérêt moral, un intérêt de famille, cela suffit pour leur permettre d'agir. Le conseil de famille lui-même aurait qualité pour attaquer le mariage entaché de nullité absolue.

Restriction concernant les ascendants qui ont consenti au mariage d'un impubère

Il est cependant un cas où la loi inflige aux ascendants une sorte de sanction en leur interdisant d'attaquer le mariage bien qu'entaché de nullité absolue. Ce cas, c'est celui où ils ont consenti au mariage contracté par l'un des époux qui n'avait pas l'âge requis; il y a une faute des ascendants ; ils n'auraien pas dû donner leur consentement à un semblable mariage. L'art. 186 dit qu'en pareil cas le père, la mère, les ascendants et la famille, c'est-à-dire le conseil de famille, qui ont consenti au mariage contracté dans le cas de l'article précédent ne sont pas recevables à en demander la nullité.

En quatrième lieu, peuvent invoquer la nullité

Source : BIU Cujas

B-Les collatéraux en vertu d'un intérêt né et actuel, c'est à-dire en principe après la mort de l'époux

absolue du mariage les parents collatéraux des époux. Un frère, un cousin peuvent invoquer la nullité absolue. Mais la loi y met une restriction. Art. 187: "Dans tous les cas où, conformément à l'article 184, l'action en nullité peut être intentée par tous ceux qui y ont un intérêt, elle ne peut l'être par les parents collatéraux, du vivant des deux époux, mais seulement lorsqu'ils y ont un intérêt né et actuel". Il résulte de ce texte que les parents collatéraux, frères et soeurs, oncles et tantes, cousins, ne peuvent invoquer la nullité absolue du mariage que si l'un des deux époux est mort. A quoi cela peut-il servir, puisque le mariage est dissous? Cela peut servir en cas de succession; car pour écarter le conjoint, ou même pour écarter dans une certaine mesure les enfants issus de cette union annulée, les collatéraux, frères et soeurs notamment, peuvent avoir intérêt à démontrer la nullité du mariage. Le Code considère que les collatéraux n'ont véritablement un intérêt à invoquer la nullité du mariage qu'après le décès d'un époux en cas d'ouverture de la succession.

Cependant, si jamais un collatéral avait du vivant des époux un intérêt né et actuel à invoquer la nullité, il semble bien qu'il pourrait le faire. En un mot, il ne faut pas prendre le texte à la lettre. Le Code part de cette idée que c'est généralement à l'ouverture de la succession d'un des deux époux que les collatéraux ont un intérêt; mais si jamais du vivant des époux se révélait un cas où un collatéral ait un intérêt, il pourrait le faire.

Les enfants d'un premier lit dans les mêmes conditions

Peuvent également invoquer la nullité du mariage les enfants de l'un des époux nés d'un mariage précédent, les enfants d'un premier lit. Ils peuvent avoir un intérêt successoral à écarter soit le second conjoint, soi soit les enfants nés de la seconde union, qui auront la qualité d'enfants naturels si le mariage vient à être annulé. Eux aussi peuvent invoquer la nullité du mariage, mais l'article 187 fait pour eux la même restriction que pour les collatéraux, il ne les admet à agir qu'à la mort de l'un des époux.

Les créanciers du mari

Peuvent encore invoquer la nullité - le texte ne le dit pas, mais cette catégorie rentre dans la catégorie générale de toute personne ayant un intérêt - les créanciers d'un des époux. Ils peuvent avoir intérêt à invoquer la nullité du mariage. Voici une femme qui oppose à des créanciers de son mari son hypothèque légale; les femmes mariées ont une hypothèse légale sur les immeubles de leurs maris, hypothèque qui permet de passer avant les autres créanciers du mari, les créanciers, pour écarter l'hypothèque légale d'une femme

Source : BIU Cujas

mariée, sont en droit d'invoquer la nullité absolue du mariage.

Autrefois, il y avait un autre intérêt: lorsque la femme opposait à un de ses créanciers, avec qui elle avait traité sans autorisation de son mari, la nullité de son acte, - à l'époque où la femme était incapable- le créancier avait intérêt à soutenir que le mariage était nul et à soutenir par conséquent que la femme n'avait pas eu besoin de l'autorisation de son mari pour être engagée.

5-Le ministère public, du vivant des époux

5°- Enfin, les articles 184 et 191 accordent le droit de demander la nullité du mariage entaché de nullité absolue au ministère public représenté par le procureur de la République. Cette solution s'explique à raison du scandale qui résulterait du maintien d'une union contractée au mépris de la loi . Si aucune personne ayant intérêt n'agit, le ministère public représentant l 'intérêt général, peut s'adresser au tribunal et lui demander de prononcer la nullité du mariage entaché de nullité absolue. Seulement, d'après l'article 190, le procureur de la République ne peut demander la nullité du mariage que du vivant des époux. C'est le contraire de ce que la loi décide pour les collatéraux et les enfants du premier lit; ces derniers ne peuvent agir qu'après la mort des époux. Le ministère public ne peut agir que du vivant des époux. Si l'un des époux est décédé, le mariage est dissous, il vaut mieux ne pas soulever le scandale. Si, au contraire, les époux sont vivants l'un et l'autre, il peut y avoir un intérêt d'ordre public à ce que le ministère public fasse prononcer la nullité et fasse condamner les époux à se séparer.

Le tribunal prononcera la nullité du mariage, il condamnera les époux à se séparer, mais s'ils veulent continuer à vivre ensemble, le ministère public ne pourra pas s'y opposer puisque le concubinage dans notre droit n'est pas un délit.

II-Impossibilité de confirmer un mariage atteint de nullité absolue

Deuxième caractère: la nullité absolue ne peut pas couvrir par une confirmation émanant des époux ou de leurs ascendants. Le mariage est entaché de nullité absolue. S'il n'y a pas un empêchement, les époux pourront se remarier, mais ils ne seront mariés que du jour de la seconde célébration. S'il y a un empêchement, il n'y a rien à faire; pas de confirmation possible.

Tempéraments Consolidations de certains mariages nuls

Toutefois, la loi admet que la survenance de certains faits postérieurs à la conclusion du mariage entraîne une fin de non recevoir opposable à certaines actions en nullité. Certains faits survenant après la

Source : BIU Cujas

célébration du mariage vont empêcher l'exercice de l'action en nullité. En un mot, ces faits auront la vertu de consolider le mariage entaché de nullité absolue.

I - Impuberté

1° Il en est ainsi d'abord du mariage contracté par des époux dont l'un n'avait pas l'âge requis, 15 ans pour la femme, 18 ans pour l'homme. Dans ce cas, l'art. 185 décide que le vice dont est entaché le mariage sera couvert dans deux cas :

a) Lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que les époux ont atteint l'âge compétent. Du moment que les intéressés ont laissé s'écouler six mois sans demander la nullité depuis le jour où l'époux a atteint l'âge requis, cela emporte une sorte de renonciation au droit d'invoquer la nullité.

b) Lorsque la femme qui n'avait pas l'âge requis a conçu avant l'échéance de six mois. En pareil cas, il est préférable de laisser subsister le mariage.

2 - Vice de forme; fin de non recevoir tirée par l'un des époux contre l'autre du fait de la possession d'état.

2° - D'après la jurisprudence, toute nullité fondée sur un vice de forme, clandestinité, incompétence de l'officier de l'état civil, ne peut plus être invoquée par un époux à l'encontre de l'autre toutes les fois qu'il y a eu possession d'état d'époux c'est-à-dire toutes les fois que les époux ont vécu publiquement comme mari et femme. La jurisprudence considère qu'en pareil cas la possession d'état fait disparaitre le vice de forme dont le mariage est entaché.

La jurisprudence fonde cette solution sur l'article 196 C.C. qui décide que "lorsqu'il y a possession d'état et que l'acte de célébration du mariage "devant l'officier de l'état civil est présenté, les "époux sont respectivement non recevables à demander "la nullité de cet acte." En réalité, il semble bien que la jurisprudence ait étendu le texte hors de ses limites. Mais c'est une nouvelle preuve de la tendance de la jurisprudence à écarter dans la plus large mesure possible la nullité d'un mariage pour vice de forme. La jurisprudence est bien établie dans ce sens (28 Novembre 1899, 1900,I,472). En tout cas, la possession d'état d'époux ne constitue une fin de non recevoir qu'à l'encontre de l'action en nullité qui serait formée par l'un des époux contre l'autre; elle ne constituera pas une fin de non recevoir contre l'action en nullité formée par un tiers.

Avant de passer à la nullité relative, il convient de dire un mot de la question des mariages inexistants.

Source : BIU Cujas
Reproduction interdite

De la distinction proposée entre le m. nul de nullité absolue et le m. inexistant.

C'est une controverse qui a tenu autrefois beaucoup de place en doctrine. Aujourd'hui elle a perdu la plus grande partie de son importance.

Il s'agit de savoir si, parmi les actes entachés d'un vice de fond ou de forme, il ne faudrait pas distinguer deux catégories: une première catégorie qui comprendrait les mariages inexistants, et une seconde catégorie qui comprendrait des mariages entachés de nullité absolue.

D'une manière générale, à propos des nullités d'actes juridiques, on se demande s'il faut faire une catégorie spéciale pour les actes inexistants. Mais c'est surtout à propos du mariage que la question s'est posée. Il est, en effet, des cas où la loi n'a pas édicté expressément la nullité. Or, certains auteurs considèrent qu'en ce cas-là la nullité ne peut être prononcée: pas de nullité sans texte en matière de mariage. Seulement, parmi ces mariages pour lesquels la loi n'édicte pas expressément la nullité, il en est qu'il y aurait scandale à maintenir.

Les 3 cas prétendus d'inexistence. Argument de l'art. I46.

Il y a trois cas dans lesquels il en serait ainsi et c'est pour ces cas que les auteurs qui admettent la règle "pas de nullité sans texte" ont inventé la catégorie des mariages inexistants. Le mariage n'existe pas; pas besoin d un texte qui en prononce la nullité, Ces trois cas sont: l'identité de sexe chez les époux; le défaut absolu de consentement de la part d'un des époux; et le défaut de célébration devant un officier de l'état civil. Dans ces trois cas, il y aurait inexistence et pas simplement nullité.

Certains auteurs, qui rejettent la règle "pas de nullité sans texte" admettent aussi que dans ces cas-là, le mariage n'est pas seulement nul, mais qu'il est inexistant. Autrefois ces auteurs invoquaient à leur appui un texte, inséré dans le Code à la demande de Bonaparte, l'article I46 : " Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas de consentement". Aujourd'hui ce texte ne peut plus être invoqué puisqu'une loi de I933 a inséré le défaut d'existence prévu par l'article I46 parmi les dispositions dont la violation entraine la nullité absolue du mariage (article I84).

Demandons nous s'il y a intérêt à distinguer le mariage inexistant du mariage entaché de nullité absolue?

Les deux intérêts que présenterait l'inexistance : pas besoin de

Pour nous, il n'y en a aucun. Cependant les partisans de l'inexistence attribuent deux intérêts à la distinction :

I° - Tandis que la nullité même absolue doit être prononcée par la justice, il n'en est pas de même

Source : BIU Cujas

la faire prononcer en justice; pas de mariage putatif.

de l'inexistence. Le mariage inexistant, c'est le néant Personne n'a à en tenir compte, et à supposer que la justice soit appelée à intervenir, elle n'a qu'à constater l'inexistence, elle n'a pas à prononcer la nullité. On en conclut qu'en cas d'inexistence un officier de l'état civil pourrait procéder immédiatement au mariage d'un des deux conjoints engagés dans ce mariage inexistant, sans qu'aucune décision judiciaire intervienne pour prononcer la nullité.

2° le mariage nul peut produire certains effets lorsque les époux ou l'un des deux étaient de bonne foi; en pareil cas le mariage est putatif. Au contraire, disent les partisans de l'inexistence, un mariage inexistant est dépourvu de tout effet quelconque. Le mariage inexistant ne peut pas être un mariage putatif.

De ces différences invoquées par les partisans de l'inexistence, la première est purement théorique et la seconde est inexacte. Tel est également l'avis de la jurisprudence.

Réfutations
I - Nécessité d'une décision judiciaire pour faire tomber l'apparence de mariage.

Tout d'abord, il est purement théorique de dire que la justice n'a pas à déclarer un mariage inexistant, tandis qu'elle doit prononcer la nullité. En fait, dans les cas où il y aurait soi-disant mariage inexistant, les circonstances sont telles que la justice a toujours à intervenir, parce que, comme le répondait très bien Tronchet au Premier Consul, il y a toujours un titre et une apparence à détruire. Par conséquent, jamais un officier de l'état civil, quoiqu'on en dise, ne consentirait à procéder au mariage d'un des deux conjoints sans être couvert par une décision judiciaire. On aura beau lui dire: il n'y a pas eu de consentement, il n'y a pas eu célébration à l'état civil, l'officier de l'état civil répondra: il y a un acte de mariage, tant que vous n'aurez pas apporté un jugement déclarant la nullité je ne vous marierai pas. Il aura raison.

C'est que les cas où il n'y aurait véritablement rien du tout ne sont pas de nature à se présenter en pratique. La jurisprudence n'en offre pas d'exemple. Considérons le cas de défaut de consentement de l'un des époux. On nous dit: lorsque l'un des époux n'a pas consenti, il n'y a pas seulement nullité, il y a inexistence. La distinction a été faite par le Premier Consul lors des travaux préparatoires du Conseil d'Etat; il a fait la distinction entre le cas où la future, interpellée par l'officier de l'état civil, a dit "non", et celui où son consentement a été vicié par la violence ou l'erreur; il y a inexistence dans le premier cas et nullité dans l'autre.

C'est exact; seulement, lorsque la future a

Source : BIU Cujas

dit: non, devant l'officier de l'état civil, qui songerait à parler de mariage? il n'y a pas d'acte de mariage: l'officier de l'état civil n'a pas rédigé d'acte. A ce compte-là on pourrait dire, avec Beudant, qu'il y a une infinité de mariages inexistants: ce sont ceux auxquels personne n'a jamais pensé!

Ces cas ne peuvent se présenter en pratique. L'observation du Premier Consul était exacte, mais purement théorique. Par contre, en pratique que voit-on? En pratique s'est présenté le cas où il était par exemple soutenu que l'un des époux se trouve en état de démence lorsqu'il a donné son consentement. En pareil cas il y a bien une situation de fait qu'il faut détruire et qu'on ne détruira peut-être pas facilement parce qu'il s'agira de prouver l'état de démence au moment même où le futur époux ou la future épouse a prononcé le "oui" sacramentel. Cette preuve exige nécessairement l'intervention de la justice, et aucun officier de l'état civil ne consentirait à célébrer le second mariage de l'époux marié avec le soi-disant dément sans être couvert par une décision judiciaire.

Donc, pratiquement, aucune différence n'apparait entre le mariage inexistant et le mariage simplement nul. On pourrait faire le même raisonnement pour les autres cas d'inexistence.

2 - Jurisprudence admettant qu'un m. inexistant peut valoir comme m. putatif.

2 - En tout cas, la jurisprudence n'a pas accueilli en général la théorie de l'inexistence. Elle considère comme nul, et non comme inexistant, le mariage contracté alors que l'un des époux était dément le jour de la célébration; c'est un mariage entaché de simple nullité; elle disait même autrefois que c'était une nullité relative (Cas. 9 Nov. 1887; Dalloz, 1888, I, 161). La jurisprudence attribue les effets du mariage putatif à l'union célébrée par exemple par un consul incompétent, ou devant un prêtre (Bordeaux du 16 Juin 1937: D.H. 1937, page 539).

Exemple légal de m. inexistant valant comme m. putatif.

D'ailleurs, il est des cas où la loi elle-même reconnait le caractère putatif à un mariage qui serait inexistant. Il s'agit du mariage par procuration d'un militaire ou d'un prisonnier de guerre décédé avant la célébration. C'est vraiment un cas de mariage inexistant puisque l'un des époux fait défaut. La loi du 4 Avril 1915 et la loi du 19 Août 1915 décident qu'en pareil cas le mariage sera putatif. Un mariage inexistant peut donc avoir le caractère d'un mariage putatif. Il n'y a donc pas intérêt à distinguer le mariage inexistant du mariage entaché de nullité absolue.

Source : BIU Cujas

§ 2 - La nullité relative.

Les 2 cas de nullité relative.

Un mariage est frappé de nullité relative dans deux cas:

I° En cas de vice du consentement d'un des époux;

2° Au cas où un époux mineur a contracté mariage sans le consentement des personnes désignées par la loi.

Cette nullité constitue une mesure de protection à l'égard de la personne dont le consentement n'était pas libre ou à l'égard de l'incapable.

Conséquences du caractère relatif de la nullité.

Quelles sont les conséquences du caractère relatif d'une nullité? Elles sont tout à l'opposé de celles de la nullité absolue :

a) Il n'y a que la personne incapable qui puisse invoquer la nullité.

b) L'acte entaché de nullité relative peut être confirmé par la personne qui aurait pu en demander la nullité, à la condition que l'incapable soit devenu capable, ou que la personne dont le consentement était vicié ait connu l'erreur dont elle a été victime.

c) Enfin, la nullité relative ne peut être invoquée que pendant dix ans. L'action en nullité se prescrit par dix ans à partir du jour où le vice a été reconnu ou à partir du jour où l'incapable est devenu capable.

I. Vice du consentement.

Nous allons retrouver ces caractères avec quelques variantes en matière de mariage.

a)exercice de l'action par le seul époux dont le consentement a été vicié.

Supposons d'abord l'existence d'un vice du consentement chez l'un des époux, violence ou erreur. L'article I80 dispose :"Le mariage qui a été contracté "sans le consentement libre des deux époux ou de l'un "d'eux ne peut être attaqué que par les époux ou par "celui des deux dont le consentement n'a pas été li-"bre." Par conséquent, l'action n'appartient qu'à celui des époux dont le consentement a été vicié par l'erreur ou la violence. Aucune autre personne ne peut invoquer la nullité; ni l'autre époux dont le consentement était libre, ni les ascendants, ni le ministère public.

b) Confirmation expresse ou confirmation tacite par 6 mois de cohabitation continue

D'autre part, la nullité peut se couvrir par une confirmation expresse, émanant de l'époux dont le consentement a été vicié, à la condition bien entendu que l'époux ait connaissance de l'erreur dont il a été victime, ou bien qu'il ne soit plus sous l'empire de la contrainte morale ou physique qui l'avait amené à donner son consentement. Il peut déclarer dans un acte exprès qu'il confirme le mariage, qu'il renonce à en demander la nullité.

Source : BIU Cujas

Le Code décide en outre que la nullité peut se couvrir par une sorte de confirmation tacite résultant d'une cohabitation continuée pendant six mois depuis que l'époux a acquis sa pleine liberté ou que l'erreur a été par lui reconnue. Par conséquent il suffit, pour couvrir la nullité, que l'époux qui avait été violenté ou qui avait été sous l'empire d'une erreur, continue à cohabiter avec l'autre époux pendant six mois depuis le jour où il a acquis sa pleine liberté ou celui où il a reconnu l'erreur. Cette cohabitation constitue une confirmation tacite du mariage.

Mais il peut arriver que l'époux n'ait pas confirmé expressément, ou encore qu'ayant recouvré sa liberté ou reconnu son erreur il ait cessé de cohabiter. Pendant quel délai pourra-t-il agir en nullité? Ici on discute, car la loi n'a rien dit. Beaucoup d'auteurs admettent qu'il faut appliquer ici la prescription de dix ans, l'article 1304, applicable aux nullités relatives en général. Mais cette opinion n'est pas partagée par tous les auteurs. Certains considèrent que, s'agissant d'une action d'état, l'action est imprescriptible. D'autres auteurs considèrent que la prscription de l'art. 1304 ne s'applique qu'aux actes patrimoniaux et pas au mariage et n'admettent ici que la prescription de trente ans? Sans entrer dans le détail, disons que la solution la plus raisonnable parait être la prescription de dix ans.

2 - Absence de consentement des parents au m. d'un mineur.

Supposons un mariage conclu par un mineur sans le consentement de ses parents. Le mariage est nul d'une nullité simplement relative.

a) Personnes pouvant demander la nullité.

A qui appartient l'action en nullité? Elle appartient à deux catégories de personnes: 1° à l'époux mineur, qui n'a pas obtenu le consentement requis; 2° aux ascendants dont le consentement était requis et n'a pas été obtenu. Il y a donc deux catégories d'actions en nullité: l'action de l'époux mineur et l'action appartenant aux ascendants.

Occupons-nous d'abord de l'action appartenant aux ascendants. Aux termes de l'art. 182: "Le mariage ne "peut être attaqué que par ceux dont le consentement "était requis ou par celui des deux époux qui avait "besoin du consentement".

Ceux dont le consentement était requis. Confirmation expresse ou tacite validant le mariage.

L'article 183 décide que les ascendants peuvent exercer l'action en nullité, mais que la nullité peut se couvrir par une confirmation. La loi décide que la confirmation expresse ou tacite du mariage émanant des ascendants empêche non seulement ces ascendants d'attaquer désormais le mariage, mais encore prive de ce droit l'époux mineur.

Prescription

D'autre part, une action en nullité relative

Source : BIU Cujas

de l'action par un an.

peut se prescrire. Ici l'action en nullité des père et mère et autres ascendants se prescrit par un délai très court: un an, nous dit l'art. I83, à compter du jour où ils ont eu connaissance du mariage. On leur laisse un an pour attaquer le mariage: s'ils ne le font pas, on considère qu'ils ont ratifié tacitement et personne ne peut demander la nullité du mariage, pas même l'époux mineur.

Epoux - Confirmation - prescription de l'action par un an.

Considérons maintenant l'action en nullité de l'époux. En ce qui concerne l'action en nullité de l'époux, la loi ne parle pas de confirmation expresse ou tacite, mais il faut admettre évidemment que lorsque l'époux mineur est devenu majeur, il a la possibilité de confirmer expressément ou tacitement le mariage. Certains auteurs ne sont pas de cet avis; on ne voit pas pourquoi on distinguerait. Rien n'empêche l'époux devenu majeur de confirmer le mariage. En tout cas, l'art. I83 décide que l'action en nullité appartenant à l'époux ne peut plus être intentée lorsqu'il s'est écoulé un an sans réclamation de sa part depuis qu'il a atteint l'âge compétent, c'est-à-dire 2I ans, pour consentir lui-même au mariage.

§ 3 - Les conséquences de l'amulation d'un mariage - La théorie des mariages putatifs

I - Le mariage annulé est considéré comme n'ayant jamais existé.

I - Lorsqu'un mariage se trouve annulé par une décision judiciaire, il doit être considéré en droit comme n'ayant jamais existé. On dit quelquefois que la nullité opère avec effet rétroactif; ce n'est peut-être pas très exact. En réalité, le mariage a été nul dès l'origine, par conséquent, il n'a jamais existé.

En cela, le mariage annulé diffère du mariage dissous par la mort ou par le divorce. Le mariage dissous par la mort ou par le divorce a produit ses effets jusque là; au contraire, le mariage déclaré nul n'a jamais existé.

Conséquences quant aux époux et aux enfants

De ce que le mariage déclaré nul est considéré comme n'ayant jamais existé, il résulte que les époux sont considérés comme n'ayant jamais été mariés. La conséquence c'est que le contrat de mariage des époux ne peut recevoir son exécution. La femme ne peut porter le nom de son mari, les enfants qui sont nés de l'union ainsi annulée sont des enfants illégitimes qui seront tantôt des enfants naturels simples, tantôt des enfants adultérins (cas de bigamie), tantôt des enfants incestueux (lorsque le mariage aura été annulé pour méconnaissance des prohibitions fondées sur la parenté ou l'alliance). Nous verrons plus tard quel intérêt il y a à savoir si un enfant est simple-

Source : BIU Cujas

ment naturel, adultérin ou incestueux.

Avant la loi du I8 Février I938, la femme devait être considérée comme n'ayant jamais été frappée d'incapacité. Tous les actes qu'elle avait passés sans l'autorisation de son mari ou de justice étaient valables.

C'est ainsi encore que le mariage annulé n'a pu procurer la légitimation aux enfants que les deux époux avaient eus avant leur mariage. Ou bien encore le second mariage qu'aurait contracté l'un des époux engagé dans un premier mariage nul ne serait pas entaché de bigamie.

En cas d'annulation, la femme doit-elle pour se remarier respecter le délai de viduité.

Il est une question que l'on s'est posée parfois, mais qui ne semble pas avoir donné lieu à jurisprudence. On se demande si en cas d'annulation du mariage, la femme avant de se remarier avec un autre, ou même avec le mari, est obligée d'observer le délai de viduité de l'art. 228. Il peut y avoir ici confusion de part possible, si la femme se remarie avec un autre que son premier mari. Il faut répondre négativement. L'art. 228 n'impose le délai de viduité à la femme que lorsque le mariage est dissous par la mort ou par le divorce. Le mariage étant nul, la femme n'a pas à observer ce délai, il n'y a pas à tenir compte de cette union, qui est considérée comme n'ayant jamais existé.

II - Atténuations aux effets de la nullité: le mariage putatif.

II - Voilà les conséquences principales de l'annulation d'un mariage, conséquences graves. Aussi la loi a-t-elle atténué ces conséquences en faveur des époux qui ont contracté le mariage de bonne foi, c'est-à-dire dans l'ignorance de l'empêchement dirimant qui a entraîné la nullité du mariage. C'est la théorie du mariage dit putatif. On trouve l'expression "putatif" employée dans d'autres cas; on parle de titres de propriété, de titres de créances putatifs; c'est toujours dans le sens de croyance, de bonne foi.

On appelle mariage putatif le mariage entaché de nullité que les deux époux, ou l'un d'eux, ont cru valable en le contractant.

Le mariage putatif est prévu par deux textes, les art. 20I et 202 du Code Civil. Art. 20I: "Le mariage qui a été déclaré nul produit néanmoins les effets civils, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants, lorsqu'il a été contracté de bonne foi". Art. 202: "Si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des époux, le mariage ne produit les effets civils qu'en faveur de cet époux, et des enfants issus du mariage".

Effets du mariage putatif.

Il résulte de ces deux textes que le mariage nul contracté de bonne foi produit tous les effets civils du mariage, tant à l'égard des enfants qu'à l'égard

Source : BIU Cujas

de celui des deux époux qui était de bonne foi et même à l'égard des deux époux si tous deux ont été de bonne foi

En d'autres termes, en cas de mariage putatif, tout se passe comme si le mariage était dissous par le divorce. Le mariage produit ses effets jusqu'au jour de l'annulation. Nullité ici équivaut à dissolution anticipée. Le mariage est considéré comme ayant produit tous ses effets jusqu'au jour de l'annulation et même il peut produire des effets au-delà de l'annulation.

Origine de la théorie du mariage putatif

La théorie du mariage putatif, ignorée du droit romain, est d'origine canonique. Elle a été admise par le droit canonique comme conséquence de l'entension excessive que cette législation avait donnée aux empêchements de mariage. Les empêchements de mariage étant nombreux, des personnes d'entière bonne foi avaient pu contracter un mariage au mépris d'un de ces empêchements. La loi a corrigé elle-même sa rigueur en faisant produire des effets au mariage contracté de bonne foi par l'un des époux.

Deux questionsse posent en ce qui concerne le mariage putatif : I° A quelles conditions un mariage aura-t-il la qualité de putatif? 2° Quels sont les effets du mariage putatif?

Condition unique: la bonne foi des deux époux ou de l'un d'eux.

I° A quelles conditions un mariage est-il putatif?

Le droit canonique qui s'appliquait dans l'ancien droit sur ce point, comme d'une manière générale en matière de mariage, se montrait assez rigoureux; il exigeait trois conditions: la bonne foi d'un des époux au moins; un juste motif d'erreur; et enfin la solennité de la célébration.

Notre droit moderne est plus libéral; il n'exige plus que la première condition: la bonne foi.

Une seule condition suffit, par conséquent, pour qu'un mariage soit considéré comme putatif: c'est qu'il ait été contracté de bonne foi par les deux époux ou même par un seul d'entre eux. Les effets sont différents suivant que les deux époux ou un seul d'entre eux ont été de bonne foi, mais le mariage produira certains effets du mariage putatif alors même qu'un seul des deux époux aura été de bonne foi.

Action de la bonne foi. Erreur de fait ou erreur de droit

Que faut-il entendre par "bonne foi"? La bonne foi suppose que l'époux a contracté ignorant l'existence de l'empêchement de mariage. Cette erreur de l'époux peut d'abord être une erreur de fait. Par exemple il est intervenu un jugement déclaratif de décès. Un individu ayant été exposé à un péril de mort, le décès a été prononcé par jugement; la soi-disant veuve de

Source : BIU Cujas

cet individu se remarie; puis le disparu reparait Il est certain que le second mariage est nul, mais la femme ayant contracté ce second mariage de bonne foi, et son mari également, le mariage est entaché d'une erreur de fait de la part des époux, il est un mariage putatif.

Mais la jurisprudence, approuvée par la majorité des auteurs, assimile l'erreur de droit, à l'erreur de fait. Un mariage peut être putatif bien qu'il s'agisse simplement d'une erreur de droit de la part de l'un des époux ou des deux. Il suffit, en un mot, que les époux ou l'un d'eux aient ignoré la disposition de loi constituant un empêchement de mariage; dérogation sur ce point à la règle "nul n'est censé ignorer la loi". Evidemment, la loi on la leur appliquera, leur mariage sera annulé, mais ils bénéficieront de leur bonne foi, de leur ignorance de la loi.

Le cas s'est présenté plusieurs fois en pratique. Par exemple un époux s'est cru divorcé, alors que, d'après la loi, son divorce n'était pas devenu définitif. En effet, il ne suffit pas que le jugement ait prononcé le divorce, il faut encore que le divorce ait été transcrit sur les registres de l'état civil. Or, des gens s'imaginaient que du fait qu'un jugement avait été rendu ils étaient divorcés; ils se remariaient Il y avait là une erreur de droit; du moment qu'ils démontraient leur ignorance de la loi, leur mariage a été considéré comme putatif. (Voir une espèce jugée par la Cour de Nimes, le 27 Octobre 1919, Sirey,1922, II,33).

Ou bien c'est le cas d'un époux français qui, dans l'ignorance de la loi, a contracté mariage en France devant un consul étranger. Le mariage est nul, mais du moment qu'on démontre que l'époux ignorait cette disposition, croyait que le mariage était valable, son mariage sera considéré comme putatif.

Conditions exigées par le D. canonique et supprimées par le Droit civil.

Que l'erreur soit de fait ou de droit, il n'est pas nécessaire qu'elle soit excusable. Le droit canonique était en sens contraire: il exigeait qu'il y eut un juste motif d'erreur. Au contraire notre droit n'a pas cette exigence; la bonne foi est suffisante. Le tribunal par conséquant est en droit, pour considérer qu'un mariage est putatif, de tenir compte d'une erreur grossière, du moment qu'il lui apparait d'après les circonstances de la cause que l'époux est tombé dans cette erreur de bonne foi.

D'autre part, le droit canonique n'attachait le caractère putatif qu'au mariage entaché d'une nullité de fond; mais il refusait le caractère putatif au mariage entaché d'une nullité de forme, nullité dans

Source : BIU Cujas

la célébration du mariage. Cette distinction est étrangère à notre droit. Un mariage même nul en la forme peut être putatif dans notre droit français; par exemple un mariage contracté de bonne foi devant un prêtre; nous avons cité un cas à propos de l'inexistence l'arrêt de Bordeaux de 1937. On peut citer encore le mariage contracté de bonne foi devant un consul étranger non qualifié. La jurisprudence offre des exemples de mariages déclarés putatifs bien qu'entachés d'une erreur de nullité de forme.

Nécessité d'une apparence de célébration

Encore faut-il qu'il y ait eu au moins une apparence de célébration; sinon, on arriverait à faire produire les effets d'un mariage putatif à un simple concubinage, ce qui arriverait si l'un des époux était assez naïf pour avoir cru qu'il était marié sans célébration. (arrêt de Lyon, 13 Novembre 1924, Dalloz 1925, II,73).

Existence de la bonne foi au moment de la célébration du mariage.

Il suffit pour que le mariage soit putatif que la bonne foi ait existé de la part de l'un des époux au moment de la célébration du mariage; peu importe qu'il ait appris ensuite son erreur; il suffit qu'il ait été de bonne foi au moment de la célébration du mariage.

Présomption de la bonne foi.

D'autre part, d'après la jurisprudence française, qui diffère sur ce point de la jurisprudence belge, et toujours par faveur pour le mariage putatif, la bonne foi est présumée (V. Cas. 5 novembre 1913, Dalloz 1914,I,281). En un mot, l'époux qui invoque le bénéfice de la putabilité n'a pas à démontrer sa bonne foi, elle est présumée; c'est à son adversaire à démontrer que l'époux a contracté le mariage connaissant l'empêchement.

On a quelquefois proposé à cet égard de faire une différence entre l'erreur de fait et l'erreur de droit. Certains auteurs ont dit:l'erreur de fait peut être présumée, mais pas l'erreur de droit: nul n'est censé ignorer la loi. La jurisprudence ne s'est pas arrêtée à cette distinction; elle considère que la bonne foi est toujours présumée.

Un mariage inexistant peut-il valoir comme m. putatif.

Nous retrouvons ici la question des mariages inexistants. D'après les auteurs qui admettent la catégorie des mariages inexistants, ces mariages n'auraient jamais le caractère putatif. Un mariage ne serait putatif qu'autant qu'il serait entaché de nullité. L'inexistence fait obstacle à la putativité. Le mariage inexistant, c'est le néant, et le néant ne peut pas produire d'effet. La jurisprudence ne s'est pas arrêtée à cette considération; elle accorde le caractère putatif à des mariages qu'on devrait considérer comme inexistants (Cas. 14 Mars 1933, D.H. 1933,218). C'est d'ailleurs

Source : BIU Cujas

l'opinion du législateur qui, en cas de mariage par procuration, admet que le mariage, qui a été célébré alors que l'époux prisonnier de guerre ou mobilisé était décédé avant la célébration, produise les effets du mariage putatif, alors que ce serait bien un cas de mariage inexistant.

2° - Quels sont les effets du mariage putatif?

Maintien des effets du mariage jusqu'au jour de l'anhulation. Ressemblance avec le divorce.

Les effets du mariage putatif peuvent se résumer ainsi: les effets produits par le mariage jusqu'au jour de l'annulation sont maintenus; bien plus, certains de ces effets, une fois produits, se continuent après l'annulation. C'est le cas des enfants qui bénéficient de la légitimité et qui restent des enfants légitimes.

Sous cette dernière réserve, le mariage cesse de produire ses effets à la date de l'amulation. On peut donc comparer le mariage putatif à un mariage dissous par la mort ou par le divorce et qui produit ses effets jusqu'à la dissolution.

Nous allons étudier les conséquences de ce principe à l'égard des enfants, à l'égard des époux et à l'égard des tiers.

A - Légitimité des enfants issus du mariage

A - Tout d'abord, à l'égard des enfants issus du mariage annulé.

C'est à leur égard que le mariage putatif ressemble tout à fait au mariage dissous par le divorce; il n'y a pas de différence A l'égard des enfants issus de cette union, le mariage putatif produit toujours les effets d'un mariage valable. Il suffit que l'un des époux ait été de bonne foi pour que le mariage soit putatif à l'égard des enfants, ces enfants sont légitimes, même à l'égard de l'époux de mauvaise foi. Ils sont dans la situation d'enfants issus d'un mariage dissous par le divorce. Ils doivent être traités comme tels; notamment ils porteront le nom de leur père, même si celui-ci était de mauvaise foi; ils succèderont à leurs père et mère et aux parents de leurs père et mère exactement comme des enfants légitimes.

Il en est ainsi même des enfants qui ont été conçus alors que les époux avaient cessé d'être de bonne foi; il suffit que la conception soit antérieure à l'annulation du mariage, l'enfant est légitime.

Légitimation des enfants naturels par un mariage putatif.

Une question s'est posée : c'est celle de la légitimation. Les époux qui ont contracté un mariage nul avaient peut-être eu un enfant, ou plusieurs enfants naturels avant la célébration; ils s'étaient mariés et espéraient légitimer leurs enfants. Est-ce que le mariage nul, mais putatif, va avoir pour conséquence de légitimer ces enfants, d'opérer la légitimation Certains auteurs disent que ce n'est pas possible;

Source : BIU Cujas

c'est un effet qu'on ne peut pas admettre. Nous verrons en étudiant la légitimation que la jurisprudence admet que la légitimation peut résulter d'un mariage, nul, mais ayant un caractère putatif.

B - Effets du mariage putatif à l'égard des époux.

Ici il est nécessaire de distinguer suivant que les deux époux étaient de bonne foi lors de la célébration ou qu'un seul était de bonne foi.

a) Bonne foi des deux époux. Application des effets du mariage jusqu'au jour de l'annulation

a) Si les deux époux étaient de bonne foi lors de la célébration, le mariage putatif produit à leur égard tous les effets d'un mariage valable dont la dissolution serait opérée par le jugement d'annulation. Par exemple, le contrat de mariage des époux va recevoir son entière exécution; notamment s'ils étaient mariés sous le régime de la communauté, la communauté sera liquidée d'après l'état de choses existant au jour de l'annulation.

En troisième lieu, les époux ont sur la personne et les biens de leurs enfants tous les droits résultant de la paternité et de la maternité légitimes: administration légale, droit de jouissance légale, de même que des époux dont le mariage serait valable.

Cessation des effets du mariage après l'annulation du mariage.

Bien entendu, les effets du mariage cessent entre les époux du jour où le jugement d'annulation est devenu définitif. Par exemple, à partir du jour où le jugement d'angulation est devenu définitif, les époux ne se doivent plus aucun de ces devoirs, fidélité secours assistance, la femme cesse d'être domiciliée chez son mari du jour où le jugement d'annulation devient définitif; au cas où l'un des époux vient à mourir après le jugement d'annulation, l'autre ne peut plus invoquer le droit de succession qui est reconnu par la loi au profit du conjoint survivant.

Conséquence de la mort de l'un des époux avant l'annulation.

Mais supposez que l'un des époux soit mort avant le jugement d'annulation, - il peut y avoir un intérêt à annuler un mariage bien qu'il soit dissous par la mort - l'autre époux pourra très bien exercer le droit de succession que la loi reconnaît à l'époux survivant. Mais si la mort est postérieure au jugement d'annulation, l'époux ne peut pas succéder.

b) Un seul époux de bonne foi, Seul il peut invoquer les effets du mariage.

b) Lorsqu'un seul des époux est de bonne foi, celui là seul profite des effets du mariage putatif. L'époux de mauvaise foi ne peut invoquer ces effets. Il en résulte une situation assez boiteuse. D'une part les enfants et l'époux de bonne foi peuvent invoquer à l'encontre de l'époux de mauvaise foi les effets résultant du mariage. Mais à l'inverse l'époux de mauvaise foi ne peut invoquer les effets du mariage ni à l'égard des enfants ni à l'égard de son conjoint de bonne foi.

Source : BIU Cujas

Par exemple, si l'époux de mauvaise foi vient à mourir, ses enfants et l'époux de bonne foi, dans la mesure prévue par la loi, vont recueillir sa succession. Supposez, au contraire, qu'un enfant vienne à mourir ; par qui sera recueillie la succession de cet enfant? Par l'époux de bonne foi, mais pas par l'époux de mauvaise foi.

De même l'époux de bonne foi seul exerce la puissance paternelle sur les enfants.

Il ne faut tout de même pas aller trop loin. Supposons que l'époux de bonne foi vienne à mourir. En pareil cas, l'époux de mauvaise foi pourra exercer les droits de puissance paternelle qui sont reconnus au père ou à la mère naturel.

De même dans les rapports des époux entre eux, l'époux de bonne foi conserve les avantages, les donations, les libéralités que l époux de mauvaise foi lui avait consentis dans le contrat de mariage, mais la réciproque n'est pas vraie; l'époux de mauvaise foi ne peut pas bénéficier des libéralités que l'autre époux lui aurait consenties dans le contrat de mariage.

Mais un contrat de mariage peut contenir des donations émanant de tiers; par exemple constitution de dot émanant d'un tiers. Supposons que cette libéralité ait été faite à l'époux de mauvaise foi; la libéralité va-t-elle tomber? Certains auteurs disent : oui, nécessairement. Mais d'autres auteurs décident que les donations faites par un tiers à l'époux de mauvaise foi en considération du mariage doivent être maintenues, parce que ces libéralités doivent un jour profiter aux enfants. Les enfants les retrouveront dans la succession de leur père ou de leur mère de mauvaise foi; par conséquent ces libéralités doivent être maintenues.

Enfin, toujours dans les rapports des époux, l'époux de bonne foi seul a le droit d'invoquer l'exécution du contrat de mariage. C'est pour lui une simple faculté d'ailleurs ; si les clauses du contrat de mariage ne lui sont pas favorables, il peut très bien demander que la communauté soit liquidée comme une simple société de fait. En tout cas, l'époux de mauvaise foi, ne peut pas invoquer le contrat de mariage; il n'y a contrat de mariage valable que si le mariage a été célébré; le mariage ici est complètement nul à son égard.

C - Effets du mariage putatif à l'égard des tiers.

Production de tous les effets du mariage à l'égard des tiers

A l'égard des tiers, le mariage putatif produit tous les effets d'un mariage valable. En particulier, la femme, à la condition qu'elle ait été de bonne foi pourra opposer aux tiers son hypothèque légale; elle

Source : BIU Cujas

ne le pourrait pas si elle était de mauvaise foi. Avant la loi du 18 Février 1938, si la femme avait contracté mariage de bonne foi et si elle avait passé des actes juridiques sans l'autorisation de son mari, elle pouvait opposer son incapacité aux tiers avec qui elle avait traité.

Tels sont les effets de l'annulation d'un mariage. Il y aurait une question à étudier, dont nous réservons l'étude pour plus tard; ce serait celle de savoir à l'égard de quelles personnes le jugement qui prononce l'annulation d'un mariage produit ses effets. C'est la question bien connue de l'autorité de la chose jugée en matière d'état des personnes, question difficile. Comme elle se pose également en matière de filiation, nous étudierons la question dans son ensemble, à la fin de la partie relative à la famille.

Section IV

La preuve du mariage

Importance de la preuve du mariage.

La preuve de la célébration d'un mariage présente une très grande importance pratique d'abord pour les époux eux-mêmes qui ont à se prévaloir vis-à-vis des tiers de leur état de gens mariés.

La preuve du mariage est également importante vis-à-vis des enfants parce que d'abord ces enfants ne sont légitimes qu'à la condition que leurs parents aient été mariés et qu'ils fassent la preuve de ce mariage; d'autre part la preuve du mariage est intéressante pour les enfants dans la mesure où ils peuvent revendiquer les droits qui résultent de la filiation légitime, et notamment les droits successoraux.

Du principe que pour pouvoir invoquer les effets civils du mariage, l'acte de mariage doit être représenté. Exclusion de toute autre moyen de preuve

La preuve du mariage a donc une importance considérable. Comment donc un mariage peut-il être prouvé? Le Code se montre à cet égard très strict. Le principe est posé dans l'art. 194; un mariage ne peut être prouvé que par la <u>représentation de l'acte de l'état civil de mariage</u>.

Art. 194: "Nul ne peut réclamer le titre d'époux "et les effets civils du mariage s'il ne représente un "acte de célébration inscrit sur le registre de l'état "civil; sauf les cas prévus par l'article 46 au titre "des actes de l'état civil.

En l'absence de cet acte de mariage, le mariage est considéré comme n'ayant pas été célébré. La loi n'admet aucune autre preuve; elle n'admet pas la preuve par témoins, ni par titres; des lettres ne signifieraient rien, le tribunal devrait les rejeter, même si elles étaient formelles. On ne peut pas prouver le

Source : BIU Cujas

mariage par l'aveu de l'homme et de la femme, parce que ceux-ci pourraient se créer un état de mariage alors qu'ils ne se sont jamais mariés; ni par le serment. Ces moyens ne sont pas recevables ici. Il n'y a qu'un seule preuve du mariage, l'acte de mariage.

On ne pourrait pas davantage prouver le mariage par le fait de la publication, car le fait de la publication ne signifie pas que le mariage ait été célébré; ni par la représentation d'un contrat de mariage; il est rédigé avant le mariage, le mariage peut ne pas avoir eu lieu.

Cette règle si rigoureuse ne concerne que les mariages célébrés en France. Le mariage contracté dans un pays où il n'existe pas de formes solennelles ou le mariage est purement consensuel, peut être, le cas échéant, prouvé en France, devant un tribunal français, par témoins ou par la possession d'état. Mais s'il s'agit d'un mariage célébré en France, il n'existe qu'un seul moyen de preuve: l'acte de l'état civil dressé par l'officier de l'état civil qui a célébré le mariage.

Exclusion de la possession d'état comme mode de preuve.

Voilà la signification de l'art. 194. Mais l'art. 195 ajoute une disposition supplémentaire; il prend soin de nous dire que "la possession d'état ne pourra "dispenser les prétendus époux qui l'invoqueront res- "pectivement de représenter l'acte de célébration du "mariage devant l'officier de l'état civil."

La possession d'état d'époux n'a donc aucune valeur au point de vue de la preuve. Qu'est-ce donc que la possession d'état d'époux? La possession d'état d'époux légitimes, c'est la situation de deux personnes qui vivent publiquement comme mari et femme. La loi prend soin d'exclure la possession d'état pour deux raisons: pour une raison d'histoire; c'est qu'autrefois la possession d'état était une preuve du mariage; et puis aussi parce qu'on aurait pu s'y tromper. La loi ne veut pas que la possession d'état constitue une preuve du mariage. Le fait que deux personnes vivent ensemble n'est pas une preuve du mariage; et cela se comprend parce que la possession d'état est l'oeuvre des époux ou pseudo-époux qui se présentent au public comme mari et femme alors qu'ils n'ont peut-être jamais été mariés. Dans les grandes villes notamment, il est des personnes qui vivent publiquement comme mari et femme, qui habitent ensemble, la femme portant le nom de son conjoint, et qui constituent cependant des ménages irréguliers. La possession d'état constituerait donc à elle seule une preuve tout à fait insuffisante. On comprend donc que la loi se défie de la possession d'état.

Source : BIU Cujas

Cependant, jusqu'au XVIème siècle la possession d'état était considérée comme présomption de célébration du mariage. Et cela se comprand, parce qu'alors le mariage canonique était purement consensuel. Mais dès qu'au XVIème siècle on exigea que le mariage fût célébré publiquement par le curé des époux, on décida que la possession d'état n'aurait plus désormais force probante. C'est ce que décida l'ordonnance de Blois de 1579.

Donc, la possession d'état n'est pas une preuve de mariage. Seulement, il faut s'entendre. L'art. 194 qui exclut la possession d'état ne s'applique qu'à la personne qui réclame le titre d'époux ou qui se prévaut des effets civils d'un mariage, tel l'enfant qui réclame sa légitimité.C'est à ces personnes-là que s'applique l'art. 194. La disposition de l'art. 194 ne pourrait pas être étendue au cas où l'on voudrait prouver un mariage dans un but autre que de réclamer les effets civils de ce mariage. Mais on pourrait invoquer la possession d'état à l'effet de prouver un mariage sans en réclamer les effets civils. Exemple: un mari a légué à sa femme une rente viagère, en stipulant dans son testament que la rente cesserait d'être due le jour où la femme se remarierait. Les héritiers du mari soupçonnent que la veuve s'est remariée, mais qu'elle s'est remariée sans éclat, de manière à pouvoir conserver la rente viagère. Ces héritiers du mari qui ont intérêt à faire révoquer le legs de rente viagère, qui ne trouveront peut-être pas le lieu où a été célébré ce second mariage, pourront prouver le remariage de la veuve par tous moyens, parce qu'ici ils n'invoquent pas les effets civils du mariage, ils invoquent l'existence du mariage comme cause de révocation du legs.

Possibilité de prouver le mariage par possession d'état quand on en réclame pas les effets civils

B-Exceptions au principe

Au principe que la preuve du mariage ne peut résulter que de l'acte de célébration, le Code apporte quatre exceptions.

1°-Dans le cas de l'art.46

La première est indiquée dans l'art. 194 lui-même: "sauf les cas prévus par l'art. 46, au titre des actes de l'état civil". L'art. 46, c'est le texte qui suppose qu'il n'a pas existé de registres dans une commune ou que les registres ont été perdus ou détruits. En pareil cas, puisque le service de l'état civil n'a pas été tenu, ou que les registres ont été perdus ou détruits, il faut bien se contenter d'admettre la possibilité de prouver la célébration du mariage par tous moyens possibles.

La question s'est posée de savoir si l'art. 46 devait être appliqué dans le cas où les registres ayant été tenus et les registres n'étant pas détruits, on

Source : BIU Cujas "Les Cours de Droit" Y Répétitions Ecrites et Orales
3, Place de la Sorbonne, 3 Reproduction interdite

soutient que l'acte de célébration a été omis.

Certains auteurs disent que c'est impossible, l'art. 194 s'y oppose; l'art. 46 ne prévoit que le cas de perte de registres ou le cas où les registres n'ont pas été tenus. Mais nous avons admis la solution contraire en étudiant les actes de l'état civil (v.plus haut p. 215).

2°-Régularisation d'un mariage entaché d'un vice de forme par la possession d'état jointe à l'acte de naissance

Deuxième dérogation à la règle que la preuve du mariage ne peut résulter que de l'acte de célébration: la loi prend en considération la possession d'état dans une hypothèse, prévue par l'art. 196. Le texte est ainsi conçu: "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 respective-"ment non recevables à demander la nullité de cet acte".

Le texte suppose qu'il y a bien un acte de célébration, mais irrégulier: par exemple l'acte n'a pas été signé par l'officier de l'état civil, ou bien il a été rédigé sur une feuille volante; on retrouve bien l'acte, mais il est irrégulier. La loi admet que la possession d'état puisse servir de complément de preuve. Voilà ce que veut dire l'art. 196; la possession d'état venant s'ajouter à cet acte incomplet fera la preuve du mariage. Les époux sont respectivement non recevables à demander la nullité de cet acte, c'est-à-dire l'acte de célébration; la possession d'état va jouer le rôle de complément de preuve. Mais la jurisprudence interprète le texte d'une manière plus large en décidant que la possession d'état suffit à couvrir les irrégularités de forme qui entachent la célébration du mariage, et notamment la clandestinité et l'incompétence de l'officier de l'état civil (V. plus haut, nullités de mariage).

3° preuve du mariage par possession d'état en vue de la preuve de la légitimité des enfants

Troisième dérogation à la règle: c'est le cas prévu par l'art. 197. Dans ce cas, la possession d'état à elle seule et sans aucun acte de célébration va servir de preuve du mariage, sans qu'un acte de célébration ait besoin d'être représenté. Ce rôle de preuve que l'art. 197 reconnaît à la seule possession d'état, elle ne le lui fait jouer qu'au profit des enfants, et dans certaines conditions seulement.

Art. 197 : "Si, néanmoins, dans le cas des articles "194 et 195, il existe des enfants issus de deux indivi-"dus qui ont vécu publiquement comme mari et femme, et "qui soient tous deux décédés, la légitimité des enfants "ne peut être contestée sous le seul prétexte du défaut "de représentation de l'acte de célébration toutes les "fois que cette légitimité est prouvée par une posses-"sion d'état qui n'est point contredite par l'acte de "naissance".

Conditions

La loi suppose que des enfants ont besoin de

Source : BIU Cujas

a)décès des parents et ignorance du lieu où ils se sont mariés

prouver leur légitimité. Or, pour cela, il est absolument nécessaire qu'ils prouvent le mariage de leurs parents. Pas de difficulté lorsque les parents sont encore vivants; les enfants peuvent se renseigner auprès d'eux sur le lieu où le mariage a été célébré. Aussi n'est-ce pas pour ce cas que l'art. 197 est écrit. Lorsque les père et mère sont vivants, l'un et l'autre ou l'un des deux, les enfants ne peuvent faire la preuve du mariage, comme n'importe qui, qu'en apportant un acte de célébration. Mais l'art. 197 suppose que les enfants ont besoin de prouver leur légitimité alors que leurs père et mère sont l'un et l'autre décédés. Le texte suppose que les enfants sont dans l'ignorance du lieu où le mariage a été célébré; ils ne peuvent donc pas présenter d'acte de célébration. En pareil cas, par faveur pour ces enfants, l'art. 197 les autorise à prouver le mariage de leurs parents par la possession d'état, à prouver que leurs parents ont toujours vécu comme mari et femme. Ils peuvent faire cette preuve par tous moyens , par témoins par exemple.

b)possession d'état d'enfant légitime non contredite par l'acte de naissance

Toutefois, l'art. 197 subordonne l'admissibilité de la preuve par la possession d'état à deux autres conditions: d'abord que les enfants qui veulent prouver leur légitimité aient eux-mêmes la possession d'état d'enfant légitime, qu'ils démontrent avec des témoins ou des pièces que les individus qu'ils considèrent comme leurs père et mère mariés les ont toujours traités comme leurs enfants légitimes; et il faut en outre que cette possession d'état des enfants ne soit pas contredite par leur acte de naissance. Par exemple, l'acte de naissance des enfants les présente comme des enfants naturels;: ils ont beau avoir la possession d'état d'enfants légitimes, elle est contredite par leur acte de naissance, ils ne peuvent pas en faire état. Mais s'ils avaient été déclarés comme nés de père et mère inconnus, il n'y aurait pas contradiction entre la possession d'état et l'acte de naissance, qui ne dit rien.

Ainsi la loi, pour admettre la preuve du mariage par possession d'état, exige un concours de circonstances exceptionnelles, qui ne se trouveront pas souvent réunies. La pratique offre cependant des exemples d'application de ce texte. Et notamment il y en a un, l'affaire qui a donné lieu à un arrêt de la Cour de Cassation du 30 Novembre 1920 (Sirey 1921.I.24I). Cet arrêt est très favorable à l'application de l'art. 197, Il décide que l'enfant n'est pas obligé de représenter son acte de naissance, c'est à l'adversaire de l'enfant qu'il appartient de présenter cet acte de naissance et à démontrer qu'il est en contradiction avec la possession d'enfant légitime.

Source : BIU Cujas

Preuve contraire

La possession d'état, si ces conditions sont réunies, suffira à faire la preuve du mariage. Mais ce n'est pas une preuve qui ne comporte pas la preuve contraire. Du moment que les enfants réunissent les quatre conditions, ils font la preuve du mariage, mais l'adversaire peut faire la preuve contraire en produisant des documents prouvant que le mariage n'a jamais été célébré.

4°-Preuve résultant d'une procédure criminelle

Voici une dernière exception au principe que la preuve du mariage ne peut résulter que d'un acte de célébration. C'est un texte très exceptionnel; on prétend que le cas ne s'est jamais présenté en pratique. **Art.** 198: "Lorsque la preuve d'une célébration "légale du mariage se trouve acquise par le résultat "d'une procédure criminelle, l'inscription du jugement "sur les registres de l'état civil assure au mariage, "à compter du jour de sa célébration, tous les effets "civils, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des en- "fants issus de ce mariage".

Ce texte suppose qu'on est en présence d'un crime ou d'un délit d'état civil. Par exemple l'acte de mariage inscrit sur les registres a été falsifié, ou altéré, ou supprimé, par suite d'un fait constituant un crime ou un délit. Ou encore l'acte de célébration a été rédigé sur une feuille volante, ce qui constitue un délit à la charge de l'officier de l'état civil. La loi suppose que l'auteur de la falsification ou de l'altération, officier de l'état civil ou autre, est traduit devant la cour d'assises ou devant le tribunal correctionnel pour répondre de son crime ou de son délit. Le texte décide qu'il pourra résulter des débats la preuve qu'un mariage a été célébré, mais que l'acte de célébration a été falsifié ou inscrit sur une feuille volante. La loi décide en pareil cas que le jugement ou arrêt constatant l'irrégularité ou le faux pourra être inscrit sur les registres de l'état civil et tiendra lieu d'acte de mariage pour établir la preuve du mariage.

Particularité de l'exercice de l'action quand le coupable présumé est décédé

L'art. 200, toujours dans la même hypothèse, vise un cas particulier, le cas où le coupable du faux, l'officier de l'état civil, ou autre, serait décédé. En pareil cas, il n'y a plus d'action criminelle possible, l'action pénale s'éteint par le décès de l'inculpé. Mais l'art. 200 permet en ce cas au ministère public d'agir au civil contre les héritiers du coupable, ou prétendu coupable, en présence des parties intéressées, des époux, dans le but de faire reconstituer la preuve du mariage. Le jugement sera transcrit sur les registres de l'état civil.

Source : BIU Cujas

Chapitre II

L'ETAT DE MARIAGE ET SES CONSEQUENCES A L'EGARD DES EPOUX ET DES ENFANTS

I - Conséquences du mariage à l'égard des époux

L'état de mariage constitue entre les époux une véritable association; il suppose une communauté de vie qui implique nécessairement des rapports juridiques, des obligations et des droits.

Mais ici la loi, dans une certaine mesure tout au moins et à l'égard de certains de ces devoirs et de ces droits, ne joue qu'un rôle assez effacé, tout au moins lorsqu'il s'agit des rapports personnels. La loi ne peut évidemment fixer d'une manière impérative et précise les conditions dans lesquelles les époux doivent pratiquer cette communauté de vie que suppose l'union conjugale. C'est là une question de moeurs, de dispositions individuelles avant tout. Lorsqu'il s'agit de rapports personnels entre les époux, nous sommes ici dans une matière où le législateur se révèle incompétent; les dispositions de la loi sont en grande partie inopérantes. La sanction du droit, plus ou moins brutale, n'a qu'une part assez minime pour ce qui concerne le réglement de la vie conjugale.

Cependant, si le législateur ne peut tout régler, ni tout prévoir en cette matière, il est un minimum de devoirs dont la loi exige l'observation de la part de chacun des époux. C'est ce qu'elle a fait en établissant un certain nombre d'obligations réciproques entre les époux. Nous étudierons d'abord ces obligations réciproques.

D'autre part, dans l'esprit du Code civil, héritier d'une longue tradition, l'association conjugale supposait un chef qui était le mari. De là un certain nombre de dispositions qui, dans le Code civil, tendaient à subordonner la femme au mari, à conférer à ce dernier un ensemble de droits constituant la puissance maritale. Mais à cet égard un grand changement est intervenu depuis la loi du 18 Février 1938, qui a sup-

Source : BIU Cujas

primé la puissance maritale, tout en maintenant au mari une certaine prépondérance en qualité de chef de la famille. Nous aurons à étudier la disparition de la puissance maritale, la situation créée à la femme par la loi du 18 Février 1938.

§ 1 - Obligations réciproques des époux

Les art. 213 et 214 nouveaux (Loi de 1938)

Ces obligations étaient énoncées dans les articles 212 et 214 anciens.

L'art. 212 disait que les époux se doivent mutuellement fidélité, secours et assistance. Il le dit encore.

L'art. 214 décidait que 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 ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état.

Aujourd'hui c'est l'art. 213 (texte de 1938) qui décide que la femme est obligée d'habiter avec son mari, et c'est l'art. 214, de 1938, qui décide que le mari est obligé de fournir à la femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de sa vie selon ses facultés et son état. Mais ces obligations réciproques n'ont pas été en principe modifiées par la loi de 1938.

Les 4 obligations réciproques essentielles

Quelles sont ces obligations réciproques? Elles sont au nombre de quatre: la cohabitation, la fidélité, le secours et l'assistance. Voilà les quatre obligations qui sont un minimum de devoirs aux yeux du législateur.

Une commission de révision du Code civil, qui a tenu quelques séances au début du XXème siècle, et dans laquelle on avait fait entrer des littérateurs, avait proposé d'ajouter une autre obligation réciproque: l'amour mutuel. Les journaux ont dit à l'époque: voilà une grande innovation! On veut obliger les époux à avoir l'un pour l'autre un amour mutuel. Mais les journalistes se trompaient lorsqu'ils voyaient là une innovation, car Pothier déjà dit nettement dans son Traité du contrat de mariage que le mari et la femme se doivent un amour mutuel. Ce n'était donc pas une innovation. En tout cas, est-il bien nécessaire d'introduire l'obligation d'un amour mutuel dans les rapports entre les époux? Nous ne le croyons pas. D'abord, il faudrait définir l'amour mutuel, S'il s'agit de cette affection mutuelle, profonde, solide, qui doit unir l'homme et la femme qui veulent fonder un foyer, c'est parfait; mais quelle serait la sanction au cas où cet amour n'existerait pas ou viendrait à prendre

Source : BIU Cujas

fin ? On voit bien l'idée de ces auteurs: c'est de permettre plus facilement le divorce. Un époux dirait mon conjoint ne m'aime plus; ou, je n'aime plus mon conjoint, pour obtenir le divorce. Tout cela n'est pas sérieux. Il est des époux qui ont cessé de s'aimer et qui continuent la vie commune dans l'intérêt des enfants; les droits du coeur doivent passer après l'intérêt de la famille. Il y a des gens qui se marient par raison, par devoir ou par intérêt, et dont l'union présente autant de dignité morale que celle résultant d'un amour réciproque. Il faut laisser tout cela à la littérature.

Contentons-nous des quatre devoirs essentiels qu'avec beaucoup de raison le Code civil a imposés et auxquels il s'est tenu.

A - Le devoir de cohabitation - C'est le devoir primordial des époux, celui sans lequel on ne pourrait guère concevoir que les fins du mariage fussent remplies.

Le devoir de cohabitation comporte, aux termes de l'art. 213 l'obligation pour la femme d'habiter avec son mari et l'obligation pour le mari de recevoir sa femme.

Obligation pour la femme d'habiter avec son mari. Droit pour celui-ci en tant que chef de la famille de fixer la résidence du ménage

Cette double obligation, la loi du 18 Février 1938 l'a laissée subsister telle qu'elle était conçue dans l'ancien article 214, avec cependant une réserve. L'art. 214 disait que la femme est obligée d'habiter avec son mari et de le suivre partout où il jugera à propos de résider. L'art. 213 nouveau se contente de dire que la femme est obligée d'habiter avec son mari. La loi a donc supprimé une partie du texte: "et de le suivre partout oùil juge à propos de résider". C'est qu'en effet nous allons voir que le droit du mari n'a plus rien d'un droit absolu aujourd'hui.

La femme a donc l'obligation d'habiter avec son mari. La loi de 1938, article 213 nouveau, décide que le mari, chef de la famille, a le choix de la résidence du ménage. C'était une prérogative qu'il avait avant la loi de 1938; celle-ci la lui a conservée. C'est une des rares prérogatives dépendant de la puissance maritale qui ait été conservée au mari.

Mais nous allons voir que si la loi a conservé au mari la prérogative de fixer la résidence du ménage, par contre cette loi a sensiblement atténué les pouvoirs du mari à cet égard en leur faisant perdre le caractère souverain et arbitraire qu'on leur reconnaissait autrefois.

Sans doute, dès avant la loi de 1938, on se demandait déjà si, dans certains cas, la femme ne pouvait refuser de suivre son mari, dans le cas notamment où celui-ci prétendrait lui imposer une résidence incompatible avec

Source : BIU Cujas

sa dignité ou sa santé; ou encore lorsque le mari fixait une nouvelle résidence uniquement par méchanceté ou par vengeance, dans le cas notamment où il voulait empêcher sa femme d'exercer une profession en un lieu où elle avait réussi à se créer une clientèle.

Recours judiciaire de la femme contre une fixation abusive de la résidence par le mari

Depuis la loi du 1 8 Février 1938, la question ne se pose plus: la femme est protégée contre les abus de pouvoir de son mari en ce qui concerne la fixation de la résidence. L'art. 213, al. 2, nouveau, ouvre en effet un recours à la femme devant le tribunal statuant en chambre du conseil, contre une fixation abusive de la résidence du ménage par le mari. La femme doit citer le mari devant le tribunal siégeant en chambre du conseil, c'est-à-dire à huis clos; le tribunal entendra le mari, ou en tout cas le fera appeler, il entendra le ministère public et il statuera.

La loi admet donc le contrôle judiciaire sur l'exercice par le mari de ses pouvoirs de chef de famille

En quoi consistera l'abus?

Mais il subsiste tout de même un doute. La loi parle de fixation abusive de la résidence du ménage par le mari. Que faut-il entendre par là? La loi n'a pas précisé, et il était difficile, en effet, qu'elle donnât une précision. Les tribunaux apprécieront dans chaque espèce. Mais il n'y en a pas moins une source de difficultés, l'expression "abusive" étant dans une certaine mesure équivoque.

Un abus constitue une faute. Dès lors, par exemple, la femme d'un fonctionnaire colonial pourra-t-elle se faire délier par le tribunal de son devoir de cohabitation pour la raison que le climat de la colonie à laquelle est affecté son mari est dangereux pour sa santé à elle? Le fonctionnaire dans pareil cas n'a commis aucun abus, il n'y a pas de faute de sa part; il n'a pas davantage fixé la résidence qui lui est imposée par sa fonction. Il ne semble pas dès lors que le tribunal ait le droit de dispenser la femme de cohabiter avec son mari.

Par contre, il y aurait abus dans le cas où le mari par méchanceté ou vengeance fixerait la résidence en un lieu autre que celui où la femme exerce une profession. Il y aurait abus si le mari voulait fixer la résidence du ménage sans raison à l'étranger, ou dans un pays malsain; la femme pourrait en pareil cas se faire dispenser de son devoir de cohabitation.

Les pouvoirs du juge sont très larges. Il lui appartient de déterminer s'il y a ou non fixation abusive. Que peut faire le juge s'il estime que la fixation de la résidence est abusive, préjudiciable à la femme? Le tribunal ne peut pas empêcher le mari de changer de résidence, il ne peut pas imposer au mari de maintenir la résidence ancienne, mais le tribunal

Source : BIU Cujas

peut permettre à la femme de ne pas cohabiter avec son mari.

Le domicile de la femme

La loi ne statue d'ailleurs que sur la résidence. La décision du tribunal qui permet à la femme de ne pas suivre son mari dans la résidence qu'il a fixée, n'a pas pour conséquence de créer à la femme un domicile propre; elle reste domiciliée chez son mari, la seule chose qui lui soit permise c'est de ne pas résider avec lui.

Cas où le mari perd le droit de fixer la résidence

L'art. 213 nous indique un certain nombre de cas dans lesquels le mari perd le droit de fixer la résidence du ménage, parce qu'il cesse d'être chef de famille. L'alinéa 3 ajoute: la qualité de chef de famille cesse d'exister au profit du mari dans un certain nombre de cas : 1°- Dans le cas d'absence; dans le cas d'interdiction (interdiction soit légale soit judiciaire); dans le cas d'impossibilité pour le mari de manifester sa volonté; et enfin dans le cas de séparation de corps (la femme a un domicile et elle est dispensée du devoir de cohabitation; et 2°- lorsque le mari est condamné, même par contumace, à une peine criminelle, pendant la durée de sa peine.

Sanction de l'obligation pour la femme d'habiter avec son mari

Une question s'est posée: c'est celle de savoir comment est sanctionnée l'obligation qui incombe à la femme d'habiter avec son mari; comment est sanctionnée l'obligation quiincombe au mari de recevoir sa femme?

Supposons d'abord que nous soyons dans un cas où la femme est tenue d'habiter avec son mari: il n'y a pas fixation abusive de la résidence. Comment est sanctionnée cette obligation? La femme ne veut pas résider avec son mari; y a-t-il des moyens de l'y contraindre? Question qui etait discutée avant la loi de 1938, qui est susceptible d'être discutée encore aujourd'hui.

D'abord, il est des cas où le refus est justifié, lorsque le mari refuse à sa femme ce qui lui est nécessaire, ou lorsqu'il lui inflige de mauvais traitements; ou encore lorsqu'il entretient une concubine au domicile conjugal; la femme est justifiée à refuser d'habiter avec son mari.

L'exécution manu militari

Mais supposons que le refus de la femme soit injustifié. Il existerait un moyen de contrainte directe: c'est l'emploi de la force publique. On ferait rentrer la femme au domicile conjugal "manu militari". La puissance maritale c'est quelque chose de semblable, dans la conception de notre Code, à la puissance paternelle. Le Code d'ailleurs confond: l'art. 1388 dit: "la puissance maritale sur la personne de la femme et des enfants". Il est incontestable qu'un père de famille peut faire réintégrer le domicile par son enfant mineur "manu militari", en recourant à la police ou à

Source : BIU Cujas

la gendarmerie. La même mesure de contrainte est-elle possible vis-à-vis de la femme?

Certaines décisions de justice ont autorisé le mari à user de ce moyen de contrainte. Nous trouvons en ce sens un arrêt de la Cour de Chambéry du 27 Octobre 1931 (Sirey, 1932,2.80). En réalité, c'est un moyen qui répugne à nos moeurs actuelles et qui est d'ailleurs un moyen fort peu efficace, car il est incontestable que le mari n'a pas le droit de séquestrer sa femme. Si celle-ci, à supposer que les gendarmes la ramènent au domicile conjugal, veut le quitter immédiatement, le mari n'a pas le droit de la séquestrer.

Dès avant la loi de 1938 il fallait donc admettre que cette mesure d'exécution n'était pas conforme à nos moeurs. A plus forte raison, semble-t-il, depuis cette loi, bien qu'il n'y ait rien dans le texte. Les commentateurs de la loi de 1938 considèrent en général que la possibilité de faire réintégrer le domicile conjugal "manu militari" par la femme est exclue du fait qu'elle n'a plus aujourd'hui le devoir d'obéissance vis-à-vis de son mari, mais alors y a-t-il d'autres moyens de contrainte indirecte?

Moyens d'ordre pécuniaire

Il y a un moyen incontestable, tout le monde est d'accord sur ce point et il a encore sa valeur aujourd'hui, le mari peut refuser à la femme tout secours pécuniaire.

Un autre moyen était admis avant la loi de 1938, plus contestable celui-là; si la femme a des revenus personnels qu'elle touche elle-même, le mari pourrait saisir ces revenus, les séquestrer, de manière à en priver la femme et l'amener ainsi indirectement à rentrer au foyer. Seulement la légalité de cette mesure est douteuse; elle était douteuse avant la loi de 1938, peut-être est-elle encore plus douteuse aujourd'hui.

On a vu aussi des tribunaux impartir à la femme un délai pour réintégrer le domicile conjugal sous peine d'une astreinte pécuniaire calculée à raison de tant par jour de retard (Lyon, 24 Février 1909, D.I9I0.2. I72).

Le divorce

Il reste au mari une ressource; ou de se résigner, ou de demander le divorce ou la séparation de corps pour injure grave.

Sanction de l'obligation du mari de recevoir sa femme

Supposons maintenant que ce soit le mari qui refuse de recevoir sa femme au domicile conjugal. En pareil cas, on admet généralement que la femme peut recourir à la force publique pour se procurer l'entrée du logement occupé par son mari (Lyon, 14 Mai 1920, D.I920. 2.I28). C'est un moyen peu efficace évidemment.

En tout cas, le mari qui refuse de recevoir sa femme peut incontestablement être condamné à lui payer

Source : BIU Cujas

une pension alimentaire; la jurisprudence est constante. On pourrait même décider que le mari pourrait être condamné à recevoir sa femme sous une astreinte pécuniaire à tant par jour.

Enfin, bien entendu, la femme a aussi la ressource ou de se résigner, ou de demander le divorce ou la séparation de corps.

Fin du devoir de cohabitation

Le devoir de cohabitation prend fin par l'effet de la séparation de corps prononcée entre les époux. Les époux restent mariés, mais le devoir de cohabitation cesse; c'est l'utilité de la séparation de corps.

B - Le devoir de fidélité. Les époux se doivent mutuellement fidélité, dit l'art. 212. La violation de ce devoir constitue l'adultère.

Sanctions de l'adultère

L'adultère comporte une sanction civile: le divorce ou la séparation de corps. Il comporte aussi une sanction pénale: l'adultère, dans certains cas tout au moins, est un délit. Mais il y a une différence aujourd'hui entre la sanction civile et la sanction pénale.

1- Sanction civile égale pour les deux conjoints. Divorce ou séparation de corps

Le Code civil, en ce qui concerne la sanction civile du divorce et de la séparation de corps, dans son texte originaire faisait une situation inégale au mari et à la femme. L'adultère de la femme était toujours une cause de divorce, en quelque lieu qu'il fût commis. L'adultère du mari ne pouvait permettre à la femme de demander le divorce que lorsqu'il y avait eu entretien de la concubine dans la maison conjugale; si l'adultère du mari avait eu lieu hors de la maison conjugale, ce n'était pas une cause de divorce.

Aujourd'hui cette inégalité est supprimée. Aujourd'hui d'après les articles 229 et 230, l'adultère de l'un des époux est toujours une cause de divorce en quelque lieu qu'il ait été commis.

2-Sanction pénale de l'adultère. Différence entre le mari et la femme

Par contre, la loi a maintenu l'inégalité qui existait dans les Codes napoléoniens entre l'adultère du mari et l'adultère de la femme en ce qui concerne la répression du délit. Il y a inégalité quant aux éléments constitutifs du délit: l'adultère de la femme est toujours punissable en quelque lieu qu'il ait été commis, tandis que le mari n'est frappé d'une peine que s'il a entretenu une concubine dans la maison conjugale. Article 339 du Code pénal. Il y a inégalité dans la répression: emprisonnement pour la femme, amende pour le mari.

La loi considère donc que l'adultère du mari est moins grave que celui de la femme. Cette inégalité a soulevé bien des critiques, et l'on a dit que le Code admet en cette matière deux morales, que l'homme qui fait les lois n'a garde d'oublier de les faire à son

Source : BIU Cujas

avantage. Reproche peut-être injustifié...Sans doute, du point de vue de la pure morale, le mari qui trompe sa femme est aussi coupable que la femme adultère. Au point de vue social, il est certain que l'adultère de la femme peut avoir des conséquences que n'aura jamais l'adultère du mari: c'est d'introduire dans la famille des enfants qui ne sont pas du mari et d'en infliger la paternité à ce dernier. Il ne faut pas oublier en effet que le mari assume la paternité des enfants qui sont nés au cours du mariage, présomption légale qui a pour fondement la confiance que fait la loi à la fidélité de la femme. Dès lors n'est-ce pas avec quelque raison que la loi, qui accorde à la femme une confiance parfois mal placée, se montre plus sévère lorsque celle-ci manque à son devoir de fidélité.

C'est la même raison qui nous explique que la loi pénale punisse le complice de la femme adultère alors qu'elle laisse impunie la femme complice de l'adultère du mari.

Autre inégalité, injustifiée celle-ci -(c'est la loi de l'homme!), inégalité entre le mari et la femme; c'est la fameuse disposition de l'art. 324 du Code pénal qui décide que le mari est excusable s'il commet un meurtre sur sa femme et sur le complice de cette femme, lorsqu'il les surprend en flagrant délit dans la maison conjugale. Par contre, la femme qui tue son mari n'est pas excusable, dans le cas où elle le surprend dans les mêmes conditions.

Situation défavorable faite à l'enfant adultérin

Une forme de la répression de l'adultère c'est la situation tout à fait défavorable qui est faite par notre droit aux enfants adultérins. Ils sont traités d'une manière très sévère par la loi, on leur refuse tout droit de succession; on n'oblige même pas les parents à leur faire apprendre une profession autre qu'un art mécanique, dit la loi.

C - Le devoir de secours et d'assistance. Article 212 : Les époux se doivent mutuellement secours et assistance.

Ces devoirs sont en réalité l'un comme l'autre une conséquence de l'obligation où se trouvent les époux de se prêter mutuellement un appui matériel et moral au cours de l'existence conjugale et au milieu des difficultés dans lesquelles ils peuvent se trouver.

Le devoir d'assistance

Le mot "assistance" a un sens assez vague. Il s'entend généralement des soins personnels que l'époux doit à son conjoint malade ou infirme, ou encore de l'appui moral qu'ils se doivent réciproquement dans les difficultés de la vie.

Le devoir de secours. Comment il s'exerce

Le devoir de secours est l'obligation où se trouve

Source : BIU Cujas

chaque époux de fournir à l'autre ce dont ce dernier a besoin pour vivre; obligation réciproque qui incombe à la femme comme au mari.

Cette obligation réciproque se traduit de deux manières lorsque les époux mènent la vie commune, ce qui est la règle, Le devoir de secours implique en pareil cas :

1°- en cas de vie commune des époux -Son double contenu

1°- L'obligation pour chacun des époux de contribuer aux charges de la vie commune suivant ses facultés.

2° - Dans le cas où l'un des époux est dans le besoin, est ruiné par exemple, ou hors d'état de gagner sa vie, obligation pour l'autre de subvenir aux besoins de son conjoint et de lui fournir ce qu'on appelle des aliments; c'est l'obligation alimentaire.

Le devoir de secours comporte donc l'obligation pour chacun des époux de contribuer à l'aide de ses ressources personnelles aux charges du ménage, et deuxièmement une obligation alimentaire qui ne prend naissance que lorsque l'un des époux se trouve privé de ressources et se trouve hors d'état de gagner sa vie.

a)Contribution des époux aux charges du ménage

1°- Obligation pour les époux de contribuer aux charges du ménage. L'art. 214 (texte de 1938) dispose: "Le mari est obligé de fournir à la femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de sa vie selon ses facultés et son état".

Le système du C.C.

C'est la seule disposition que prévoyait le Code civil. Cela s'explique parce que, dans la plupart des cas, les époux sont mariés sous le régime de la communauté. Or, sous ce régime non seulement les revenus des biens communs, mais encore les revenus des biens qui restent propres à la femme, sont à la disposition du mari. Voilà pourquoi la loi prévoyait avant tout l'obligation pour le mari de fournir à sa femme tout ce qui était nécessaire pour les besoins de sa vie: c'est que le mari - et c'était surtout vrai en 1804 - avait la disposition de tous les revenus du ménage. C'est à lui qu'il appartenait de contribuer aux dépenses du ménage; c'était à lui qu'il appartenait de fournir à sa femme tout ce qui était nécessaire à la vie.

Mais les choses ont changé depuis, et déjà en 1804 il était des cas où tous les revenus du ménage n'étaient pas entre les mains du mari. C'était le cas où les époux étaient séparés de biens. Lorsque les époux sont séparés de biens, ils disposent l'un et l'autre séparément de leurs revenus respectifs. En pareil cas, il est nécessaire que la femme contribue pour sa part, à l'aide de ses revenus, aux charges du ménage.

Source : BIU Cujas

Les articles 1537 et 1575 décident que la femme doit contribuer en pareil cas, suivant les conventions arrêtées dans le contrat de mariage. Mais les articles 1537 et 1575 décident que si rien n'a été convenu pour la part contributoire de la femme dans le contrat de mariage, cette part contributoire doit être fixée par la loi au tiers des revenus de la femme. Le mari a donc la charge du ménage pour deux tiers, la femme pour un tiers, à supposer qu'on n'ait rien convenu d'autre dans le contrat de mariage.

D'autre part, depuis le Code civil, même sous le régime de la communauté il est arrivé de plus en plus que la femme ait eu à sa disposition une partie de ses revenus; ce sont les revenus de son travail. En effet, depuis une loi du 13 Juillet 1907, la femme dispose des revenus de son travail; la femme mariée qui exerce une profession distincte de celle de son mari dispose des revenus de son travail; elle les touche, elle en dispose, elle les place, elle en fait ce qu'elle veut. Il est donc nécessaire de prévoir ici encore l'obligation pour la femme à l'aide des produits de son travail de contribuer pour sa part aux charges du ménage.

Le régime de la loi de 1938 et le nouveau texte de l'art. 214

Tout cela explique que la loi de 1938, après avoir conservé dans l'art. 214 le principe que le mari est obligé de fournir à la femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de sa vie, ait ajouté un alinéa 2, qu'il emprunte en partie à la loi de 1907, dans lequel il est dit : "Sur les biens dont elle a l'administra-
"tion, la femme doit contribuer proportionnellement à
"ses facultés et à celles de son mari tant aux frais du
"ménage qu'à ceux d'éducation des enfants communs, sauf
"dans les cas prévus aux articles 1537 ou 1575, où la
"contribution de la femme est fixée sur les bases établi
"à ces articles".

Mesure de la contribution de la femme

En un mot, aujourd'hui il y a un texte formel: la femme doit, à l'aide des revenus dont elle a la disposition, contribuer aux charges du ménage. Il n'est qu'un seul cas où sa contribution est fixée par la loi d'une manière formelle, c'est dans le cas de séparation de biens, et à supposer que le contrat de mariage n'ait pas prévu la contribution. Dans les autres cas, elle doit contribuer proportionnellement à ce qu'elle gagne et à ce que gagne le mari. C'est une obligation réciproque.

Voilà la première forme du devoir de secours: obligation pour chacun des époux de contribuer aux charges d la vie commune suivant ses facultés.

b)De l'obligation alimentai-

2° - L'obligation alimentaire. Il peut arriver que l'un des époux se trouve dans le besoin, soit qu'il ait

Source : BIU Cujas

re due par l'époux à son conjoint, dépourvu de ressources

été ruiné, qu'il ait perdu tous ses revenus, soit qu'il soit hors d'état de travailler et de gagner sa vie. En pareil cas, il ne peut plus être question d'une contribution de cet époux: c'est l'autre époux qui seul doit subvenir aux besoins du ménage , et fournir des aliments à son conjoint malade et hors d'état de gagner sa vie.

La jurisprudence en décide ainsi, et elle s'est fixée assez récemment dans un arrêt fort intéressant, un arrêt de la Cour de cassation du 31 Octobre 1934 (Dalloz 1935.I.73). Il s'agissait d'un ménage qui avait été séparé de biens judiciairement parce que le mari, ayant fait de mauvaises affaires, etait complètement ruiné. La femme avait au contraire des revenus assez élevés. Le mari avait commandé des vêtements chez un tailleur, qui avait envoyé la facture à la femme. La femme refusait de payer le tailleur de son mari, disant que cela ne la regardait pas, puisqu'ils étaient séparés de biens. La Cour de cassation ne l'a pas entendu ainsi; elle décide que la femme séparée de biens peut être condamnée solidairement avec son mari à payer des fournitures faites à celui-ci lorsqu'il est sans ressources personnelles. C'est une application de l'obligation alimentaire.

2-Le devoir de secours au cas où les époux ne font pas ménage commun

Supposons maintenant que les époux ne fassent pas ménage commun; cela ne veut pas dire qu'ils soient en désaccord. Par exemple, un époux est un fonctionnaire colonial qui part aux colonies sans emmener sa femme. En pareil cas le mari ,administrateur de la communauté, doit des subsides pécuniaires à sa femme; il consentira notamment une délégation de solde ou de traitement.

Nullité d'une convention de séparation amiable

Supposons maintenant que les époux ne mènent pas la vie commune parce qu'ils ne s'accordent pas. Ils conviennent de ne plus cohabiter, et le mari s'engage par exemple à payer une pension alimentaire à sa femme. Quelle est la valeur de cette convention? Elle est radicalement nulle comme contraire à l'ordre public. Par conséquent l'époux qui s'est engagé à fournir des subsides peut à tout instant refuser de continuer de verser la pension alimentaire, en offrant de reprendre la vie commune.

Refus de cohabitation de l'un des époux

Les époux peuvent encore ne pas faire ménage commun parce que l'un d'eux s'y refuse. Si le mari refuse de recevoir sa femme , il peut être condamné à lui fournir une pension alimentaire. Si c'est la femme qui refuse de réintégrer le domicile conjugal, le mari peut certainement lui refuser toute espèce de subsides.

Persistance du devoir de secours en cas de séparation de corps

En cas de séparation de corps, le devoir de secours subsiste; il n'y a plus de devoir de cohabitation, mais le devoir de secours subsiste. L'un des époux peut

Source : BIU Cujas

être condamné à verser une pension alimentaire à l'autre, même si cet autre est celui qui a provoqué la séparation de corps par ses torts.

Disparition du devoir de secours en cas de divorce

Le devoir de secours disparaît au contraire en cas de divorce, puisqu'il n'y a plus d'époux. Mais pendant l'instance en divorce, l'un des époux généralement le mari, pourra être condamné à payer une provision alimentaire à l'autre.

Enfin, en cas de décès de l'un des époux, nous verrons que la loi soumet la succession du conjoint décédé dans certains cas à l'obligation de payer une pension alimentaire au conjoint survivant.

Sanction de l'obligation réciproque de contribuer aux charges du ménage. Droit de saisie arrêt sur les revenus du conjoint

Le devoir de secours, l'obligation pour chacun des époux de contribuer aux charges du ménage dans sa première forme est sanctionnée depuis la loi du 13 Juillet 1907 par le droit accordé à l'un des époux vis-à-vis de celui qui ne s'acquitte pas de son obligation de saisir-arrêter et de toucher une partie des revenus de l'autre époux. C'est une disposition qui date de la loi du 13 Juillet 1907, laquelle accordait à la femme le droit de disposer de ses revenus provenant de son travail. Mais la loi du 13 Juillet 1907 n'avait pas accordé à la femme le droit de disposer des revenus de son travail pour lui permettre d'en user à son caprice; elle lui avait accordé ce droit pour lui permettre de soustraire les revenus de son travail aux prodigalités d'un mari dépensier; elle faisait à cette femme une obligation d'appliquer tout ou partie des revenus de son travail à contribuer aux charges du ménage.

La loi du 13 Juillet 1907 permettait à l'un quelconque des époux, mari ou femme, dans le cas où l'autre ne s'acquittait pas de ses obligations, de saisir-arrêter les salaires ou les revenus du travail de l'autre époux. Par exemple, si la femme ne s'acquittait pas de ses obligations, le mari pouvait se faire autoriser par le juge de paix à faire une saisie-arrêt et à toucher les salaires de sa femme pour les appliquer aux besoins du ménage; et de même pour la femme.

Ce texte a été transporté par la loi du 18 Février 1938 dans l'article 214 du Code civil et ses dispositions ont été généralisées. Il ne s'agit plus seulement de saisir-arrêter les produits du travail de l'époux; la saisie-arrêt peut porter sur les revenus quelconques de l'époux qui ne s'acquitte pas de son devoir de secours.

L'article 214, al. 3, décide en effet ceci: "Faute "par l'un des époux de remplir son obligation, l'autre "époux pourra obtenir du juge de paix l'autorisation de "saisir-arrêter et de toucher des salaires du produit du "travail ou des revenus de son conjoint une part propor- "tionnée à ses besoins".

Source : BIU Cujas

Par conséquent aujourd'hui l'un des époux peut pratiquer une saisie-arrêt sur les revenus quelconques (produits du travail ou revenus des valeurs mobilières, ou loyers) de cet époux, et subvenir par ce moyen aux besoins du ménage. Les alinéas suivants indiquent la procédure à suivre.

Sanction pénale du défaut de paiement d'une pension alimentaire. L'abandon de famille

Enfin le devoir de secours a reçu une sanction plus énergique depuis la loi du 7 Février 1924, sur l'abandon de famille, loi que nous aurons l'occasion de retrouver par la suite, loi qui décide que constitue un délit puni de peines correctionnelles, emprisonnement et amende, le fait pour toute personne de rester plus de trois mois sans s'acquitter d'une pension alimentaire à laquelle cette personne a été condamnée au profit soit de son conjoint, soit de ses descendants soit de ses ascendants.

§ 2 - La situation créée à la femme par la loi du 18 Février 1938

Pour comprendre cette loi, il est absolument nécessaire de connaître l'état de choses antérieur; pour l'apprécier, voir à la suite de quelle évolution elle a pu être votée; il est nécessaire de faire un bref historique de la question.

I-La puissance maritale dans le C.C.

I - Historique - Le Code civil, reprenant en cela les traditions de notre ancien droit, avait fait du mari le chef de l'association conjugale. Il avait investi le mari de la puissance ou autorité maritale.

Les mots "puissance maritale" ne figurent pas dans le Code au chapitre des droits et devoirs respectifs des époux. Mais l'article 1388, au chapitre du contrat de mariage, dit que les époux ne peuvent déroger dans leur contrat de mariage aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme et des enfants. La puissance maritale s'exerce donc de la même manière qu'elle s'applique aux enfants ou qu'elle s'applique à la femme dans la conception du Code. Impossibilité d'y déroger, parce qu'il s'agit d'une matière d'ordre public.

En tout cas, si au chapitre des obligations respectives des époux l'expression "puissance maritale" ne figurait pas, la chose s'y trouvait certainement dans l'ancien article 213 qui disait que le mari doit protection à sa femme, et la femme obéissance à son mari.

La subordination de la femme au mari dans l'ancien droit

En insérant cette disposition, les rédacteurs du Code civil ne faisaient que suivre une longue tradition. Dans notre ancien droit, la subordination de la

Source : BIU Cujas

femme à son mari était chose couramment admise et pratiquée, et cela même dans les pays de droit écrit, même dans les pays qui appliquaient le droit romain. Pourtant, dans le droit romain, le mariage "sine manu", le mariage des derniers siècles, ignorait la puissance maritale, et même l'incapacité de la femme mariée. Malgré tout, c'est la vieille tradition nationale, même dans les pays de droit écrit on pratiquait la puissance maritale.

Origine de la puissance maritale

La puissance maritale, issue du "mundium" germanique, était très dure au début, très rigoureuse. Il est vraisemblable que dans les temps primitifs, le mari avait le droit de tuer sa femme. En tout cas les anciens auteurs admettent sans difficulté - c'est chose considérée comme incontestée - que le mari a le droit de battre sa femme.

A la fin du XIIIème siècle, Philippe de Beaumanoir dans son Commentaire de la Coutume de Beauvoisis, écrit ceci: "Tout mari peut battre sa femme quand elle ne veut pas lui obéir à son commandement, ou quand elle le maudit, ou quand elle le dément, pourvu que ce soit modérément et sans que mort s'en suive", et il ajoute: "sans méhaing", c'est-à-dire qu'il n'avait pas le droit de l'estropier.

L'origine de la puissance maritale, doit être recherchée dans les traditions germaniques, qui ont inspiré le droit coutumier et auxquelles se sont mêlées les traditions chrétiennes sur les rappports des époux, Le christianisme, sans aucun doute, a relevé la femme de la condition inférieure que lui faisait l'antiquité. Au point de vue spirituel, elle est l'égale de l'homme. Mais si elle est l'égale de l'homme au point de vue spirituel, le christianisme n'a jamais manqué de proclamer la suprématie du mari dans le mariage. Saint Paul notamment écrit: "L'homme est le chef de la femme, comme Jésus-Christ est le chef de l'Eglise". Il ajoute: "Que la femme soit soumise à son mari comme il convient". Mais il ajoute aussi: "Et vous, maris, aimez vos femmes et ne soyez point rigoureux envers elles".

C'est cette tradition mi-chrétienne mi-germanique qui a inspiré notre ancien droit et qui permet à la fin du XVIIIème siècle à Pothier d'écrire ceci: "Il serait contraire à la bienséance publique que l'homme, constitué par Dieu le chef de la femme, ne fut pas le chef de la communauté des biens". Et il définit la puissance maritale le droit qu'a le mari d'exiger de sa femme tous les devoirs de soumission qui sont dûs à un supérieur.

La question de

L'un des rédacteurs du Code civil, Portalis, justifie le devoir d'obéissance inséré dans l'art. 213 à la

Source : BIU Cujas

la puissance maritale dans les travaux préparatoires du C.C. Sa justification

demande du Premier Consul. "Ce ne sont point les lois, écrit-il, c'est la nature même qui a fait la loi de chacun des deux sexes. La femme a besoin de protection parce qu'elle est plus faible, l'homme est plus libre parce qu'il est plus fort. L'obéissance de la femme est un hommage rendu à ce pouvoir qui la protège; elle est une suite de la société conjugale, qui ne pourrait subsister si l'un des époux n'était subordonné à l'autre".

En un mot, dans les paroles de Portalis nous trouvons l'argument fondamental qui, en dehors de toute conception religieuse, justifiait l'autorité maritale aux yeux du législateur: à la société conjugale il faut un chef, et ce chef il est naturel que ce soit le mari.

Telle est la raison d'être que l'on donnait de la puissance maritale.

La décadence de l'autorité maritale au XIXème siècle

Cette subordination légale de la femme au mari avait donné lieu à de vives récriminations. En tout cas, ce qui est certain c'est qu'au cours du XIXème siècle l'autorité maritale avait singulièrement perdu de sa force; elle tendait à être plutôt nominale que réelle.

La puissance maritale a perdu beaucoup de sa force au cours des temps et déjà sous l'ancien droit, car c'est une matière où les moeurs sont plus fortes que les lois. Même dans l'ancienne France la puissance maritale a toujours été tempérée par les usages ou par les moeurs.

De longue date dans notre pays la femme a pris en mains le gouvernement de la maison, du ménage; son autorité à cet égard a toujours été prépondérante. Mais en dehors de cette considération, qui a bien son importance, nous avons assisté au cours des siècles, et particulièrement au cours du XIXème siècle, à un affaiblissement de l'autorité maritale. Non seulement il n'est plus question depuis longtemps pour le mari du droit de battre sa femme, s'il le faisait il se rendrait coupable d'un délit pénal, sans compter la sanction civile résultant du divorce ou de la séparation de corps; mais cet excès mis à part, les prérogatives du mari avaient subi de sérieuses atteintes du fait des changements survenus dans les moeurs et dans l'état économique.

Avec l'avènement de la grande industrie, la femme mariée , cela est devenu de plus en plus fréquent, a exercé une profession indépendante de son mari. Dans la classe ouvrière, c'était devenu chose commune et l'exercice d'une profession indépendante par la femme a gagné les autres classes. Dès lors l'émancipation économique de la femme a entraîné nécessairement

Source : BIU Cujas

son émancipation conjugale. La loi a consacré cette émancipation en accordant aux femmes qui travaillent des droits très étendus sur leurs gains, sur leurs salaires, sur les produits de leur travail en général.

D'ailleurs, la pièce maîtresse de l'autorité maritale, à savoir l'incapacité de la femme mariée, avait reçu au cours du XIXème siècle et du XXème siècle des atteintes assez sérieuses,

Même avant la loi de 1938, l'autorité maritale était loin d'être absolue. Les tribunaux se reconnaissaient le droit de la contrôler pour en empêcher les abus, car l'autorité maritale n'était pas accordée au mari dans son intérêt personnel; elle lui avait été conférée dans le but de lui permettre d'assurer la direction du ménage.

Enfin le divorce constituait une porte de sortie pour la femme qui avait de justes raisons de se plaindre des abus de pouvoir de son mari.

Par conséquent, nous avons assisté au cours des siècles, - et le mouvement s'est précipité en ces dernières années - à l'affaiblissement, à l'effritement, peut-on dire de l'autorité maritale. La réforme qui a été réalisée en 1938 était donc mûre .
C'est de cette réforme qu'il faut maintenant que nous parlions.

La loi de 1938 et ses trois idées essentielles

Quand il s'agit uniquement de l'indépendance personnelle de la femme, la loi ne soulève pas de très graves difficultés; mais en tant qu'elle a restitué à la femme sa capacité, son interprétation soulève de graves difficultés.

On peut dire que la loi de 1938 a conféré à la femme une double indépendance: 1°- son indépendance personnelle; et 2°- son indépendance en ce qui concerne l'exercice de ses droits patrimoniaux.

Cependant la loi de 1938 a laissé subsister des vestiges de l'autorité maritale en faisant, dans certains cas tout au moins, du mari le chef de la famille.

Voilà les trois grandes idées qui vont dominer cet exposé.

Etudions d'abord les mesures qui ont conféré à la femme son indépendance personnelle. Nous verrons ensuite ce qu'il en est de l'indépendance quant à l'exercice de ses droits patrimoniaux.

Régime antérieur à la loi de 1938

A - Indépendance personnelle.

Quel était l'état de choses antérieur? Rappelons-le sommairement. L'article 213 décidait que la femme devait obéissance à son mari, et l'une des conséquences de ce devoir d'obéissance auquel elle était astreinte

Devoir d'obéissance de la femme; ses conséquences et les

c'était l'obligation de résider avec son mari et de le

Source : BIU Cujas

empéraments qu' elles comportaient

partout où il jugerait à propos de résider. Nous avons déjà vu que cette obligation subsiste, mais avec une sérieuse restriction résultant de la possibilité pour la femme d'obtenir de la justice une dispense de cohabiter lorsqu'il y a abus de la part du mari.

Obligation de résider avec le mari

Une autre conséquence du devoir d'obéissance de la femme c'était l'obligation de se conformer aux ordres que pouvait lui donner son mari en ce qui concerne ses relations. Le mari avait, en effet, le droit de

Surveillance du mari sur les relations et la correspondance de sa femme

surveiller les relations de sa femme, et ce droit, d'après l'opinion la plus générale, s'étendait à la correspondance de celle-ci. Le mari pouvait prendre connaissance de la correspondance de sa femme.

Toutefois la jurisprudence s'était reconnu en cette matière le droit d'intervenir pour réprimer les abus. En ce qui concerne les relations tout d'abord il avait été jugé qu'un mari ne pouvait priver sa femme du droit de voir ses proches parents. C'est ainsi encore, en ce qui concerne la correspondance, que la Cour de Cassation décidait que le mari ne pouvait faire état dans un procès en divorce de lettres confidentielles écrites par sa femme et qu'il s'était procurées par un moyen abusif et déloyal.

Enfin il y avait un obstacle au droit d'investigation du mari: c'était le secret professionnel de la femme. Du jour où les femmes ont exercé la profession de médecin ou d'avocat, le droit d'investigation du mari devait s'arrêter devant le secret professionnel. Le fait que le mari avait autorisé sa femme à exercer ces professions le privait par cela même du droit d'exercer son contrôle sur la correspondance professionnelle de sa femme.

Nécessité de l'autorisation du mari pour que la femme puisse exercer une profession

Une autre conséquence de l'autorité maritale vis-à-vis de la femme c'était l'impossibilité pour celle-ci d'entreprendre aucune profession sans l'autorisation de son mari. L'article 4 du C.Co. le dit expressément pour la profession commerciale. Mais il était incontestable et incontesté que cette autorisation était nécessaire pour l'exercice de toute profession quelle qu'elle fût. autorisation qui, d'après l'opinion la plus générale, pouvait n'être qu'une autorisation tacite, mais qui devait néanmoins être une autorisation préalable, faute de laquelle la femme ne pouvait valablement entreprendre une profession.

Telles étaient les principales conséquences du devoir d'obéissance qui était imposé à la femme par l'article 213.

L'indépendance de la femme d'après la loi de 1938. Suppression du devoir

Aujourd'hui, tout cela s'est évanoui, en partie tout au moins. La femme a recouvré son indépendance personnelle depuis la loi du 18 Février 1938. Ce texte a en effet abrogé l'ancien article 213 qui décidait que

Source : BIU Cujas

d'obéissance

la femme devait obéissance à son mari, et le mari protection à sa femme.

Le mari ,par conséquent, ne doit plus protection à sa femme, et de son côté, la femme est dispensée du devoir d'obéissance. Elle a recouvré son indépendance; elle n'a plus d'ordres à recevoir de son mari en ce qui concerne sa vie personnelle, ses opinions politiques ou religieuses, ses relations. Elle peut changer de nationalité librement.Le mari n'a plus le droit de prendre connaissance de la correspondance de sa femme, La femme peut librement solliciter un permis de conduire ou un permis de chasse. Elle peut librement suivre les cours d'une Université ou se présenter à un examen sans avoir l'autorisation de son mari

Maintien au mari du titre de chef de famille. Prérogatives limitées en résultant pour lui: droit de fixer la résidence de la famille et de s'opposer à l'exercice d'une profession par la femme.

Voilà des points certains. Cependant la femme demeure dans une certaine mesure en état de subordination. C'est la conséquence posée incidemment, entre deux virgules - les auteurs y insistent - dans l'article 213 nouveau, à savoir que le mari est le chef de la famille. Mais cette qualité n'emporte pour le mari que des prérogatives limitées, celles en un mot qui lui sont expressément conservées par la loi.

Ici il faut bien s'entendre. Le mari reste le chef de la famille en tant qu'il a en principe l'exercice de la puissance paternelle; en tant aussi qu'il administre les biens communs sous le régime de la communauté à cet égard rien n'a été changé.

En effet, l'autorité maritale comprenait trois catégories de prérogatives: les prérogatives à l'égard de la femme (les rapports personnels des époux), les prérogatives en ce qui concerne l'administration des biens communs, les prérogatives en ce qui concerne l'exercice de la puissance paternelle. Aux deux dernières rien n'a été changé; ce sont les prérogatives de la première catégorie qui ont disparu, sauf la réserve que le mari reste le chef de la famille.

Chef de la famille, sans doute, mais dans la mesure des prerogatives qui lui sont accordées. Dans les rapports des époux on peut dire que c'est l'indépendance de la femme qui est la règle. Le mari n'a plus que les prérogatives qui lui sont expressément reconnues par la loi. Or, ces prérogatives sont au nombre de deux: droit de fixer la résidence de la famille (art. 213 nouveau) , et droit de s'opposer à l'exercice d'une profession par la femme (art. 216 nouveau).

En dehors de là, on ne voit pas de quelles prérogatives le mari pourrait disposer comme chef, puisque la femme est dispensée du devoir d'obéissance.

Par exemple, on viendra dire: le mari reste le chef en ce sens que, par exemple, il fixera lui-même

Source : BIU Cujas

le lieu et le temps des vacances. Eh bien, non, sa femme ne sera pas obligée de le suivre; elle pourra prendre ses vacances à un autre moment. Le mari ne peut plus imposer ses décisions à sa femme. Il ne peut plus lui imposer ses relations par exemple, pas plus que la femme ne peut imposer ses relations au mari. Evidemment, en pratique, les choses s'arrangeront; mais si l'on se place sur le terrain purement juridique, purement contentieux, en dehors des deux prérogatives accordées au mari, droit de fixer la résidence, droit de s'opposer à l'exercice d'une profession par la femme, on ne voit pas quelles prérogatives il pourrait exercer en qualité de chef de famille, puisque la femme n'est plus obligée de lui obéir.

On peut tirer argument, dans le sens de la théorie restrictive soutenue par le Professeur, de la place qu'occupe l'expression "chef de famille", dans l'art. 213. L'expression ne figurait pas dans le projet primitif d'ailleurs; elle a été ajoutée au cours de la discussion devant le Sénat. Mais on n'a pas voulu poser le principe en général, aucun texte ne nous dit: le mari est le chef de la famille. C'est incidemment, à propos du droit pour le mari de fixer la résidence, que l'on est arrivé à insérer entre deux virgules: "le mari, chef de la famille, a le choix de la résidence du ménage". Cela nous démontre bien que le mari n'est chef de la famille qu'en tant que la loi lui permet de fixer la résidence du ménage (art. 213), et de s'opposer à l'exercice du choix de la profession par la femme (Art. 216). En dehors de là, pas d'autre prérogative.

Quid au cas où la femme négligerait ses devoirs de ménagère

Que faudrait-il décider si la femme usait de son indépendance de telle sorte qu'elle néglige ses devoirs dans son ménage, ses devoirs vis-à-vis de son mari? Il faudrait considérer qu'il y a une injure grave de sa part, pouvant amener la séparation de corps ou le divorce.

Cas où le mari perd ses prérogatives de chef de famille

La qualité de chef de famille est d'ailleurs retirée au mari dans les cas où il lui est matériellement ou moralement impossible de l'exercer, dans les cas où le mari est absent, interdit, ou dans ceux où il y a matériellement impossibilité pour lui de manifester sa volonté (aliénation mentale), dans le cas de séparation de corps, puis dans le cas où il purge une condamnation à une peine criminelle.

Nous nous sommes occupés précédemment du droit reconnu au mari de fixer la résidence du ménage. Etudions le droit pour le mari de s'opposer à l'exercice d'une profession par sa femme.

La loi du 18 Février 1938 permet (art. 216) à la femme d'exercer librement une profession séparée.

Source : BIU Cujas

L'article 2I6 prévoit seulement le droit d'opposition du mari. Cependant il est une profession pour laquelle l'autorisation du mari est encore nécessaire, pour laquelle par conséquent, la femme a conservé son incapacité: c'est la profession commerciale.

Nécessité de l'autorisation du mari pour que la femme puisse exercer le commerce

C'est en effet à dessein - les travaux préparatoires en font foi- que le législateur n'a pas abrogé l'art. 4 du C.Co. qui décide que la femme ne peut être "marchande publique" c'est-à-dire commerçante, sans le consentement de son mari. Par conséquent, à tort ou à raison, le législateur a considéré que la profession commerciale était particulièrement redoutable et qu'il y avait lieu à cet égard de maintenir l'exigence de l'autorisation préalable du mari.

Liberté pour la femme d'exercer librement toute autre profession sauf opposition du mari

Pour toute autre profession, au contraire, liberté pleine et entière pour la femme de l'exercer sans avoir aucune autorisation à demander. Mais la loi permet au mari d'exercer une sorte de droit de veto en faisant opposition à l'exercice d'une profession par sa femme.

La femme peut donc librement exercer cette profession, sauf le droit d'opposition du mari: différence avec le régime antérieur, qui exigeait l'autorisation préalable, comme aujourd'hui encore elle est exigée pour l'exercice d'un commerce.

Comparaison avec le régime antérieur

Au fond il n'y a pas une si grande différence pratique entre le régime antérieur et le régime actuel. Sans doute, théoriquement, l'autorisation maritale dans le régime antérieur, lorsqu'il s'agissait de l'exercice d'une profession, devait être préalable; sans cette autorisation, la femme ne pouvait valablement entreprendre un commerce ou une profession quelconque; mais on admettait traditionnellement, que l'autorisation du mari pouvait être tacite. C'est là une règle exceptionnelle. Le Code civil exigeait que l'autorisation marital fût expresse; il n'admettait pas l'autorisation tacite. Or, lorsqu'il s'agissait de l'exercice d'une profession, on admettait traditionnellement que l'autorisation du mari pouvait être tacite. En un mot, si le mari connaissant que sa femme exerçait une profession, ne disait rien, il était considéré comme consentant. Le seul fait pour le mari de ne pas s'opposer constituait une autorisation.

Aujourd'hui, la femme peut librement exercer une profession; elle n'a aucune autorisation préalable à demander; mais le mari a le droit de faire opposition. La différence pratique entre les deux régimes n'est pas considérable.

Justification du droit d'opposition du mari

Comment expliquer que la loi, qui s'est montrée si libérale vis-à-vis de la femme, permette cependant au mari de faire opposition à l'exercice d'une profession par sa femme, alors que celle-ci a pleine et en-

Source : BIU Cujas

tière capacité de faire tous autres actes juridiques? Cela se comprend , parce que c'est tout de même une chose moins grave de passer un acte juridique que d'entreprendre une profession qui éloignera la femme de son foyer et qui la conduira peut-être à la ruine ou au discrédit moral. On comprend donc que la loiici ait réservé une prérogative au mari. C'est ce qui explique d'ailleurs que les législations étrangères, qui ignorent l'incapacité de la femme mariée, comme le droit allemand ou le droit suisse, aient réservé, comme le fait la législation française actuelle, au mari un droit de contrôle vis-à-vis de l'exercice d'une profession par sa femme. C'est qu'ici les intérêts du ménage peuvent être compromis; il est donc tout naturel que le mari ait son droit de veto.

Cas où le mari perd son droit d'opposition

Le mari perd son droit d'opposition d'ailleurs dans les cas où il cesse d'être le chef de la famille. L'art. 216 nous dit: ce sont les cas prévus par l'art. 213.

Recours de la femme contre l'opposition du mari - à huis clos devant la Chambre du Conseil

Le droit d'opposition du mari n'est pas un droit absolu; c'est un droit qu'il exerce sous le contrôle des tribunaux, de même que, sous le même contrôle, il exerce son droit de fixer la résidence du ménage. La femme a en effet un recours contre l'opposition qui est formée par son mari. L'art. 216, alinéas 2 et 3, dispose: "Si l'opposition du mari n'est pas justifiée par l'intérêt du ménage ou de la famille, le tribunal peut, sur la demande de la femme, autoriser celle-ci à passer outre à cette opposition. Le tribunal statue en chambre du conseil, le mari dûment appelé et le ministère public entendu".

Par une disposition assez incompréhensible d'ailleurs, toutes les fois que la femme proteste soit contre un abus de fixation de résidence, soit contre l'opposition exercée par le mari, elle obtient l'assistance judiciaire de plein droit. Pourquoi cette dispense si libérale de l'assistance judiciaire ? On comprend que l'assistance judiciaire soit accordée à des femmes qui sont dans le besoin, mais si elles peuvent payer les frais de justice, on ne voit pas pourquoi la loi leur accorde de plein droit l'assistance judiciaire.

La femme a un recours contre l'opposition formée par son mari. Elle exerce ce droit de recours devant le tribunal siégeant en chambre du conseil, à huis clos. Le tribunal entend le mari si celui-ci consent à comparaître, il entend également le ministère public et il statue.

Le tribunal prononcera la mainlevée de l'opposition, décidera que l'opposition a été faite à tort, du moment qu'il lui apparaît que cette opposition n'est pas justifiée par l'intérêt du ménage ou de la famille. Le

Source : BIU Cujas Reproduction interdite

criterium ici c'est donc l'intérêt du ménage. S'il apparaît au tribunal que l'exercice de la profession par la femme est de nature à compromettre l'intérêt du ménage, il maintiendra l'opposition du mari. Au contraire, il lèvera cette opposition s'il lui apparaît que l'exercice de cette profession n'est nullement de nature à compromettre les intérêts du ménage.

Caractère suspensif du recours.

Le recours exercé par la femme contre l'opposition formée par son mari est-il suspensif? Voilà une question qui peut se poser. Une femme exerce une profession; le mari déclare s'y opposer; le recours est-il suspensif, en ce sens que la femme peut continuer à exercer la profession tant que le tribunal n'a pas statué. Ou bien le recours n'est-il pas suspensif, en ce sens que la femme doit cesser immédiatement sa profession? M. Morel a soutenu dans un petit opuscule sur la question, que le recours n'avait pas d'effet suspensif, que la femme était obligée de cesser l'exercice de la profession. Il pense au contraire aujourd'hui qu'il vaut mieux attribuer au recours un effet suspensif: la femme peut exercer la profession tant que le tribunal n'a pas statué. La capacité est la règle.

L'opposition peut-elle être formée si l'exercice de la profession a commencé avant le mariage ?

Mais voici maintenant des difficultés. Pas de difficultés si ce droit de veto s'applique à une profession que la femme entend entreprendre après le mariage; le droit d'opposition peut s'exercer, sauf recours devant le tribunal. Mais le droit d'opposition est-il recevable lorsqu'il s'agit d'une profession que la femme exerçait au jour du mariage, profession que le mari connaissait bien et à laquelle il avait, semble-t-il donné son assentiment? Un mari accepte de se marier avec une femme qui exerce une profession; puis plus tard il oppose son veto; ce veto est-il recevable? Le rapporteur à la Chambre s'est prononcé pour la négative. Malheureusement la loi ne fait aucune distinction. Par conséquent si le mari estime qu'il est préjudiciable aux intérêts du ménage que la femme continue l'exercice d'une profession qu'elle exerçait même avant son mariage, son veto est justifié et le tribunal est parfaitement justifié lui aussi à confirmer l'opposition du mari. Le mari aurait-il fait des promesses à sa femme avant le mariage que ces promesses n'auraient aucune valeur juridique, car il s'agit ici d'une matière d'ordre public.

Formes de l'opposition. Signification aux tiers

Mais voici une autre difficulté: les formes de l'opposition; le législateur n'a rien prévu à cet égard. Le mari a le droit d'opposition, mais sous quelle forme? Rien de prévu dans la loi ni au sujet des formes, ni au sujet de la publicité. Il est certain que pour être valable, l'opposition doit avoir été portée

Source : BIU Cujas

à la connaissance non seulement de la femme, mais encore du ou des tiers avec qui la femme s'est engagée.

Pas de difficulté si la femme est employée, ou ouvrière ou fonctionnaire. Il suffira au mari de signifier par un moyen quelconque son opposition à l'employeur.

La question est plus délicate lorsqu'il s'agit d'une femme exerçant une profession libérale, médecin ou avocat ou artiste. A qui le mari devra-t-il signifier son opposition? Aux clients? Il faut les connaître. En outre, il n'y a pas seulement les clients actuels, il y a les clients éventuels, on ne les connaît pas.

La question est importante. Supposons qu'au mépris de l'opposition la femme continue d'exercer la profession, de faire de la clientèle médicale ou judiciaire. Les tiers qui, dans l'ignorance de l'opposition, contracteraient avec la femme n'encourraient assurément aucune responsabilité vis-à-vis du mari. Mais pourrait-on, au moins, leur opposer la nullité des engagements de la femme, car la loi décide que l'opposition valable du mari est une cause de nullité des engagements professionnels contractés par la femme? Assurément, oui, il le semble bien.

Il aurait été évidemment utile de prévoir une certaine publicité à donner à l'opposition du mari pour rendre ce veto opposable aux tiers.

Nullité des actes professionnels faits par la femme au mépris de l'opposition

Quels sont les effets de l'opposition?

Nous supposons que l'opposition a été valablement formée par le mari, soit que la femme n'ait exercé aucun recours contre l'opposition de son mari, soit que sur le recours de la femme le tribunal ait décidé que l'opposition était justifiée.

Pas de grande difficulté à craindre si le mari s'est opposé ab initio à l'exercice d'une profession par sa femme. Par exemple, la femme vient de s'engager chez un employeur: le mari signifie immédiatement son opposition à ce dernier; l'employeur doit s'abstenir de conserver la femme à son service. Il encourrait une responsabilité vis-à-vis du mari si, ayant été averti, il passait outre.

Ou bien encore, la femme vient de louer un local ou un appartement pour exercer une profession non commerciale. Le mari l'apprend; il signifie son opposition au bailleur. Le bail est par cela même considéré comme résilié, car la loi décide que l'opposition valable du mari est une cause de nullité des engagements professionnels contractés par sa femme.

L'opposition valable du mari a donc pour effet de placer la femme dans un état partiel d'incapacité. Elle ne peut plus faire valablement aucun acte ayant

Source : BIU Cujas

trait à l'exercice de la profession qui lui est valablement interdite par le mari, ses actes sont nuls désormais; elle est incapable de les faire.

Il appartiendra au tribunal saisi d'une demande de nullité d'un acte fait par la femme de rechercher si l'acte était ou non en rapport direct avec l'exercice de la profession qui lui est interdite. La femme fait un emprunt; a-t-elle emprunté pour l'exercice de sa profession ou pour une autre raison? S'il est démontré que c'est pour l'exercice de la profession, l'acte sera nul en vertu de l'art. 216.

Les actes professionnels de la femme sont donc désormais nuls du moment que l'opposition est valable. Les répercussions de cette disposition peuvent être très graves toutes les fois que l'opposition n'intervient qu'un certain temps après que la femme a commencé à exercer la profession.

Quid si l'opposition n'intervient qu'après que l'exercice de la profession a commencé

Nous supposons que la femme exerce une profession; le mari ne s'oppose qu'après un certain délai. Sa femme a exercé pendant un an ou deux, ou davantage, puis le mari exerce son droit d'opposition, et nous supposons que l'opposition est jugée valable. Quelle va être la conséquence de cette opposition? Comment va-t-on appliquer aux actes passés par la femme le principe que l'opposition est une cause de nullité des engagements professionnels contractés par la femme? Dans les travaux préparatoires on a dit que les actes passés par la femme avant que le mari eût formulé son veto devaient continuer à être valables. Ces actes etaient valables; ils ne peuvent pas devenir nuls du seul fait que le mari a exercé son opposition.

C'est semble-t-il la solution qui paraît devoir être admise. Mais, malgré tout, il peut y avoir des difficultés. Voici, par exemple, une femme médecin ou dentiste. Elle a acheté un matériel, loué un local. Elle a acheté un matériel, elle l'a payé comptant; l'opposition faite par le mari n'aura pas pour effet de rendre nul l'achat qu'elle a fait. Supposons que cette femme ait acheté ce matériel à tempérament, payable tant par mois, quand le mari exerce son opposition , elle n'a pas entièrement payé ce qu'elle devait; peut-on considérer que l'engagement qu'elle a pris est désormais nul, qu'elle n'a plus à exécuter les engagements qu'elle a pris?

Ou bien encore, elle a loué un local, un appartement. Le bail est valable. Le mari fait opposition par la suite; le bail doit-il être considéré comme résilié? Le bail doit être considéré comme résilié; seulement ne faudrait-il pas au moins décider que le tiers, le bailleur ou celui qui a vendu le matériel, pourrait réclamer des dommages-intérêts soit à la femme, soit

Source : BIU Cujas

même au mari, s'il est démontré que le mari aurait dû faire opposition plus tôt.

Il y a là des problèmes qui certainement se poseront en pratique. Quelles solutions leur donneront les tribunaux? Nous ne pouvons qu'indiquer la question.

On peut encore supposer que la femme a engagé ses services comme ouvrière, employée ou actrice. Elle a contracté un engagement théâtral. Le mari signifie son opposition à l'employeur, mais il signifie son opposition au bout d'un certain nombre de représentations, alors que l'engagement n'est pas terminé. Le directeur du théâtre doit s'incliner devant cette opposition, considérer l'engagement comme résilié; mais c'est un préjudice pour lui, ne pourra-t-il demander des dommages-intérêts à ce mari en démontrant que le mari aurait peut-être pu faire opposition dans d'autres conditions? Il y a là encore une fois un certain nombre de questions qui se poseront en pratique et pour lesquelles nous n'avons pas d'éléments de solution absolument certains.

Rappelons que pour l'exercice de la profession commerciale, il faut une autorisation préalable. Ici, pas de doute; du moment que la femme exerçant une profession commerciale n'est pas munie de l'autorisation préalable, elle reste incapable et ses engagements sont nuls; elle ne devient pas commerçante.

B-La capacité de la femme mariée depuis la loi de 1938

B - Nous arrivons à la question la plus complexe. Il s'agit de la partie de la loi du 18 Février 1938 qui est relative à l'indépendance de la femme relativement à l'exercice de ses droits patrimoniaux.

Pour comprendre cette partie de la loi il est absolument nécessaire de connaître l'état de choses antérieur, Il faut connaître aussi la distinction entre le pouvoir et la capacité de la femme, distinction qui met en jeu les régimes matrimoniaux.

Le régime du C.C. La puissance maritale et l'idée de protection, fondements de l'incapacité de la femme

Quelques mots historiques. Le Code civil avait frappé la femme d'une incapacité d'exercice générale. C'était la principale conséquence de la puissance maritale. En effet, c'était la puissance maritale seule qui pouvait expliquer, justifier cette incapacité générale dont était frappée la femme mariée. Comment aurait-on expliqué autrement qu'une femme qui, étant fille majeure, avait le libre exercice de ses droits, se trouvait du jour au lendemain frappée d'incapacité par cela même qu'elle avait contracté mariage?

Donç, l'incapacité de la femme mariée était une conséquence de la puissance maritale. Cependant, il fallait bien reconnaître que certaines dispositions du Code ne s'harmonisaient guère avec cette conception de l'incapacité de la femme mariée résultant de la

Source : BIU Cujas

puissance maritale. Notamment il y avait eu un changement survenu dans la conception qu'on s'était faite de l'incapacité de la femme mariée.

Dans le très ancien droit français il était incontestable que l'incapacité de la femme mariée n'était qu'une conséquence de la puissance maritale. On admettait en effet, qu'une seule personne pouvait invoquer la nullité des actes passés par la femme, c'était le mari. La femme n'avait pas le droit d'invoquer son incapacité. D'autre part, lorsque le mari était hors d'état d'exercer la puissance maritale pour cause d'absence, d'impossibilité matérielle, la femme recouvrait sa capacité.

A partir du XVIème siècle, tout change, Sous l'influence des études de droit romain, une autre idée s'introduit, vient brouiller les choses. Il s'introduit l'idée que la femme est incapable à raison de son sexe. (propter imbecilitatem sexus). Désormais ce n'est plus seulement le mari qui peut invoquer la nullité des engagements pris par la femme, c'est aussi la femme elle-même ou ses héritiers, comme pourrait le faire un mineur.

D'autre part, lorsque le mari est hors d'état de donner son autorisation, d'exercer la puissance maritale, la femme ne recouvre plus sa capacité; il lui faut une autorisation qui lui est donnée par le tribunal; c'est l'autorisation de justice.

Ici intervenait une idée que l'incapacité de la femme n'est pas seulement une incapacité établie dans l'intérêt du ménage, mais une incapacité de protection.

L'action en nullité au profit du mari et au profit de la femme. L'autorisation supplétive de justice

C'est évidemment la conception que le Code civil a adoptée, ne faisant que continuer la toute dernière tradition de l'ancien droit. Dans le code civil, en effet, la femme pouvait demander la nullité des engagements qu'elle avait pris sans autorisation maritale ou de justice. D'autre part, lorsque le mari était hors d'état de donner son autorisation, la femme devait obtenir l'autorisation de justice. Le Code civil faisait figurer la femme mariée dans la liste des incapables, entre les mineurs et les fous. C'était donc dans une certaine mesure, une incapacité de protection.

Malgré tout, c'était là une déformation de l'idée originaire. L'idée première, la seule raisonnable, c'était que l'incapacité de la femme mariée était une conséquence de l'autorité maritale. Ce que l'on pouvait dire pour expliquer les solutions du Code, c'est qu'en réalité cette incapacité n'avait été admise ni en faveur de la femme ni en faveur du mari; elle existait dans l'intérêt du ménage. La loi partait de ce point de vue que la bonne gestion des intérêts matri-

Source : BIU Cujas

moniaux exigeait l'unité de direction, l'unité de vues. La loi considérait que le mari, par sa connaissance des affaires, était tout désigné pour assumer à lui seul cette unité de direction. En conséquence, la femme ne pouvait faire seule un acte juridique parce que cet acte pouvait être de nature à nuire à la direction imprimée par le mari aux affaires conjugales.

Cette incapacité de la femme mariée avait reçu une atteinte du fait d'une loi du 6 Février 1893 qui avait décidé que la femme séparée de corps recouvrerait désormais sa pleine et entière capacité.

Laissons donc de côté la femme séparée de corps et voyons quelles conséquences entraînait l'incapacité de la femme mariée avant la loi de 1938.

Caractère général de l'incapacité de la femme

L'incapacité dont était frappée la femme était une incapacité d'exercice générale.

1°- en matière judiciaire

En premier lieu, cette incapacité existait en matière judiciaire. L'art. 215 interdisait à la femme de plaider sans l'autorisation du mari ou de justice, même si elle était commerçante.

Une seule exception à ce principe: la femme pouvait plaider seule lorsqu'elle était poursuivie en matière pénale. Ici la liberté de la défense l'emportait; elle n'avait pas besoin de l'autorisation de son mari pour se défendre contre la poursuite exercée contre elle par le ministère public.

b)en matière extrajudiciaire

D'autre part, l'incapacité de la femme était générale en matière extra-judiciaire. De façon générale, la loi (article 217) interdisait à la femme, même non commune ou séparée de biens, de donner, aliéner, hypothéquer, en général de contracter. La femme ne pouvait en principe passer aucun acte juridique sans l'autorisation du mari, ou à défaut de cette autorisation, sans autorisation de justice.

Exceptions à l'incapacité

Cependant, cette incapacité générale de la femme recevait quelques exceptions qui étaient devenues de plus en plus nombreuses à mesure que le temps s'écoulait.

a) actes ménagers; théorie du mandat tacite

En premier lieu, de tout temps, la femme a été considérée comme ayant le pouvoir de conclure librement tous achats de fournitures et autres nécessaires à l'entretien du ménage et de la famille. Voilà une règle traditionnelle en France. Elle n'est écrite nulle part dans la loi. La femme peut procéder aux achats ménagers, achats de denrées, achats de vêtements, etc... engagement de domestiques.

Mais, était-ce une exception à l'incapacité de la femme mariée? Non, tout au moins d'après l'opinion traditionnelle, parce que dans la conception française, on considère que la femme, lorsqu'elle passe ces actes ménagers, agit, non pas en son propre nom, mais en

Source : BIU Cujas

qualité de mandataire de son mari; tout se passe en un mot comme si le mari procédait lui-même à ses achats, la femme n'étant que sa représentante. C'est ce qu'on appelle le mandat tacite. La femme est censée avoir reçu tacitement de son mari le pouvoir de procéder aux achats en question.

Explication défectueuse, quoique traditionnelle, à laquelle la jurisprudence, tout en la conservant, a dû porter des atteintes.

Critique de cette conception

En effet, la jurisprudence est bien obligée d'adopter des solutions qui cadrent mal avec l'idée d'un mandat donné par le mari; notamment la jurisprudence considère que le mari est engagé par les actes de sa femme alors même que celle-ci a outrepassé les pouvoirs qui lui avaient été conférés par le mari. Elle a fait des achats qui lui avaient été interdits par son mari, néanmoins le mari, dit la jurisprudence, est obligé de payer. C'est pourtant un principe de droit civil que le mandataire ne peut engager son mandant lorsqu'il dépasse les pouvoirs qui lui ont été donnés. C'est donc que ce pouvoir conféré à la femme s'explique autrement que par un mandat donné par son mari. Il existe en réalité un pouvoir propre, un pouvoir naturel reconnu à la femme d'engager les dépenses. La jurisprudence décide, en effet, que le mari est tenu de faire face aux obligations contractées par sa femme du moment que les achats ne sont pas excessifs étant donné la fortune du ménage.

b)obligations extra contractuelles de la femme

Voici maintenant d'autres exceptions réelles qui étaient admises. On a toujours admis, et le Code civil le décide expressément, que l'incapacité de la femme ne porte que sur les contrats. La femme peut être obligée toutes les fois que la source de son obligation n'est pas dans un contrat. Par exemple la femme, qui, par sa faute, cause un préjudice à un tiers, est responsable. Il n'est pas question d'autorisation du mari en pareil cas.

c) actes conservatoires

On a toujours admis également que la femme pouvait faire seule les actes conservatoires de son patrimoine. On l'admet bien pour les mineurs; par exemple il est certain qu'une femme peut prendre inscription hypothécaire, cet acte ne peut pas compromettre son patrimoine, au contraire.

d)actes à caractère personnel

Il est un certain nombre d'actes que la femme avait le droit d'accomplir seule, actes de caractère strictement personnel. Une femme pouvait sans autorisation de son mari reconnaître un enfant naturel qu'elle aurait eu avant son mariage.

La loi admettait expressément que la femme pouvait faire son testament (ancien art. 226). C'est un acte qui ne produit effet qu'au décès . Ici le mari n'avait

Source : BIU Cujas

rien à voir dans cet acte exclusivement, strictement personnel.

e)Actes concernant les économies ou les produits du travail de la femme

Depuis le Code civil, un certain nombre de dispositions assez importantes étaient intervenues pour attribuer à la femme mariée des droits assez étendus, soit sur les économies réalisées par elle, soit sur les produits de son travail. Il s'agissait avant tout de protéger la femme exerçant une profession distincte de celle de son mari. Cependant certaines lois, les lois sur les caisses d'épargne, étaient de nature à protéger toute femme même se consacrant uniquement aux travaux de son ménage.

Pour comprendre la portée de ces réformes, il faut se rappeler que sous le régime de la communauté (qui est de beaucoup le plus répandu en France) tel que l'avait organisé le Code civil, le mari, administrateur de la communauté, disposait librement des économies réalisées par sa femme et du produit de son travail. Il y avait des inconvénients à cet état de choses; un mari, peu sérieux pouvait s'emparer du produit des salaires de la femme et les dépenser mal à propos.

Lois sur les caisses d'épargne:droit pour la femme de faire des dépôts sans autorisation et de faire des retraits sauf opposition du mari

Une série de dispositions, relatives aux caisses d'épargne (caisses d'épargne postales et caisses d'épargne ordinaires), avaient permis à la femme de placer ses économies à la caisse d'épargne sans qu'elle eût besoin d'aucune autorisation. La femme pouvait se faire ouvrir un livret de caisse d'épargne, y faire des versements sans que le mari fût admis à s'y opposer. D'autre part, la même législation admettait que la femme pût retirer seule les sommes inscrites à son livret, mais sauf droit d'opposition du mari, droit d'opposition que les administrations des caisses d'épargne s'étaient efforcées d'ailleurs d'entraver le plus possible. Par conséquent, la femme, même la simple ménagère, qui pouvait réaliser des économies sur l'argent du ménage, pouvait se constituer ainsi une petite réserve aux dépens de la communauté, réserve qui ne comportait pas, au moment où cette législation fut faite, des sommes bien considérables puisque le montant des dépôts à la Caisse d'épargne est limité et que la limite autrefois etait assez étroite ; on l'a beaucoup élargie depuis.

Voilà une disposition qui portait atteinte au principe même de l'autorité maritale et restreignait l'incapacité de la femme mariée.

Loi de 1907 sur le libre salaire de la femme mariée. exerçant une profession distincte

Mais la disposition la plus importante en cette matière c'est la loi du 13 Juillet 1907, encore en vigueur aujourd'hui, qui est intitulée, d'une manière trop étroite d'ailleurs: "loi relative au libre salaire de la femme mariée". Le texte parait ne viser que la

« Les Cours de Droit »
Source : BIU Cujas 3, Place de la Sorbonne, 3
Répétitions écrites et orales
Reproduction Interdite
Y

de celle de son mari

femme ouvrière ou employée; cette loi est au contraire relative à la situation de toute femme exerçant une profession distincte de celle de son mari, même une profession libérale, ou une profession commerciale.

Cette loi du 13 Juillet 1907, qui a joué un rôle important - plus important peut-être en théorie qu'en pratique-était destinée à protéger les femmes exerçant une profession distincte de celle de leur mari contre les abus de pouvoir que celui-ci pouvait commettre, notamment lorsque la femme était mariée sous un régime tel que le régime de la communauté, qui attribuait autrefois au mari le pouvoir de disposer de tous les revenus du ménage y compris les gains réalisés par sa femme. C'était là un pouvoir redoutable entre les mains de certains maris qui dépensaient mal à propos les sommes gagnées par leurs femmes. Or, évidemment, si celles-ci travaillaient, c'était afin de pourvoir aux besoins du ménage et ajouter des ressources aux gains souvent insuffisants du mari.

C'est à cet abus que la loi du 13 Juillet 1907 a entendu mettre fin. Cette loi dispose en effet que, sous tous les régimes matrimoniaux y compris par conséquent la communauté, et à peine de nullité de toute clause contraire contenue dans le contrat de mariage, la femme a sur les produits de son travail personnel et sur les économies réalisées sur ses gains les mêmes droits d'administration que l'art. 1449 du Code civil donne à la femme séparée de biens.

Droit de la femme de disposer de ses biens réservés à titre onéreux

En réalité, il suffit de lire la suite du texte pour s'apercevoir que la femme avait sur les produits de son travail des droits bien plus étendus que ceux reconnus par le Code civil à la femme séparée de biens. Cette dernière n'avait en principe autrefois que des pouvoirs d'administration. Au contraire, la femme a, en vertu de la loi de 1907, sur les produits de son travail et les économies en provenant un droit de disposition très étendu. Elle peut disposer librement à titre onéreux de ce que l'on appelle ses biens réservés, le patrimoine réservé étant composé des produits du travail, des économies en provenant et des biens achetés à l'aide de ces économies. La loi de 1907 à ce point de vue avait supprimé entièrement l'incapacité de la femme mariée.

Cette incapacité ne subsistait que pour les aliénation à titre gratuit, les donations. Cela se comprenait. Si l'on avait accordé ces pouvoirs si étendus de disposition à la femme, c'était pour lui permettre de consacrer les produits de son travail aux besoins du ménage, mais ce n'était pas pour lui permettre de faire

Source : BIU Cujas

des libéralités à des tiers. Là s'arrêtait le pouvoir de disposition de la femme; elle ne pouvait pas faire de donation de ses biens réservés sans l'autorisation de son mari.

Une législation postérieure, du 19 Mars 1919 avait accordé dans une certaine mesure à la femme âgée de 45 ans le droit de faire librement des libéralités sur ses biens réservés en faveur de certaines oeuvres d'assistance publique ou privée.

La femme avait donc pleine et entière capacité de disposer à titre onéreux de ses biens réservés. Au contraire son incapacité subsistait en principe en ce qui concerne les aliénations à titre gratuit.

Retrait des pouvoirs de la femme en cas d'abus.

La loi avait prévu le cas où la femme aurait abusé de ses pouvoirs, n'aurait pas consacré ses ressources aux besoins du ménage. Dans l'art. 2 de la loi de 1907 il était prévu qu'en cas d'abus par la femme des pouvoirs qui lui étaient conférés dans l'intérêt du ménage le mari pourrait obtenir du tribunal un jugement prononçant le retrait des pouvoirs accordés à la femme. La femme retombait ainsi, en vertu d'une décision de justice, dans son incapacité.

Tel était l'état de choses antérieur à la loi du 18 Février 1938. La femme était frappée d'une incapacité générale, mais il y avait à ce principe des exceptions, exceptions qui étaient devenues de plus en plus nombreuses.

L'incapacité de la femme subissait certaines restrictions également lorsque la femme était séparée de biens (voir plus loin).

La loi du 18 Février 1938 proclamant la pleine capacité de la femme mariée

Nous abordons maintenant l'étude de la loi de 1938.

La loi de 1938 a proclamé le principe de la capacité de la femme mariée. Elle a renversé par conséquent le principe antérieur. L'art. 215 nouveau du Code civil dispose: "la femme mariée a le plein exercice de sa capacité civile". En conséquence la loi a abrogé un certain nombre de textes, et notamment l'art. 1124 qui déclarait, en effet, incapables de contracter les mineurs, les interdits et les femmes mariées. Aujourd'hui, de cet article 1124 les femmes mariées ont disparu.

Les deux restrictions au principe

Le principe est certain, mais ce principe va-t-il jouer aussi pleinement que le pensait le législateur? Non, pour deux raisons. Le principe va subir deux catégories de restrictions:

1° - Première catégorie de restrictions, celles résultant des pouvoirs reconnus au mari sous certains régimes matrimoniaux. Ici le résultat a été voulu par le législateur.

Source : BIU Cujas

2°- Deuxième catégorie de restrictions, qui n'avaient pas été prévues par le législateur, mais qu'une erreur commise par lui a rendu inévitables: dans une certaine mesure l'incapacité de la femme subsiste.

Distinction entre pouvoirs et capacité de la femme.

Pour bien comprendre la portée de la réforme, pour comprendre dans quelle mesure elle est en partie inopérante, il est absolument nécessaire de connaître la distinction entre les pouvoirs de la femme et la capacité de celle-ci.

La condition de la femme mariée quant à l'exercice de ses droits patrimoniaux peut se trouver modifiée par suite de deux causes qui peuvent coexister, qui coexistaient dans la législation antérieure à 1938, mais dont la première cause peut exister sans l'autre; comme c'est le cas dans la situation actuelle.

I- Restrictions que le régime matrimonial peut apporter à l'exercice des droits de la femme.

La première cause qui peut entraîner une restriction de l'exercice des droits de la femme, c'est le régime matrimonial qu'elle a adopté. La femme peut, en effet, voir ses droits de disposition, d'administration, restreints ou même supprimés, non pas à raison de sa capacité, mais à raison du régime matrimonial, qu'elle a adopté.

Vue d'ensemble sur les différents régimes 1)La communauté; abandon par la femme au mari de la jouissance et du pouvoir d'administrer ses biens.

En effet, en raison du régime matrimonial qu'elle a adopté, la femme peut abandonner à son mari l'administration et la jouissance de tout ou partie de son patrimoine. C'est ce qui a lieu notamment sous le régime de la communauté, qui est de beaucoup le plus répandu en France; d'abord, c'est le régime légal, c'est-à-dire celui des époux qui se marient sans faire un contrat de mariage; puis c'est le régime qui est le plus souvent adopté par les époux qui rédigent un contrat de mariage. Ils adoptent l'un des régimes de communauté, généralement le régime de la communauté réduite aux acquets. Mais en ce qui concerne notre question, peu importe quel régime de communauté est adopté, que ce soit la communauté universelle ou la communauté de meubles et acquets, ou la communauté réduite aux acquets, le principe est le même.

Sous ce régime, il existe trois patrimoines: le patrimoine propre du mari, le patrimoine propre de la femme, puis le patrimoine commun, dont le mari et la femme sont, peut on dire, copropriétaires et qu'à la dissolution du régime on partagera entre les époux ou leurs héritiers.

Sous ce régime, le mari a, en vertu de la puissance maritale, - et il a conservé ce droit depuis la loi de 1938, rien n'a été changé sur ce point-des droits prépondérants.

Le mari d'abord administre librement et avec des pouvoirs très larges les biens communs. D'autre part,

Source : BIU Cujas

comme la communauté a la jouissance , c'est-à-dire le droit de percevoir les revenus des biens des époux, le mari, chef de la communauté, dispose du droit d'administrer les biens personnels de sa femme. Par conséquent, sous le régime de la communauté, le mari, chef de la communauté, a le droit d'administrer non seulement les biens communs, mais encore des biens propres de sa femme et d'en percevoir les revenus, ces revenus appartenant à la communauté. La communauté est dans la situation d'un usufruitier vis-à-vis des patrimoines propres des époux, et notamment du patrimoine propre de la femme. La femme est dans la situation d'un "nu propriétaire", qui n'a plus qu'un titre nu, puisqu' il ne dispose plus du droit d'administrer ni du droit de percevoir les fruits.

C'est le mari qui a le pouvoir d'administrer. Par conséquent la femme n'a plus le pouvoir d'administrer ses biens ni d'en percevoir les revenus, bien qu'elle en demeure propriétaire. La femme ne peut aliéner que la nue propriété, elle ne peut méconnaître l'usufruit de la communauté. Les pouvoirs de la femme sous le régime de la communauté sont donc très restreints, en vertu même du régime auquel elle est soumise; elle ne peut plus administrer ses biens, c'est le mari qui a le droit d'administrer; elle ne peut plus en percevoir les revenus; c'est le mari qui perçoit les revenus, Ce qu'elle peut faire c'est aliéner la nue propriété, ce n'est pas grand chose. La nue propriété n'a pas grande valeur, surtout quand l'usufruit doit durer très longtemps.

Il s'agit ici pour la femme d'une question de pouvoir et non de capacité. On ne peut pas dire que la femme commune en biens est incapable d'administrer ses biens; elle ne peut pas les administrer parce qu'elle a cédé ce pouvoir à son mari en adoptant le régime de la communauté. Par conséquent, même dans une législation qui n'admet pas l'incapacité de la femme mariée, telle que la législation allemande ou la législation suisse, ou notre législation actuelle depuis 1938, la femme mariée sous le régime de communauté perd le droit d'administrer ses biens propres et d'en percevoir les revenus.

2-Le régime sans communauté abandon par la femme au mari de la jouissance et du pouvoir d'administrer ses biens

Seulement cet abandon de pouvoir dépend de la volonté de la femme. C'est parce qu'elle a consenti à adopter le régime de la communauté ou qu'elle s'est mariée sans contrat, qu'elle a perdu son pouvoir d'administrer. Elle aurait pu adopter un autre régime. Le Code offre d'autres régimes aux époux. Un régime qui est fort peu pratiqué, qu'on appelle le régime sans communauté, le régime exclusif de communauté; il n'améliorerait pas la situation de la femme au point de vue

Source : BIU Cujas

qui nous occupe, puisque sous ce régime le mari a également l'administration et la jouissance des biens de la femme.

3-La séparation des biens. Droit pour la femme d'administrer ses biens et d'en percevoir les fruits

Les époux peuvent avoir adopté le régime de la séparation de biens. Sous ce régime, il y a séparation absolue des patrimoines des époux. Chacun d'eux conservant le pouvoir d'administrer ses biens, d'en disposer, d'en percevoir les revenus. Dans ce régime, le mari n'acquiert aucun pouvoir sur les biens de sa femme, elle ne lui a rien abandonné. Elle a simplement promis de verser sa contribution à la caisse commune qui va alimenter le ménage.

4-Régime dotal Abandon par la femme au mari du pouvoir d'administrer les biens dotaux et d'en percevoir les revenus

Enfin il est un autre régime, qui est admis par le Code civil, souvenir du droit romain, c'est le régime dotal. C'est un régime hybride, dans lequel le patrimoine de la femme se divise en deux catégories: les biens dotaux et les biens paraphernaux. Les biens dotaux sont des biens qui sont soumis, eux aussi, à l'administration et à la jouissance du mari. Les biens dotaux, et surtout les immeubles dotaux, sont inaliénables. La femme est donc incapable d'aliéner ses biens dotaux, aurait-elle même l'assentiment du mari. C'est une incapacité complète. Quant aux biens paraphernaux, ils sont exactement dans la situation des biens de la femme mariée sous le régime de la séparation de biens.

Indépendance des pouvoirs du mari sur les biens de la femme et de la capacité ou de l'incapacité de celle-ci.

Sous ces régimes, sauf un, la séparation de biens, le mari a en principe l'administration et la jouissance des biens de sa femme. La femme perd tout pouvoir d'administrer et de percevoir les revenus. Il y a exception pour la séparation de biens et pour les paraphernaux sous le régime dotal, qui sont des biens séparés.

Ce n'est pas en raison d'une incapacité que la femme ne peut plus administrer, c'est à raison des pouvoirs qu'elle a accordés à son mari.

Restriction à la capacité de la femme résultant du maintien de certains textes relatifs à l'incapacité

Il est une deuxième cause qui va influer en législation sur les droits patrimoniaux de la femme: ce sont les dispositions relatives à sa capacité. C'est, en un mot, son incapacité dans les législations qui admettent cette institution. On comprend tout de suite que la question de capacité pour la femme n'a d'intérêt que dans la mesure où la femme a conservé le pouvoir de faire des actes juridiques.

Prenons un exemple: Voici une femme mariée sous le régime de la communauté. Elle possède un immeuble qui lui est resté propre. Il s'agit de louer cet immeuble, de le donner à bail, qui peut donner à bail? Celui qui a le pouvoir d'administrer, le mari. C'est une question de pouvoir, ce n'est pas une question de capacité.

Source : BIU Cujas

La femme n'a pas le pouvoir de donner à bail; même si on lui restitue sa capacité, c'est toujours le mari qui pourra conclure le bail. La question de capacité ne se pose que dans la mesure où la femme a conservé le pouvoir de faire un acte juridique.

Par contre, sous le régime de la communauté, la femme conserve le droit de disposer de la nue propriété de ses biens propres; le mari n'a pas le droit d'aliéner les biens propres de sa femme. La femme peut aliéner mais sous réserve du droit d'usufruit de la communauté; elle n'aliène donc que la nue propriété. Si la législation lui reconnaît la capacité, elle peut aliéner librement, Si elle est incapable, même pour aliéner la nue propriété il lui faudra l'autorisation de son mari.

Cette distinction entre le pouvoir et la capacité va apparaître au grand jour si nous considérons le régime de la séparation de biens. Sous ce régime la femme a plein pouvoir de disposer, d'administrer, de percevoir les revenus . Le mari n'a aucun pouvoir sur les biens de la femme.

Mais alors, si on reconnaît à la femme pleine capacité, elle va pouvoir disposer, administrer, percevoir les revenus en toute liberté. Si, au contraire, nous sommes dans une législation qui admette l'incapacité de la femme mariée, lorsqu'il s'agira pour cette dernière d'aliéner, d'administrer, ou de percevoir les revenus, il lui faudra l'autorisation de son mari.

Là où la femme a le pouvoir, elle peut exercer librement son droit si la législation lui confère la capacité. Là où au contraire on déclare que la femme est incapable, elle ne pourra administrer ni percevoir les revenus sans avoir l'autorisation du mari ou de justice, en raison même de son incapacité.

En résumé, l'incapacité de la femme ne s'applique qu'à l'exercice des droits que la femme a conservés d'après le régime qu'elle a choisi. Dans la mesure où elle a abandonné les droits au mari, elle n'a plus de pouvoirs, c'est le mari qui les a. Si au contraire elle a conservé le pouvoir d'administrer, tout dépend du point de savoir si elle est capable ou si elle est incapable; si elle est incapable, elle a le pouvoir d'administrer, mais ce pouvoir elle ne peut en user qu'avec l'autorisation de son mari; si elle a pleine et entière capacité, elle peut user librement de son pouvoir.

Voilà la distinction qui commande tout ce que nous allons étudier.

Source : BIU Cujas

Explication de ce fait par la dissociation des 2 parties du projet de 1932: l'établissement de la pleine capacité de la femme mariée. Extension des pouvoirs de la femme dans les régimes matrimoniaux

Le projet qui a abouti à la loi de 1938 avait été élaboré par une commission siégeant au Ministère de la justice. Les auteurs du projet s'étaient bien aperçus que les deux questions de pouvoir et de capacité de la femme sont unies entre elles par une étroite connexité. Si la femme a perdu tout pouvoir d'administrer, on aura beau lui restituer sa capacité, il n'y aura rien de changé.

Dès lors, le législateur s'était appliqué à une double tâche: en premier lieu, restituer à la femme sa pleine capacité; et deuxièmement, modifier les régimes matrimoniaux, en restreignant les pouvoirs trop larges que le Code civil accordait au mari, notamment sous le régime de communauté. Restituer à la femme sa capacité sans changer les pouvoirs du mari dans le régime de la communauté, c'est à peu près comme si on ne faisait rien.

Le législateur, très logiquement, avait conçu un projet en deux parties: 1°- suppression de l'incapacité de la femme mariée: 2°- Modification des régimes matrimoniaux avec attribution de pouvoirs plus étendus à la femme.

Mais on se heurta sur ce point à la résistance du Sénat. C'est alors qu'on décida de scinder le projet et de soumettre tout d'abord à la Chambre haute la partie du projet relative à la suppression de la puissance maritale et à la suppression de l'incapacité de la femme mariée, en se réservant d'appeler la haute assemblée à délibérer plus tard sur la modification des régimes matrimoniaux.

C'est ce qui fut fait. Mais ainsi conçue la réforme perdait une grande partie de son intérêt. Elle était à peu près sans profit pour les femmes mariées sous le régime de la communauté.

Par contre, elle aurait dû libérer de toute entrave dans l'administration de leurs intérêts pécuniaires les femmes séparées de biens. Or, le nombre des femmes qui sont mariées sous la séparation de biens s'est sensiblement accru en ces dernières années. Il y a certainement une évolution vers le régime de la séparation de biens.

Maintien des textes relatifs aux régimes matrimoniaux, même de ceux consacrant l'incapacité de la femme

Malheureusement, le Sénat, par un excès de scrupule, on peut même dire par suite d'une véritable erreur, s'est écarté sur ce point du projet qui lui avait été soumis. Certains sénateurs ont exigé qu'on posât en principe, qu'on ne toucherait sous aucun prétexte aux dispositions du Code relatives aux régimes matrimoniaux. Or, sous ce prétexte, et par une véritable erreur, le Sénat en est arrivé à maintenir dans une certaine mesure l'incapacité de la femme mariée en tant qu'elle est séparée de biens. La femme séparée de biens

Source : BIU Cujas

demeure aujourd'hui encore frappée d'incapacité. Le Sénat n'a pas compris que, pour la femme séparée de biens, ce n'était plus une question de pouvoir, c'était une question de capacité.

a) Le principe de la pleine capacité de la femme; ses conséquences

Etudions d'abord le principe: la capacité de la femme mariée. Le principe est posé dans l'art. 215: La femme mariée a le plein exercice de sa capacité civile. La femme mariée a été rayée de la liste des personnes frappées d'incapacité générale. En même temps la loi abroge les textes relatifs à l'autorisation maritale et à l'autorisation de justice, en particulier les articles 217 à 225 du Code civil.

La femme mariée aujourd'hui a pleine capacité; elle peut donc plaider librement, sans avoir besoin d'aucune autorisation, plaider comme demanderesse ou comme défendresse. Elle peut aliéner ses biens, à titre gratuit ou à titre onéreux, elle peut vendre, échanger, louer; elle peut donner, faire des libéralités; elle peut acquérir, acheter, elle peut entrer dans une société comme associée, elle peut s'obliger, emprunter, contracter des dettes; elle peut recevoir des capitaux sans avoir besoin d'aucune autorisation. Voilà le principe.

b)Restrictions résultant du maintien des limitations légales:

Voici maintenant les restrictions. Elles sont déjà annoncées par le législateur. Après avoir posé son principe, l'art. 215 ajoute ceci: "Les restrictions à cet exercice ne peuvent résulter que de limitations légales ou du régime matrimonial qu'elle a adopté".

Limitations légales, ce n'est pas grand'chose. Le législateur a laissé subsister certains textes relatifs à l'incapacité de la femme mariée, par exemple l'article 4 du Code de commerce qui décide que la femme ne peut être commerçante sans le consentement de son mari; sur ce point l'incapacité de la femme subsiste.

Exercice du commerce

Tutelle

Il est un autre texte, l'article 405, relatif à la tutelle, qui interdit à la femme d'être tutrice sans l'autorisation de son mari. Le législateur n'a pas abrogé ce texte et c'est à dessein. Lorsqu'une femme mariée est tutrice, en effet, la loi lui adjoint nécessairement son mari comme cotuteur, et le mari devient solidairement responsable avec la femme des fautes de gestion commises dans la tutelle. Or, il était impossible de permettre à la femme de devenir tutrice si l'on maintenait cette cotutelle du mari. Par conséquent, du moment que le fait pour la femme de devenir tutrice risque d'entraîner une responsabilité pécuniaire pour le mari, il était impossible d'admettre que la femme pût imposer cette responsabilité au mari sans sa volonté. Il faut donc admettre que la femme aujourd'hui encore, a besoin de l'autorisation

Source : BIU Cujas

de son mari pour devenir tutrice.

Mais à part cela, tous les autres textes qui étaient relatifs à l'incapacité de la femme mariée, ont été abrogés ou expressément ou tacitement.

Le législateur a abrogé certains textes, mais il ne les a pas abrogés tous. Par exemple, il a abrogé le texte qui décidait que la femme ne peut faire une donation sans l'autorisation de son mari. Ou bien il a abrogé le texte qui décidait que la femme ne peut être exécutrice testamentaire sans l'autorisation de son mari.

Textes omis et qui doivent être considérés comme abrogés en tant que l'incapacité ne peut s'y expliquer que comme conséquence de la puissance maritale

Mais le législateur, dans son travail d'abrogation, a laissé subsister certains textes, qui paraissent à M. Morel devoir être abrogés implicitement. Par exemple les textes sur les caisses d'épargne n'ont pas été modifiés. Or, autrefois le mari avait le droit de s'opposer à ce que sa femme pût retirer des sommes de son livret de caisse d'épargne. La loi de 1938 n'a pas abrogé ce texte, mais il paraît certain qu'il est abrogé tacitement. Aujourd'hui, la femme peut non seulement se faire ouvrir un livret de caisse d'épargne, et y faire des dépôts, mais encore faire des retraits, sans opposition possible du mari.

De même on n'a pas abrogé le texte de la loi du 12 Juillet 1905 sur les justices de paix, qui décide que la femme ne peut plaider qu'avec l'autorisation du juge de paix, à défaut d'autorisation du mari. Ce texte doit être considéré comme abrogé implicitement.

Tous les textes qui tiraient une conséquence quelconque de l'incapacité de la femme mariée doivent être considérés comme abrogés, quand bien même ils n'auraient pas fait l'objet d'une disposition expresse d'abrogation.

Ne doivent être maintenues que les restrictions légales à la capacité qui s'expliquent pour une raison étrangère à la puissance maritale, et notamment l'article 405, parce qu'il y a une question de responsabilité pécuniaire du mari.

Les limitations légales à la capacité de la femme mariée sont fort peu nombreuses. Mais voici maintenant la difficulté. Les restrictions à cet exercice peuvent résulter, dit le texte, du régime matrimonial qu'elle a adopté.

Importance minime de la réforme de 1938 à raison des restrictions apportées aux pouvoirs du mari par le régime au-

Le Sénat a tenu à laisser en dehors de la législation nouvelle toutes les dispositions relatives au régime matrimonial; mais alors la réforme de 1938 va se révéler dans une large mesure inopérante. Le princip de la capacité de la femme mariée va rester en effet théorique, en raison des restrictions apportées aux pouvoirs de la femme par le régime matrimonial auquel

Source : BIU Cujas

quel elle est soumise

elle est soumise.

En un mot, sous tous les régimes où la femme abandonne une partie de ses pouvoirs au mari, le principe de la capacité de la femme reste à peu près inopérant; il n'y a pratiquement à peu près rien de changé.

Application au régime de la communauté- Nécessité pour les actes concernant la pleine propriété des biens de la femme de l'autorisation du mari.

Faisons-en application au régime de la communauté. Sous le régime de la communauté, que peut faire la femme aujourd'hui? La femme ne peut aujourd'hui aliéner ou engager que la nue propriété de ses biens propres, puisque ceux-ci sont grevés de la jouissance de la communauté. Par conséquent, aujourd'hui, la femme peut aliéner librement la nue propriété de ses biens propres; elle n'a plus besoin pour cela de l'autorisation de son mari.

Seulement, aliéner une nue propriété, est-ce que la femme en trouvera souvent l'occasion? Est-ce que la femme, d'autre part, trouvera facilement à emprunter sur une nue propriété? Le créancier estimera que ce n'est pas un gage suffisant. Il exigera que le mari consente à lui concéder hypothèque sur la pleine propriété des immeubles de la femme. Si le mari s'y refuse, il n'y aura rien à faire. Le mari, chef de la communauté, a le droit d'administrer et de percevoir les revenus; il n'est jamais obligé d'abandonner cet usufruit.

Par conséquent, la femme ne jouira d'aucun crédit: si elle veut aliéner ou hypothéquer un de ses biens en pleine propriété, le mari devra nécessairement intervenir pour renoncer à la jouissance de la communauté, et son refus pourra empêcher l'opération.

De même si la femme s'oblige seule, son créancier n'aura action que sur la nue propriété des biens de sa débitrice, ce qui pratiquement supprimera tout crédit à celle-ci. Aucun créancier ne consent à accepter comme gage sérieux une nue propriété, surtout lorsque l'usufruit doit durer longtemps.

On a dit encore: désormais la femme a une certaine liberté, elle va pouvoir se faire ouvrir un compte en banque. Le compte en banque sera une véritable souricière, et voici comment. Le banquier sollicité dira à la femme: je vous ouvre un compte en banque: vous voulez déposer des fonds, je les accepte, je les inscris à votre compte. Mais quand il s'agira pour la femme de retirer les fonds, le banquier objectera: "Ce sont des biens communs dont votre mari a l'administration et la jouissance; pour retirer ces fonds il faut l'intervention de votre mari; moi, banquier, j'encourrais une responsabilité en vous payant directement". Les capitaux entreront, mais la femme ne pourra les faire sortir qu'avec l'intervention du mari.

En ce qui concerne les régimes sous lesquels le

Source : BIU Cujas

mari a le pouvoir d'administration et de jouissance des biens de sa femme, la réforme est à peu près inopérante, et elle devait rester inopérante du moment qu'on ne voulait pas modifier les régimes matrimoniaux.

En pratique, par conséquent, il est un très grand nombre de cas dans lesquels la femme aujourd'hui aura encore besoin de l'intervention de son mari. Nous l'avons vu sous le régime de la communauté, le résultat serait le même sous le régime dotal en ce qui concerne les biens dotaux.

Application au régime de séparation de biens. Persistance de la nécessité de l'autorisation du mari pour les actes de disposition d' immeubles à raison du maintien des art. 1538 et 1449.

Par contre, la réforme aurait dû être opérante en ce qui concerne la femme séparée de biens; c'est pour elle que la réforme devait avoir un certain effet. Sous le régime de la séparation de biens (séparation de biens volontaire ou judiciaire), chacun des époux conserve l'administration et la jouissance de ses biens. C'est ce que dit notamment l'art. 1536 : "Lorsque les époux ont stipulé par leur contrat de mariage qu'ils seraient séparés de biens, la femme conserve l'entière administration de ses biens meubles et immeubles et la jouissance libre de ses revenus".

Mais le Code civil avait fait état en cette matière de l'incapacité de la femme mariée. Le Code civil, dans différents textes, (art. 1449, 1538, 1576) interdisait à la femme mariée d'aliéner ses immeubles sans l'autorisation de son mari ou de justice.

Cette disposition était une conséquence non pas du régime matrimonial, mais de l'incapacité de la femme. La jurisprudence avait aggravé les conséquences de cette incapacité. L'art. 1449 décide, en effet, que la femme séparée peut disposer de son mobilier et l'aliéner. La jurisprudence avait entendu ce texte dans un sens restrictif, elle décidait que la femme séparée de biens, incapable, ne pouvait aliéner son mobilier, notamment ses valeurs mobilières, que s'il s'agissait d'un acte d'administration. En un mot, sous le régime de la séparation de biens, au temps où existait l'incapacité , la femme ne pouvait faire que des actes d'administration. Tous les actes de disposition lui étaient interdits, aussi bien sur ses meubles que sur ses immeubles, et cela en raison de l'incapacité générale qui frappait la femme.

Dès lors une loi supprimant l'incapacité de la femme aurait dû nécessairement avoir pour conséquence de restituer à la femme séparée de biens son entière capacité de disposer, de s'obliger. La femme séparée de biens doit pouvoir s'obliger, aliéner ses biens, sans aucune restriction.

La loi de 1938 s'est cependant écartée de cette

Source : BIU Cujas

conception, le législateur ayant commis une regrettable confusion que révèlent les travaux préparatoires. Le projet, tel qu'il avait été présenté au Sénat, comportait l'abrogation de l'art. 1449, qui est une conséquence de l'incapacité de la femme. Puis, sur la demande de certains sénateurs qui ne voulaient pas qu'on pût toucher aux textes relatifs aux régimes matrimoniaux, on a décidé que l'art. 1449 ne serait pas abrogé.

Il résulte de là qu'au point de vue de l'aliénation de ses immeubles, la femme séparée de biens se trouve aujourd'hui encore frappée d'incapacité. Bien plus, elle se trouve dans une situation inférieure à celle de la femme mariée sous le régime de la communauté. En effet, la femme mariée sous le régime de la communauté peut sans autorisation aliéner la nue propriété de ses immeubles. La femme séparée de biens se voit interdire complètement toute aliénation, même de la nue propriété de ses immeubles; les articles 1449 et autres sont formels.

Est-ce à dire que la loi du 18 Février 1938 n'a apporté aucune modification à la situation de la femme séparée de biens? M. Morel croit qu'elle a apporté une modification, mais tout le monde n'est pas de cet avis. L'art. 1449 décide que la femme peut disposer de son mobilier et l'aliéner. Avant la loi de 1938, la jurisprudence entendait ce texte dans un sens restrictif; elle ne permettait à la femme d'aliéner ses biens mobiliers que s'il s'agissait d'une aliénation ayant le caractère d'acte d'administration. Par exemple la jurisprudence admettait très bien que la femme séparée de biens pût vendre une récolte. Mais s'il s'agissait de vendre ses valeurs mobilières, la jurisprudence exigeait l'autorisation du mari, parce que l'incapacité était la règle. Aujourd'hui c'est la capacité qui est la règle, et par conséquent il faut prendre à la lettre le texte de l'art. 1449, qui permet à la femme de disposer de son mobilier. De l'avis du Professeur il faut admettre que désormais la femme séparée de biens a pleine et entière capacité de disposer de ses meubles et notamment de ses valeurs mobilières. Mais, encore une fois, rien ne permet de dire que la jurisprudence abonde dans ce sens; on vit sur des traditions: les femmes séparées de biens pourraient bien avoir des surprises à cet égard .

Voyons maintenant la situation de la <u>femme séparée de corps</u>.

Une loi du 6 Février 1893, modifiant l'article 311 du Code civil, avait restitué à la femme séparée de

Source : BIU Cujas

La pleine capacité de la femme séparée de corps, depuis la loi de 1893

corps le plein exercice de sa capacité civile. Jusqu'à cette loi la femme séparée de corps demeurait frappée d'incapacité; son incapacité était celle de la femme séparée de biens; puisque la séparation de corps emporte la séparation de biens. C'était une situation extrêmement pénible pour les femmes séparées de corps qui étaient obligées de solliciter l'autorisation de leur mari pour passer des actes juridiques, autorisation que certains maris leur refusaient, ce qui obligeait les femmes à solliciter ensuite l'autorisation de justice. On avait décidé, et à juste raison, de restituer aux femmes séparées de corps le plein exercice de la capacité. L'ancien article 311 disait: "La séparation de corps a pour effet de rendre à la femme le plein exercice de sa capacité civile sans qu'elle ait besoin de recourir à l'autorisation de son mari ou de justice".

Maintien de cette solution depuis 1938

Or, la loi du 18 Février 1938 a purement et simplement abrogé cette partie de l'art. 311. On comprend très bien l'idée à laquelle a obéi le législateur; puis qu'il accordait pleine capacité à la femme mariée, il était inutile désormais de laisser subsister ce texte relatif à la femme séparée de corps.

Mais le législateur ne s'est pas aperçu qu'il avait maintenu en partie l'incapacité de la femme séparée de biens, et dès lors la question s'est posée tout de suite après la loi du 18 Février 1938: l'abrogation de cette partie de l'art. 311, qui accordait à la femme séparée de corps pleine et entière capacité, ne va-t-elle pas avoir pour conséquence un retour à l'état antérieur, c'est-à-dire que la femme séparée de corps n'aurait plus que la capacité de la femme séparée de biens? Cette interprétation ne serait pas raisonnable. Il est certain que le législateur n'a pas voulu priver la femme séparée de corps de la pleine et entière capacité qu'on lui avait accordée en 1893 à juste raison. Les raisons qui commandaient cette réforme en 1893 exigent aujourd'hui son maintien. La femme séparée de corps doit donc être considérée comme entièrement capable.

Ce qui le démontre d'ailleurs, malgré l'abrogation de l'alinéa 4 du texte c'est que l'alinéa final, que le législateur a laissé subsister, décide qu'en cas de réconciliation des époux, la capacité de la femme est modifiée pour l'avenir et réglée par les dispositions de l'art. 1449. En un mot, en cas de réconciliation des époux, la femme n'aura désormais que la capacité de la femme séparée de biens, ce qui implique nécessairement que lorsqu'il n'y a pas réconciliation des époux, lorsque subsiste la séparation de corps, la

Source : BIU Cujas

femme est pleinement capable.

Situation de la femme qui exerce une profession distincte de celle de son mari.

La loi du 13 Juillet 1907 et le régime des biens réservés Maintien de ces dispositions par la loi de 1938. Intérêt de cette solution

La loi du 18 Février 1938 a maintenu le régime établi par la loi du 13 Juillet 1907, pour les produits du travail de la femme exerçant une profession séparée (biens réservés).

Avant la loi de 1938 la femme exerçant une profession séparée jouissait des plus larges pouvoirs d'administration et de disposition à titre onéreux en ce qui concerne les produits de son travail et les économies qui en provenaient. Le législateur de 1938 a laissé subsister les dispositions de la loi du 13 Juillet 1907, Ce maintien s'imposait parce que la loi du 13 Juillet 1907 confère à la femme sur ses biens réservés des pouvoirs plus étendus que ceux qui sont reconnus actuellement aux femmes qui n'exercent pas de profession.

En effet, considérons la femme commune en biens. Elle ne peut aliéner sans autorisation que la nue propriété de ses biens propres. Si, au contraire, cette femme commune en biens a un patrimoine réservé, c'est-à-dire des gains professionnels, et si au moyen de ces économies qu'elle réalise sur ses gains elle a pu acheter certains biens qui constituent son patrimoine réservé, elle peut disposer à titre onéreux en toute propriété des biens composant ce patrimoine. Cette femme commune en biens sera dans la situation suivante: sur son patrimoine réservé, elle aura un droit de disposition complet à titre onéreux; elle pourra disposer de la toute propriété de ses biens sans aucune autorisation à demander. En ce qui concerne les biens ne provenant pas de son travail elle pourra disposer sans autorisation de la nue propriété, mais devra respecter l'usufruit qui appartient à la communauté.

Considérons maintenant la femme séparée de biens qui exerce une profession distincte de celle de son mari. Il est fort intéressant pour elle qu'on lui ait conservé les dispositions favorables de la loi de 1907. En effet, en tant qu'il s'agit de ses biens réservés, elle peut en disposer librement. Elle peut disposer de ses immeubles réservés, de ses meubles réservés, sans avoir aucune autorisation à demander à qui que ce soit. Au contraire, pour des immeubles qui ne proviendraient pas de son travail elle est obligée, en vertu de l'art. 1449, de solliciter l'autorisation de son mari ou d'obtenir l'autorisation de justice.

Il y a donc grand intérêt à savoir quelle est l'ori-

Source : BIU Cujas

gine des biens d'une femme mariée; si ces biens proviennent de son travail, elle en dispose librement à titre onéreux. Si, au contraire, il s'agit de biens qui ne proviennent pas de son travail, elle n'a que le pouvoir ou la capacité qui sont reconnus à une femme commune en biens ou à une femme séparée de biens.

Combinaison de la loi de 1907 et de celle de 1938 en ce qui concerne la donation des biens réservés

Mais voici une autre difficulté. La loi du 18 Février 1938 a laissé subsister dans la loi de 1907 les alinéas 3 et 4 qui restreignent le pouvoir de disposition à titre gratuit de la femme sur ses biens réservés. La femme ne peut pas, en principe, faire de libéralités sur ses biens réservés; elle ne peut pas les faire tout au moins sans l'autorisation de son mari.

Une exception cependant, au profit de la femme qui n'ayant pas d'enfant ou descendants et qui est âgée de plus de 45 ans, étant considérée comme n'étant plus susceptible d'avoir des enfants. Cette femme n'ayant pas d'enfant peut, sans l'autorisation de son mari, disposer des biens par elle acquis en faveur de certaines oeuvres, les oeuvres d'assistance publique ou privée et les oeuvres ayant plus spécialement pour objet le développement de la natalité et la protection de l'enfance et des orphelins de la guerre. Le législateur n'a pas touché à ce texte (loi de 1907 art. 1, al. 4) mais le législateur ne s'est pas aperçu que, même sur ses biens non réservés, la femme a aujourd'hui un certain droit de disposition à titre gratuit, plus étendu que celui qui est accordé par la loi de 1907 sur ses biens réservés. Aujourd'hui la femme commune en biens a le pouvoir de donner la nue propriété de ses biens propres sans autorisation de son mari.

De même, si elle est séparée de biens, elle peut, tout au moins dans l'opinion que nous avons soutenue, librement faire donation de ses biens mobiliers. L'art. 1449 l'autorise en effet à aliéner librement ses biens mobiliers. Elle peut donc en faire donation, et dès lors il faut désormais, semble-t-il, reconnaître à la femme dans la même mesure le droit de disposer à titre gratuit de ses biens réservés, en faveur de tiers autres que les oeuvres d'assistance publique ou privée.

Il y a donc aujourd'hui un décalage; en ce qui concerne les aliénations à titre onéreux, la loi de 1907 est beaucoup plus libérale vis-à-vis de la femme, en ce qui concerne les aliénations à titre gratuit, elle est moins libérale que le droit commun. Il faut appliquer les règles du droit commun à la femme en ce qui concerne son droit de disposer à titre gratuit de ses biens réservés.

Suppression du droit pour le mari de faire

Par contre, la loi du 18 Février 1938 a abrogé l'art. 2 de la loi de 1907, qui permettait au mari, en

Source : BIU Cujas

retirer à la femme les pouvoirs lui appartenant

cas d'abus par la femme des pouvoirs qui lui étaient conférés sur ses biens réservés dans l'intérêt du ménage, de demander au tribunal de prononcer le retrait de ce pouvoir. Aujourd'hui le mari n'a plus ce moyen d'empêcher la femme d'abuser de ses pouvoirs, de dilapider ses biens réservés. Il ne peut lui faire retirer ce pouvoir. Mais il peut pratiquer des saisies-arrêts sur les biens réservés de la femme et appliquer les revenus ainsi saisis-arrêtés aux besoins du ménage.

Abrogation des textes sur l'autorisation du mari ou de justice sauf dans la mesure ou subsiste l'incapacité

L'autorisation du mari.

Le législateur de 1938, croyant qu'il avait complètement supprimé l'incapacité de la femme mariée, a abrogé les textes relatifs à l'autorisation maritale et les textes relatifs à l'autorisation de justice; articles 217 et suivants. Mais il a perdu de vue que, dans une certaine mesure, l'incapacité de la femme subsiste.

Cette incapacité subsiste en effet dans deux cas:

1°- pour la femme séparée de biens en tant qu'il s'agit de l'aliénation de ses immeubles; 2° - en ce qui concerne l'exercice de la profession commerciale sous tous les régimes. En effet, la loi n'a pas abrogé l'art. 4 du Code de commerce qui interdit à la femme d'être commerçante sans le consentement de son mari.

Dès lors, à ces deux points de vue, la nécessité d'une autorisation maritale est maintenue. Cette autorisation maritale, quels caractères devra-t-elle présenter? Il n'y a plus de textes sur l'autorisation maritale, ils sont abrogés ... Les commentateurs de la loi nouvelle décident généralement qu'il faut considérer comme maintenus les textes sur l'autorisation maritale dans la mesure où ils sont encore nécessaires aujourd'hui.

Caractères de l'autorisation a)expresse(sauf pour le commerce)

En conséquence, l'autorisation maritale, dans les cas où elle est encore nécessaire aujourd'hui, devra présenter les caractères qu'exigeaient les textes abrogés. Elle doit d'abord être expresse, on n'admet pas en principe que le mari puisse donner une autorisation tacite. Cependant, l'autorisation tacite a traditionnellement été considérée comme valable, lorsqu'il s'agit pour la femme d'exercer une profession, notamment la profession commerciale. Aujourd'hui, comme avant la loi de 1938, le mari devra autoriser la femme à exercer une profession commerciale, mais on se contentera d'une autorisation tacite. Pour tous les autres actes, et notamment l'aliénation des immeubles de la femme séparée de biens, la loi n'admet que l'autorisation expresse.

b)spéciale

D'autre part, l'autorisation doit être spéciale à chaque acte. Le mari n'a pas le droit de donner à sa

Source : BIU Cujas

femme l'autorisation générale d'aliéner tous ses immeubles; cette autorisation serait sans valeur.

c) écrite ou résultant du concours du mari à l'acte

L'autorisation, aux termes de la loi, doit être écrite, l'écrit d'ailleurs pouvant être un écrit quelconque, il n'est pas nécessaire que ce soit un acte passé par devant notaire; l'autorisation peut aussi résulter, dit l'ancien art. 217, du concours du mari dans l'acte. En un mot, le mari a deux manières de donner son autorisation: ou bien par écrit, ou bien en intervenant lui-même à l'acte. Par exemple, la femme séparée de biens vend un de ses immeubles; si le mari intervient à l'acte, il est considéré comme donnant l'autorisation à sa femme; le concours qu'il donne à l'acte entraîne ipso facto son autorisation.

Nécessité de la participation (non de l'autorisation) du mari à l'acte pour donner pouvoir à la femme

Maintenant, il est des cas où c'est non la capacité qui manque à la femme, mais le pouvoir de disposer. C'est le cas de la femme mariée sous le régime de la communauté. Elle peut disposer librement de la nue propriété de ses biens propres, mais elle ne peut pas disposer de la propriété entière, puisque la communauté a la jouissance des revenus de la femme. S'il s'agit pour la femme d'aliéner la pleine propriété d'un de ses immeubles propres, il faudra qu'elle demande la participation de son mari à l'acte. Il ne s'agira plus ici d'aucune question de capacité; il faudra que le mari intervienne à l'acte pour renoncer à la jouissance de la communauté sur l'immeuble en question.

L'autorisation de justice avant la loi de 1938. Cas où elle intervenait. Abrogation des textes par la loi de 1938

Quant à l'autorisation de justice, la loi a également abrogé les textes qui y étaient relatifs, mais ici encore il faut faire des réserves.

Dans le régime antérieur à la loi de 1938, dans quels cas l'autorisation de justice était-elle nécessaire? Dans deux catégories de cas: 1°- lorsque le mari refusait son autorisation, la femme avait un recours contre ce refus d'autorisation: elle pouvait s'adresser au tribunal qui, statuant en chambre du conseil, examinait l'affaire et maintenait le refus d'autorisation, ou au contraire accordait l'autorisation qui avait été refusée par le mari; 2°- lorsqu'il y avait impossibilité matérielle ou morale pour le mari de donner une autorisation valable.

Voyons si l'autorisation de justice est maintenue encore aujourd'hui dans ces deux cas.

Maintien de l'autorisation de justice pour suppléer à celle du mari dans la mesure où la femme reste incapable.

Envisageons d'abord le cas de refus par le mari. Voici une femme qui veut exercer une profession commerciale. Elle se heurte à un refus d'autorisation de son mari. Ou bien une femme séparée de biens veut aliéner un de ses immeubles, elle se heurte au même refus d'autorisation. Peut-elle recourir à la justice? Les textes

Source : BIU Cujas

sur l'autorisation de justice ont été abrogés. Le tribunal de Bordeaux, le 6 Juillet 1938, a décidé que désormais la Chambre du conseil était hors d'état de donner une autorisation à la femme en cas de refus du mari. Le jugement du tribunal de Bordeaux paraît erroné. Il faut admettre que, dans la mesure où l'autorisation du mari est encore nécessaire aujourd'hui, le refus du mari ouvrira à la femme un recours devant le tribunal.

Inapplication de l'autorisation de justice aux questions de pouvoir.

Seulement ici il faut bien faire une différence: l'autorisation de justice ne peut subvenir qu'à l'incapacité de la femme. Par exemple, la femme séparée de biens veut aliéner un de ses immeubles, le mari refuse; elle aura un recours devant le tribunal, qui pourra accorder l'autorisation s'il y a lieu. Mais s'il s'agit d'un défaut de pouvoir, la justice ne peut imposer au mari la renonciation à un droit qu'il tient du régime matrimonial. Par exemple, voici une femme mariée sous le régime de la communauté; elle possède un immeuble qu'elle voudrait aliéner en toute propriété, mais la communauté a sur cet immeuble un droit de jouissance; la femme ne peut donc aliéner librement que la nue propriété de cet immeubls; elle s'adresse à son mari pour lui demander de renoncer au droit de jouissance de la communauté; le mari refuse; peut-elle s'adresser au tribunal pour obtenir l'autorisation d'aliéner la pleine propriété? C'est impossible. La justice peut simplement accorder une autorisation à la femme lorsqu'il s'agit de subvenir à son incapacité. Or ici ce n'est pas une question de capacité, c'est une question de pouvoir. La justice n'a jamais pu obliger le mari à renoncer à un droit qu'il tient du contrat de mariage. Par conséquent le tribunal devra se déclarer incompétent. C'est ce qu'a décidé le tribunal de la Seine déjà à deux reprises: dans un jugement du 17 Novembre 1938 (G.P. 5 Janvier 1939) et dans un jugement du 24 Novembre 1938 (G.P. 22/23 Janv. 1939) où il s'agissait de femmes communes en biens qui voulaient aliéner des immeubles en toute propriété. Le tribunal a répondu qu'il ne pouvait imposer au mari de renoncer au droit de jouissance qui appartient à la communauté en vertu du contrat de mariage. Il y a donc en ce cas impossibilité pour la femme de vaincre la résistance même injustifiée de son mari.

Abrogation de l'autorisation de justice dans le cas où le mari est non en etat de donner son autorisation

Envisageons maintenant le cas où le mari est dans l'impossibilité de donner une autorisation valable. Sous le régime antérieur à la loi de 1938, la femme devait demander l'autorisation de justice dans certains cas: en cas d'absence du mari, dans le cas où le mari avait été condamné à une peine afflictive et infamante,

Source : BIU Cujas

dans le cas d'interdiction du mari, dans le cas où celui-ci avait été condamné pour abandon de famille, et enfin dans le cas où le mari était mineur; le mari étant mineur émancipé ne pouvait autoriser sa femme à passer des actes qu'il n'aurait pu passer lui-même.

Ici l'intervention de la justice était exigée par le Code; elle se justifiait moins par le désir de faire respecter l'autorité défaillante du mari que par celui d'assurer la protection de la femme. C'était un vestige de la vieille incapacité à raison du sexe.

Dans le très ancien droit français, lorsque le mari était hors d'état de donner son consentement, la femme était libre de passer l'acte. Ou bien encore on admettait très bien dans le très ancien droit français que le mari mineur, titulaire de la puissance maritale, pût donner l'autorisation à sa femme.

Les choses ont changé à partir du XVIème siècle, lorsque s'est introduite en France cette idée que la femme est dans une certaine mesure incapable en raison de son sexe; son incapacité est autant une mesure de protection pour elle qu'une mesure édictée dans l'intérêt de la bonne direction du ménage.

Supposons que nous soyons dans un des cas où autrefois le mari étant défaillant, absent ou condamné, la femme avait besoin de l'autorisation de justice ; la femme aura-t-elle besoin aujourd'hui encore de l'autorisation de justice? Voici une femme séparée de biens qui veut aliéner un de ses immeubles; le mari est interdit ou mineur, ou absent; doit-elle se munir de l'autorisation de justice? A notre avis, l'ancienne conception n'est plus admissible aujourd'hui, Il faut admettre la complète abrogation des articles 221 et suivants en pareil cas; en un mot dans les cas où le mari est dans l'impossibilité de donner une autorisation valable, il faut décider que la femme a pleine et entière capacité d'agir.

Cette solution s'impose d'autant plus que dans la plupart des cas où le mari est dans l'impossibilité d'agir la loi nouvelle prive ce mari de sa qualité de chef de famille. En effet, le mari perd sa qualité de chef de famille en cas d'absence, en cas d'interdiction, en cas d'impossibilité de manifester sa volonté, ou en cas de condamnation à une peine criminelle. Dans tous ces cas le mari n'est plus chef de famille. Il faut donc admettre que la femme peut agir librement sans avoir besoin de demander aucune autorisation , même à la justice.

Quid dans le cas où le mari est mineur.

Le seul cas douteux est celui où le mari est mi-

Source : BIU Cujas

neur. En pareil cas, il peut être difficile d'admettre que le mari mineur puisse autoriser sa femme à aliéner un immeuble alors qu'il ne pouvait faire cette aliénation pour son compte personnel. En pareil cas, peut-être peut-il maintenir la nécessité de l'autorisation de justice, mais la question est douteuse.

Nullité des actes passés par la femme mariée sans autorisation dans les cas où son incapacité subsiste.

Maintien malgré l'abrogation des textes du régime antérieur: nullité relative à la demande de la femme ou du mari, prescription décennale

Voici une femme séparée de biens qui a aliéné un de ses immeubles sans autorisation de son mari ou de justice. Elle était incapable de le faire. Quelle va être la sanction?

Avant la loi de 1938 nous avions un texte, l'art. 225 qui décidait que la nullité fondée sur le défaut d'autorisation ne pouvait être opposée que par la femme, le mari ou par leurs héritiers. En un mot, il s'agissait d'une nullité purement relative, nullité fondée sur la protection de l'incapable; seuls la femme ou son mari pouvaient invoquer la nullité; la personne avec qui la femme avait traité n'avait pas le droit d'invoquer la nullité, nullité simplement relative.

Qu'en est-il aujourd'hui? L'art. 225 a été abrogé comme tous les autres textes. L'un des sénateurs qui ont pris part à la discussion a soutenu que désormais lorsque la femme ferait un acte qu'elle n'a pas le droit de faire sans autorisation, la nullité devrait être considérée comme une nullité absolue; elle pourrait être invoquée par toute personne intéressée. Cela paraît être une erreur. Malgré l'abrogation de l'art. 225, l'action en nullité reste une action en nullité purement relative. Il faut, en un mot, considérer que l'art. 225 s'applique dans la mesure où la nécessité d'une autorisation maritale subsiste. Rien n'est changé à l'état de choses antérieur.

Il faut admettre également, bien que la question ait été contestée, que l'action en nullité relative se prescrit par dix ans. L'art. 1304 qui vise le cas où un acte a été fait par un incapable sans les formalités légales, décide que l'action en nullité se prescrit par dix ans. Mais le législateur a abrogé la partie du texte qui était relative à l'exercice de l'action en nullité appartenant à la femme mariée. Malgré l'abrogation de ce texte, les commentateurs de la loi de 1938 admettent à bon droit que c'est encore la prescription de dix ans qui s'applique. En un mot, l'action en nullité qui peut être exercée soit par la femme soit par le mari se prescrit par dix ans, à compter de la dissolution du mariage.

Source : BIU Cujas

Comment améliorer la réforme de 1938

Nous en avons terminé avec la loi de 1938. Cette législation pourrait être facilement améliorée. Il suffirait d'abroger purement et simplement les textes relatifs à l'incapacité de la femme séparée de biens, en un mot, de restituer à la femme séparée de biens sa pleine et entière capacité. La situation serait nette en pareil cas; les femmes qui se marieraient auraient le choix entre deux situations: ou bien adopter le régime de la communauté, qui les prive d'une partie de leurs pouvoirs sur leurs biens, mais qui a l'avantage de les faire participer aux gains de leur mari: ou bien adopter la séparation de biens, et conserver pleine et entière capacité. Grâce à cette seule réforme à savoir la reconnaissance de la pleine capacité de la femme séparée de biens, on améliorerait cette législation qui est quelque peu incohérente dans l'état actuel.

II

Conséquences du mariage à l'égard des enfants

Filiation, paternité, maternité

Le mariage crée des rapports juridiques entre les époux et les enfants issus de leur union. Le rapport qui s'établit entre père et mère d'une part et enfants d'autre part porte le nom de filiation, quand on le considère du côté des enfants, paternité et maternité quand on l'envisage du côté du père ou de la mère; on dit une action en recherche de filiation, ou de paternité ou de maternité.

La légitimité des enfants nés de deux personnes mariées

Le mariage établit dans la personne des enfants issus de l'union de deux personnes mariées l'état de légitimité. Les enfants sont dits légitimes. Cette légitimité entraîne dans les rapports des parents et des enfants des conséquences fort importantes, notamment au point de vue de l'obligation alimentaire, au point de vue de la puissance paternelle, de la tutelle et du droit de succession.

Mais dans le chapitre que nous abordons nous allons nous occuper uniquement de la question de savoir à quelles conditions un enfant a la qualité d'enfant légitime. Quant aux rapports juridiques entre parents et enfants légitimes, puissance paternelle, obligation alimentaire, nous les étudierons plus tard, dans cette partie du cours relative à la famille, intitulée: Mesures d'assistance et de protection dans la famille.

Source : BIU Cujas

A - Etablissement de la légitimité

Légitimité d'origine et légitimation

La légitimité peut résulter de deux sources. Il peut y avoir légitimité d'origine; c'est le cas normal; c'est le cas de l'enfant issu de l'union de deux personnes mariées; l'enfant naît légitime . Mais d'autre part la légitimité peut être acquise à des enfants naturels par un fait postérieur à leur naissance, qu'on appelle la légitimation, légitimation qui résulte du mariage de leurs père et mère. Nous avons donc ici deux paragraphes: 1) la légimité d'origine; 2) la légitimation.

§ 1 - La légitimité d'origine

Art. 812: légitimité de l'enfant conçu pendant le mariage

Quand un enfant naît-il légitime? En principe, la loi n'attache la légitimité qu'au fait de la conception pendant le mariage. Il faut en un mot que les époux aient été mariés lors de la conception de l'enfant. C'est ce qui résulte notamment de l'art. 312, qui décide que l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari. La loi s'attache donc en principe à la conception pendant le mariage.

Toutefois, nous verrons que l'enfant né pendant le mariage, bien que conçu avant sa célébration, est l'objet d'une mesure de faveur; la loi l'assimile à un enfant légitime, sauf à savoir s'il s'agit d'une véritable légitimité ou si ce n'est pas seulement une légitimation; il y a controverse sur ce point.

Preuve de la légitimité . Elements qu'elle devrait comporter.

1) mariage des parents

En principe donc, l'enfant légitime est celui qui a été conçu de personnes mariées. Une question de preuve par conséquent va se poser. Lorsqu'une personne réclame un droit résultant de la légitimité, par exemple un droit de succession ou une pension alimentaire, elle doit donc démontrer au préalable qu'elle est issue des rapports d'un homme et d'une femme mariés. Mais comment peut-elle faire cette preuve? La preuve de la légitimité, si les choses s'étaient simplifiées en pratique, serait une chose très difficile à faire. Elle impose à l'enfant la démonstration de plusieurs faits. L'enfant qui entend démontrer sa légitimité doit d'abord prouver la célébration du mariage entre ceux qu'il prétend être son père et sa mère. Cette preuve du mariage se fait

Source : BIU Cujas

conformément aux articles 194 et suivants. En principe, elle ne peut résulter que de l'acte de célébration du mariage.

2)maternité légitime

Mais cela ne suffit pas. Il faut encore que l'enfant démontre qu'il est bien issu de ces deux personnes qu'il prétend être son père et sa mère, preuve qui elle-même exige la démonstration de deux faits: 1° le fait que cet enfant est bien l'enfant de telle femme mariée, c'est la preuve de la maternité légitime; 2° le fait que cet enfant est bien issu du mari de cette femme, c'est la preuve de la paternité légitime.

3)paternité légitime

Différence entre la preuve de la maternité et celle de la paternité

Or, il est une idée générale qui domine la législation, parce qu'elle est imposée par la nature des choses; la maternité peut être l'objet d'une preuve directe, parce qu'elle résulte d'un fait matériel qui peut être établi avec certitude, la naissance, tandis que la paternité n'est jamais susceptible de preuve directe. Le fait de la procréation est de ceux qui échappent au témoignage. S'il peut y avoir des présomptions graves, précises, en faveur de la paternité d'un homme, il n'y a jamais sur ce point une certitude absolue.

Dès lors, on comprend que la loi n'admette pas les mêmes moyens de preuve en ce qui concerne la filiation maternelle et la filiation paternelle. Et ceci est vrai d'ailleurs aussi bien en matière de filiation naturelle que de filiation légitime. La filiation maternelle peut se prouver par titre ou par témoins; la filiation paternelle résulte d'une présomption, la présomption admise par la loi en matière de filiation légitime, que l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari, simple présomption qu'on peut faire tomber d'ailleurs dans certaines conditions. Par conséquent, la filiation paternelle légitime ne peut être recherchée avant que la filiation maternelle ait été préalablement établie.

De l'ordre des preuves à administrer pour établir la filiation légitime.

En conséquence, lorsqu'il s'agit d'établir la filiation légitime d'une personne, la marche de la preuve est la suivante . Celui qui veut prouver sa filiation légitime doit établir:

1- date de la naissance et de la conception

1°- la date de sa naissance et de sa conception; l'enfant ne naît légitime que si ces deux dates ou en tout cas l'une d'elles se place dans le mariage; s'il est né avant le mariage cet enfant évidemment est un enfant naturel; il faut au moins qu'une des deux dates, conception ou naissance, se place dans le mariage.

2-Preuve de la maternité

2°- L'enfant doit prouver la maternité, preuve qui peut être faite par différents moyens légaux que nous verrons et qui est faite normalement par l'acte de naissance.

Source : BIU Cujas

3) Preuve de la paternité, présomption

3°- L'enfant devra prouver sa paternité, mais ici il n'a rien à prouver en matière de légitimité, parce que la paternité résulte d'une présomption à l'encontre du mari, présomption que l'enfant conçu a pour père le mari.

En pratique, deux hypothèses peuvent se présenter.

Première hypothèse: la maternité n'est pas contestée, elle est certaine. En pareil cas, il n'y a plus qu'à appliquer la présomption de la paternité, le père est le mari.

Deuxième hypothèse: la maternité n'est pas établie; l'enfant doit apporter la preuve de la maternité, de sa filiation maternelle; si cette preuve n'est pas faite, tout est fini. Si au contraire la preuve de la maternité est faite, on appliquera à l'encontre du mari la présomption de l'art. 312. Le mari ne pourra se dégager de cette présomption que dans les cas où le désaveu est recevable.

1° preuve de la naissance et de la conception. Légitimité de l'enfant conçu pendant le mariage et né pendant le mariage ou après sa dissolution

1° - Il faut d'abord que l'enfant prouve la date de sa naissance et de sa conception. Cette preuve est préalable. Il importe, en effet, que celui qui réclame une filiation démontre, pour établir sa légitimité, qu'il est issu d'un homme et d'une femme qui étaient mariés soit à la naissance, soit à la conception.

En effet, la filiation légitime comporte des moyens de preuve spéciaux que ne comporte pas la filiation naturelle. La filiation sera légitime, et par conséquent, les modes de preuve spéciaux à la filiation légitime seront admis, si la date de la conception et celle de la naissance se placent l'une et l'autre pendant le mariage. Un individu prétend être l'enfant de Monsieur et de Madame un Tel; il faut que cet individu démontre qu'il est né et a été conçu des relations de cet homme et de cette femme, qui étaient mariés lors de la conception. En démontrant la date de la naissance et la date de la conception, il pourra employer les moyens de preuve qui sont admis pour la démonstration de la filiation légitime.

Si aucune des deux dates, de naissance et de conception, ne se placent dans le mariage, la filiation ne peut être que naturelle, et alors il s'agira d'une action en recherche de filiation naturelle, qui a ses modes de preuve spéciaux.

Preuve de la date de la naissance par l'acte de naissance.

Il faut que l'enfant démontre préalablement la date de sa naissance et la date de sa conception. La date de la naissance, cela va tout seul; elle résultera de la production de l'acte de naissance. Supposez que cet acte ne puisse être produit, elle sera établie suivant les règles de l'art. 46 pour le cas de perte des registres, etc...

Source : BIU Cujas

Détermination de la date de la conception. Fixation légale de la durée maxima et minima de la grossesse (300-180 jours) Période légale de la conception.

Quant à la date de la conception, elle n'est pas susceptible d'une preuve directe. Sans doute la date de la naissance peut faire soupçonner la date de la conception, mais la durée des gestations est variable; il peut y avoir des accouchements tardifs ou prématurés. Par conséquent la date de la naissance ne fait pas ressortir nécessairement la date de la conception. La loi s'est donc contentée en cette matière d'une approximation, en fixant la durée de la grossesse la plus courte et celle de la grossesse la plus longue.

Les rédacteurs du Code civil ont consulté à cet égard les autorités médicales de l'époque, et notamment Fourcroy, médecin célèbre de l'époque. Se basant sur des données médicales qui leur avaient été fournies par les autorités médicales et élargissant un peu les chiffres qui leur avaient été fournis par ces médecins dans l'intérêt de la légitimité, les rédacteurs du Code civil ont été amenés à fixer à 180 jours au minimum la durée de la grossesse la plus courte et 300 jours maximum la durée de la grossesse la plus longue. C'est ce qui résulte de différents textes, les articles 312, 314 et 315.

Ces chiffres étaient déjà ceux admis en droit romain et ils sont également adoptés par le Code civil suisse. Quant au Code civil allemand, il admet 180 jours, comme le nôtre, pour la grossesse la plus courte, et 302 jours pour la plus longue.

Il existe donc entre ces deux points extrêmes, entre 180 et 300 jours, un délai de 120 jours pendant lequel la conception doit se placer nécessairement.

Ces présomptions sur la durée des grossesses ne donnent pas la date exacte de la conception, mais déterminent simplement une période légale pendant laquelle la conception a dû nécessairement se produire. L'enfant peut placer sa conception àun moment quelconque de cette période suivant son intérêt. Il suffit que le mariage ait existé pendant un seul de ces 120 jours pour que la conception soit reportée à ce jour le plus favorable. La conception est toujours réputée avoir eu lieu au moment le plus favorable pour l'enfant, c'est-à-dire au moment le plus favorable pour la légitimité.

Il résulte de tout cela que l'enfant qui est né 179 jours au moins après la célébration du mariage est réputé conçu avant le mariage, en vertu d'une présomption qui ne comporte pas la preuve contraire.

De même l'enfant né à partir du 180ème jour qui suit la célébration du mariage est réputé avoir été conçu pendant le mariage.

D'autre part, l'enfant né après le 300 ème jour depuis la dissolution du mariage est réputé avoir été conçu après cette dissolution, être par conséquent un

Source : BIU Cujas

enfant naturel. Tandis que l'enfant qui naît au maximum le 300ème jour après la dissolution du mariage est réputé avoir été conçu pendant le mariage; le 300ème jour appartient à l'enfant.

Caractère irréfragable des présomptions

Toutes ces précomptions sont irréfragables. Par exemple, voici une femme qui met au monde un enfant 300 jours après la dissolution de son mariage par la mort de son mari; l'enfant est réputé issu du mari, quand bien même il serait démontré que cet enfant est né avant terme; il n'y a aucune preuve contraire admissible.

Calcul des délais de jour à jour

Mais comment calculer les délais légaux? Faut-il les calculer de jour à jour, c'est-à-dire par intervalles de 24 heures compris entre deux minuits, ou faut-il les calculer d'heure à heure?

Par exemple, dans un arrêt rendu par la Cour de cassation le 8 Février 1869 (Sirey 1869.I.215), il s'agissait d'un mari qui était décédé le 19 Mars 1866, à 2 heures du matin, date officielle du décès. Sa veuve avait accouché le 13 janvier 1867 à 8 heures et demie du matin. En calculant par heures, à dater du décès du mari, 2 heures du matin, les 300 jours avaient pris fin le 13 janvier à 2 heures; or, l'enfant était né à 8 heures et demi; il devait être considéré comme non conçu du mari. Mais si on calculait par jour, à partir du 14 Janvier, l'enfant devait être considéré comme conçu du mari.

La question s'est posée à différentes reprises en jurisprudence. Les tribunaux étaient divisés jusqu'à l'arrêt de la Cour de cassation de 1869; les tribunaux considéraient généralement qu'il fallait compter le délai d'heure à heure, notamment il fallait compter le délai à partir de l'heure de la célébration du mariage, moment auquel la conception légitime devient possible, ou à partir de l'heure de la dissolution du mariage, notamment de la mort du mari, moment auquel la conception légitime cesse d'être possible. Mais la cour de cassation, dans l'arrêt du 8 Février 1869, a décidé qu'il fallait calculer les délais par jour compris entre deux minuits. Dans l'espèce, elle a décidé que l'enfant était légitime. Il était né plus de 300 jours après le décès du père, si on calculait d'heure à heure, mais moins de 300 jours si on calculait par jours. La solution donnée par la cour de cassation peut invoquer en sa faveur cette règle qu'en principe pour le calcul des délais, on ne tient pas compte des heures. Les délais fixés par jour se calculent par intervalles de 24 heures allant de minuit à minuit.

Application des règles de preuve

La preuve de la maternité légitime.

Cette matière est réglée par les articles 319 et

Source : BIU Cujas

de la maternité légitime

suivants du Code civil. C'est un chapitre intitulé "Des preuves de la filiation des enfants légitimes". En réalité, nous verrons qu'il s'agit de la preuve de la maternité. Les dispositions des articles 319 et suivants s'appliquent non seulement au cas qui est le cas normal où c'est l'enfant qui réclame l'état d'enfant légitime et qui entend prouver sa filiation maternelle préalablement, mais aussi au cas où toute autre personne intéressée, père, mère ou autre parent, voudrait établir l'existence d'une filiation légitime, notamment pour recueillir une succession.

1) L'acte de naissance, moyen normal de preuve. Justification de cette solution

1) Le principe posé par l'art. 319 c'est que la filiation maternelle légitime est prouvée par l'acte de naissance. L'art. 319 dispose: "La filiation des enfants légitimes se prouve par les actes de naissance inscrits sur les registres de l'état civil". Il en résulte qu'aux yeux du législateur l'acte de naissance est le moyen de preuve normal. C'est en effet celui qu'il énonce en premier lieu.

Pourquoi la loi attache-t-elle cette importance à l'acte de naissance? Cet acte de naissance a-t-il donc une si grande valeur qu'on doive en faire la preuve principale de la filiation maternelle? Il ne semble pas cependant qu'il ait cette importance. Que prouve-t-il et quelle est la valeur des affirmations qu'il contient?

Il ne faut pas perdre de vue que l'acte de naissance a été dressé par l'officier de l'état civil sur la déclaration qui lui a été faite par le père ou toute autre personne, un médecin, ou une sage-femme. Or l'officier de l'état civil n'a généralement pu que recueillir les déclarations faites sans en vérifier le bien-fondé. Autrefois, on devait présenter l'enfant à l'officier de l'état civil , mais une coutume contraire s'est établie; l'officier de l'état civil peut bien faire procéder à une vérification à domicile par un médecin, mais qu'est-ce qui lui prouve qu'on ne joue pas la comédie et qu'on n'a pas déclaré qu'une femme était accouchée alors qu'elle n'avait jamais eu d'enfant?

Aujourd'hui, il n'y a plus aucune vérification. Dans certaines villes, on n'exige même pas un certificat du médecin.

Il peut y avoir des fraudes. On a pu déclarer à l'officier de l'état civil qu'une femme était accouchée alors qu'elle n'avait jamais accouché ou qu'elle était accouchée d'un enfant mort. On a présenté à l'officier de l'état civil ou au médecin un autre enfant.

On comprend néanmoins que la loi ait attaché une telle force probante à l'acte de naissance en matière

Source : BIU Cujas

de filiation légitime. Nous verrons en effet qu'en matière de filiation naturelle, l'acte de naissance n'a aucune valeur. En matière de filiation légitime, l'attribution à une femme d'un enfant dont elle n'est pas accouchée est chose infiniment peu probable. Elle expose le déclarant à la peine de réclusion; c'est un crime puni par l'art. 345 du Code pénal. En tout cas, les chances de déclaration inexacte sont si peu nombreuses qu'il n'a pas paru que l'on dût pour cela priver les enfants légitimes d'un moyen de preuve commode et à la portée de tous.

D'ailleurs les énonciations de l'acte de naissance peuvent être contestées, à moins cependant, comme nous allons le voir dans un instant, qu'elles ne soient confirmées par la possession d'état.

L'acte de naissance en effet n'a tout de même pas une valeur absolue. Pour servir de preuve, l'acte de naissance doit indiquer le nom de la mère. Peu importe que celle-ci soit indiquée sous son nom de jeune fille; peu importe même que le nom du père ne figure pas dans l'acte. C'est qu'en effet, l'acte de naissance n'est pas destiné à prouver la filiation paternelle; la filiation paternelle va résulter automatiquement de la présomption qui figure à l'art. 312; "L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari". Peu importe même que l'acte de naissance porte l'indication d'un autre père que le mari de la mère; cela n'empêchera pas le mari d'endosser la paternité de l'enfant(En ce sens Chambre des requêtes, 22 Juillet 1913, Sirey 1914.I.358).

Ce que prouve l'acte de naissance: preuve de l'accouchement et non de l'identité de l'enfant

Que prouve l'acte de naissance? Il prouve une seule chose: le fait de l'accouchement de la femme qui est désignée à cet acte de naissance. Pour que la preuve de la filiation soit complète, il ne suffit pas que le demandeur prouve que telle femme a mis au monde un enfant, il doit encore démontrer que lui-même et cet enfant ne font qu'un, sont la même personne; c'est la preuve de l'identité.

En pratique - fort heureusement d'ailleurs, parce que s'il fallait faire la preuve de l'identité on se heurterait à de graves difficultés - en pratique il sera extrêmement rare que l'identité soit contestée, parce que, à l'acte de naissance, est jointe presque toujours la possession d'état, d'où résulte l'identité. Mais si jamais la possession d'état n'était pas jointe à l'acte de naissance, s'il y avait contestation sur l'identité, l'acte de naissance ne suffirait pas à lui seul à prouver l'identité de l'enfant.

Preuve de l'identité par tous moyens

Il faudrait que l'enfant fit la preuve de son identité, mais comment la ferait-il? On admet généra-

Source : BIU Cujas

lement que cette preuve pourrait être faite par tous moyens, par témoins ou par présomptions, sans qu'il soit nécessaire que l'enfant possède un commencement de preuve par écrit . Nous verrons tout à l'heure qu'il est un cas prévu par l'art.323 où l'enfant ne peut prouver sa filiation par témoins qu'à la condition d'avoir un commencement de preuve par écrit, mais l'art. 323 ne peut pas s'appliquer dans cette hypothèse, parce que ce texte suppose que l'enfant n'a pas d'acte de naissance à présenter. Or, ici il y a un acte de naissance, la preuve est à moitié faite, Par conséquent, on peut admettre, dans le cas où l'identité est contestée, que l'enfant puisse faire la preuve de son identité par tous moyens.

Comment l'acte de naissance prouve également la paternité du mari de la mère

L'acte de naissance qui constitue une preuve directe de la filiation maternelle lorsque s'y joint la preuve de l'identité, prouve indirectement, en vertu de la présomption légale, la paternité du mari de la femme qui est indiquée comme mère de l'enfant. C'est pourquoi l'art. 319 nous dit que la filiation des enfants légitimes se prouve par l'acte de naissance. En réalité, l'acte de naissance ne fait que prouver la maternité légitime, et encore à la condition que l'identité ne soit pas contestée. Comme la paternité du mari découle automatiquement de la filiation maternelle, on peut dire que l'acte de naissance prouve en même temps la filiation paternelle. C'est en ce sens qu'il faut entendre l'art. 319.

2-De la preuve à défaut d'acte de naissance

a) hypothèse de l'art.46: preuve par tous moyens

2 - Supposons maintenant qu'une personne qui veut établir sa filiation légitime ne puisse pas produire son acte de naissance. Cela peut arriver d'abord parce qu'il n'a pas été tenu de registres ou que les registres ont été perdus. Dans ce cas l'art. 46 permet de prouver par témoins de fait qui aurait dû être consigné sur les registres détruits ou perdus. On pourra donc prouver la naissance par tous moyens (art. 46).

b)absence ou fausseté de la déclaration, preuve par possession d'état constante

Mais l'absence d'acte de naissance peut provenir d'une autre cause. L'enfant n'a pas été déclaré à l'état civil, ou plutôt, il a été porté sous un faux nom ou comme né de père et mère inconnus. L'enfant ne peut donc présenter un acte de naissance. En pareil cas, l'article 320 décide qu'à défaut d'acte de naissance, la possession constante de l'état d'enfant légitime suffit. La possession d'état constante d'enfant légitime constituera à elle seule un moyen de preuve de la filiation maternelle.

Les principaux faits constitutifs de la possession d'état

Cette possession d'état d'enfant légitime est la situation de fait d'une personne qui passe aux yeux de tous pour l'enfant légitime d'un homme et d'une femme marié#

Source : BIU Cujas

et comment ils se prouvent

L'art. 321 nous indique les principaux faits constitutifs de la possession d'état. La possession d'état s'établit, dit ce texte, par une réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la famille à laquelle il prétend appartenir. Les principaux de ces faits sont: que l'individu a toujours porté le nom du père auquel il prétend appartenir; que le père l'a traité comme son enfant et a pourvu, en cette qualité, à son éducation, à son entretien et à son établissement; qu'il a été reconnu constamment pour tel dans la société; qu'il a été reconnu pour tel par la famille. Les trois éléments de la possession d'état se résument de la manière suivante: Nomen, tractatus, fama.

La preuve des faits constitutifs de la possession d'état peut être faite par tous moyens; par conséquent par témoins ou par présomption.

Qualités que doit présenter la possession d'état

La loi exige que la possession d'état soit constante. Il faut entendre par là que l'enfant doit avoir été traité comme un enfant légitime d'une manière continue et non d'une façon intermittente.

D'autre part, la possession d'état doit exister vis-à-vis du père et de la mère. Le texte de l'art.321 est formel; il parle surtout du père: l'individu qui a toujours porté le nom de son père, que le père a traité comme son enfant, etc... La possession d'état, pour être une possession d'état d'enfant légitime, doit exister vis-à-vis du père et vis-à-vis de la mère. Si elle n'existait qu'à l'égard de l'un d'eux, et notamment à l'égard de la femme, il y aurait possession d'état d'enfant naturel.

Etendue de la preuve résultant de la possession d'état; différence avec l'acte de naissance.

La possession d'état est au fond un moyen de preuve plus complet que l'acte de naissance, parce qu'il démontre tout à la fois le fait de l'accouchement de la mère et l'identité de l'enfant. On peut dire que la possession d'état c'est le moyen de preuve le meilleur qui prouve à la fois le fait de la naissance et l'identité de l'enfant.

Pourquoi la loi attache-t-elle cette force probante particulière à la possession d'état d'enfant légitime, alors qu'elle n'admet pas la possession d'état d'époux comme preuve du mariage? Nous avons vu que la possession d'état n'est pas une preuve du mariage; la possession d'état d'enfant légitime est au contraire une preuve, et on peut dire la meilleure preuve possible de la filiation légitime. Cela se comprend. Si la loi attache cette force probante à la possession d'état, c'est que dans l'immense majorité des cas le fait est conforme au droit. Quand un homme et une femme mariés élèvent un enfant, le traitent comme leur enfant légi-

Source : BIU Cujas

time, il y a une infinité de chances pour que cet enfant soit vraiment issu de leur union. Si la loi attache en matière de filiation à la possession d'état une force probante qu'elle refuse à la possession d'état en matière de mariage, c'est parce que l'enfant ne se crée pas à lui-même sa possession d'état; ce sont ses parents qui la lui ont créée en l'élevant, en l'éduquant, en le traitant comme leur enfant. Il n'en est pas de même de la possession d'état d'époux qui est le fait des conjoints.

Force probante de la possession d'état: possibilité de la contester à moins qu'elle ne concorde avec l'acte de naissance

Est-ce à dire cependant que la possession d'état soit une preuve absolue? Evidemment non. Nous sommes ici dans une matière ou la vraisemblance joue un rôle beaucoup plus considérable que la certitude. Il est des cas, rares à la vérité, mais qui se sont présentés en pratique, et qui se présenteront encore, où la possession d'état ne correspond pas à la réalité. Il est des cas dans lesquels un enfant traité comme un enfant légitime par un homme et une femme mariés n'est pas en réalité issu de leur union.

Il peut arriver qu'un ménage sans enfant désire se procurer un enfant pour raison de sentiment. Il peut aussi y avoir un intérêt pécuniaire pour un homme et une femme mariés à se procurer un enfant qu'ils ne peuvent pas avoir; par exemple un legs leur a été fait sous la condition qu'ils aient un enfant. Ils peuvent avoir un intérêt à s'entendre avec une personne quelconque pour simuler un accouchement et se procurer un enfant. La question s'est présentée à différentes reprises et il est vraisemblable qu'il y a des cas qu'on ignore.

En pareil cas, quelle est la situation de cet enfant? Les adversaires de l'enfant contestent sa filiation, notamment lorsqu'il s'agit de recueillir une succession. Dans ces cas, les adversaires de l'enfant peuvent-ils prouver à l'encontre de la possession d'état? Voilà un enfant qui a toujours été traité par un homme et une femme mariés comme un enfant légitime; peut-on prouver à l'encontre de la possession d'état que cette possession d'état n'est pas conforme à la réalité? Lorsque l'enfant n'a que la possession d'état à défaut d'acte de naissance, il est toujours possible de combattre la preuve qui découle de la possession d'état, soit en démontrant que le ménage n'a jamais eu d'enfant, soit en démontrant que les enfants du ménage sont tous décédés, et que cet enfant qui a la possession d'état n'est pas issu de leur union.

Du conflit entre l'acte de naissance et la possession d'état

Les adversaires de l'enfant ont encore un moyen de combattre la preuve résultant de la possession d'état: c'est de produire un acte de naissance s'appliquant à l'enfant et dans lequel celui-ci serait inscrit com-

Source : BIU Cujas

me né d'autres père et mère. En cas de conflit entre l'acte de naissance et la possession d'état, c'est l'acte de naissance qui doit prévaloir, du moins jusqu'à preuve contraire.

Reste à examiner le cas où l'enfant a tout à la fois un acte de naissance et une possession d'état conformes.

C'est le cas de l'immense majorité des enfants légitimes, et c'est fort heureux pour eux, parce qu'ils sont en ce cas à l'abri de toute contestation.

La loi attache à la conformité de l'acte de naissance et de la possession d'état un effet particulièrement énergique. Art. 322: "Nul ne peut réclamer un "état contraire à celui que lui donnent son titre de "naissance et la possession conforme à ce titre. Et "réciproquement, nul ne peut contester l'état de celui "qui a une possession conforme à son titre de naissan-"ce".

Conformité de l'acte de naissance et de la possession d'état. Impossibilité pour un tiers de contester l'état de l'enfant et pour lui-même d'en réclamer un autre.

Le texte se place dans le cas où l'enfant a tout à la fois l'acte de naissance et la possession d'état conformes. Il résulte de ce texte que la situation de cet enfant qui a un acte de naissance et une possession d'état conformes est une situation intangible. Aucune personne ne peut contester l'état de cet enfant, et l'enfant lui-même ne peut pas contester son état.

C'est la paix des familles que le législateur a entendu assurer par cette disposition. Il y a en effet une infinité de chances pour que la situation de l'individu, telle qu'elle résulte de son acte de naissance et de sa possession d'état, soit conforme à la réalité, Cependant, il est certain que la disposition de l'art. 322 peut couvrir une situation irrégulière, peut couvrir ce que le Code pénal appelle une substitution ou une supposition de part.

Par exemple, supposons un ménage qui veut se procurer un enfant. Il s'entend avec une femme récemment accouchée pour que l'enfant soit déclaré comme étant issu de ce ménage. L'enfant a donc l'acte de naissance Puis les parents s'occupent de l'enfant, le traitent comme leur enfant légitime; dix ans, quinze ans, vingt ans se passent, l'enfant a la possession d'état d'enfant légitime, sa situation est absolument intangible. L'enfant ne peut plus contester sa filiation et personne ne peut la lui contester parce qu'il a un acte de naissance et une possession d'état conformes.

Aucune poursuite n'est possible de la part du ministère public et cependant il y a eu un crime commis puni par le Code pénal, mais aucune poursuite n'est plus possible. C'est l'impunité absolue: en effet

Source : BIU Cujas

l'enfant ne peut plus exercer une action en réclamation d'état; or, comme nous le verrons, l'action en réclamation d'état de l'enfant est préjudicielle à la poursuite du ministère public. Le ministère public par conséquent, aurait-il la certitude qu'il y a eu un crime, crime de suppression d'état d'un enfant est dans l'impossibilité absolue de poursuivre devant la cour d'assises. Quant à l'enfant, il lui est absolument impossible de faire constater son véritable état. Telle est la conséquence de la conformité de la possession d'état avec l'acte de naissance: l'état de l'enfant est intangible, personne ne peut le contester.

3-A défaut d'acte de naissance ou de possession d'état, preuve par témoins.

3 - Le Code civil a enfin prévu le cas de l'individu qui n'a ni acte de naissance ni possession d'état constante. C'est évidemment le cas le moins favorable. C'est celui qui se présentera le moins souvent en pratique.

L'art. 323 décide que: "A défaut de titre et de possession constante, ou si l'enfant a été inscrit, soit sous de faux noms, soit comme père et mère inconnus, la preuve de la filiation peut se faire par témoins".

L'enfant, par conséquent, n'a ni acte de naissance ni possession d'état, Au cas de cet individu qui n'a ni acte de naissance ni possession d'état la loi assimile celui de l'individu qui est inscrit sur son acte de naissance comme né de père et mère inconnus, ou celui de l'individu inscrit sous un faux nom.

Cas où cette preuve est admise.

Dans quels cas la preuve par témoins est-elle admissible? Il faut admettre la preuve par témoins dans quatre cas; en faveur :

1°- de celui qui n'a ni titre ni possession d'état;

2°- de celui qui a un titre et une possession d'état mais contradictoires; c'est le titre, l'acte de naissance, qui l'emporte, jusqu'à preuve contraire, et cette preuve peut être faite par témoins.

3°- de celui qui a un titre, mais pas de possession d'état; nous supposons qu'il veut démontrer par témoins que son acte de naissance est inexact.

4°- de celui qui a une possession d'état sans acte de naissance; il veut démontrer par témoins l'inexactitude de sa possession d'état.

Les deux faits à prouver par l'enfant. Nécessité d'admicules préalables

Tels sont les quatre cas dans lesquels va jouer l'art. 323.

Celui qui veut prouver par témoins, sa filiation maternelle doit établir deux faits: 1°- sa naissance, l'accouchement de la femme mariée qu'il prétend être sa mère, et 2° son identité avec l'enfant qu'elle a mis au monde.

Source : BIU Cujas

Ce sont là deux faits matériels; or, en principe les faits matériels peuvent toujours être prouvés par témoins ou par présomption.

Mais en matière de filiation, la loi a dérogé à ce principe . La loi n'admet la preuve par témoins qu' avec une certaine restriction. L'art. 323, al. 2, dispose: "Néanmoins, cette preuve (par témoins) ne peut être admise que lorsqu'il y a commencement de preuve par écrit, ou lorsque les présomptions ou indices résultant de faits dès lors constants sont assez graves pour déterminer l'admission".

L'enfant qui n'a ni titre ni possession d'état n'est pas admis d'emblée à prouver par témoins les deux faits nécessaires à l'établissement de sa filiation maternelle; accouchement de la femme, et son identité. La preuve par témoins n'est admise que s'il existe au préalable, - ce qui doit être constaté par le tribunal - soit un commencement de preuve par écrit, soit des présomptions ou indices, résultant de faits dès lors constants. Il faut, par conséquent, qu'il y ait ce que l'on appelle un adminicule préalable qui est soit un commencement de preuve par écrit, soit des présomptions ou indices constants.

a)commencement de preuve par écrit. Définition de ce commencement de preuve par écrit de l'art. 324 par comparaison à l'art. 1347 quant à la nature de l'acte qui la constitue et quant aux personnes de qui il émane

Un commencement de preuve par écrit, tout d'abord. La preuve par témoins pourra être reçue s'il existe un commencement de preuve par écrit. L'art. 324 nous donne la définition du commencement de preuve par écrit: "Le commencement de preuve par écrit résulte des titres de famille, des registres et papiers domestiques du père ou de la mère, des actes publics et même privés émanés d'une partie engagée dans la contestation, ou qui y aurait intérêt si elle était vivante".

C'est une définition tout à fait spéciale du commencement de preuve par écrit. Pour comprendre ce qu' elle a de spécial, il faut savoir que dans certains cas en matière d'obligation notamment, la loi admet la preuve par témoins, vis-à-vis de laquelle elle a une certaine méfiance, lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit. La preuve par témoins n'est reçue, dans notre droit français, que dans des conditions tout à fait restrictives, mais la loi se montre plus favorable et admet la preuve par témoins plus facilement, lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. L'art. 1347 du Code civil définit le commencement de preuve par écrit. D'après cet article, le commencement de preuve par écrit est un acte juridique qui doit être émané de celui contre lequel la demande est formée et qui rend vraisemblable le fait allégué.

Par conséquent la définition générale donnée par l'art. 1347 du commencement de preuve par écrit est la

Source : BIU Cujas

suivante: c'est un acte juridique, mais un acte juridique émanant de la partie contre laquelle on plaide.

Nous allons comparer maintenant le commencement de preuve par écrit en matière de filiation légitime tel qu'il est défini par l'art. 324 avec la définition générale du commencement de preuve par écrit de l'art. 1347. La loi va se montrer moins stricte pour admettre qu'il y ait commencement de preuve par écrit en matière de filiation qu'en d'autres matières, et cela à deux points de vue.

1°- L'art. 324 admet comme constituant un commencement de preuve par écrit des écrits qui ne sont pas des actes juridiques, notamment les registres et papiers domestiques du père ou de la mère, des registres de dépenses par exemple, ou des lettres.

2°- Il n'est pas nécessaire en matière de filiation, pour qu'il y ait commencement de preuve par écrit rendant recevable la preuve testimoniale, que l'acte opposé à l'adversaire de l'enfant émane de cet adversaire lui-même. A la différence de ce qu'exige l'art. 1347, il suffit, dit le texte, que l'acte qu'invoque l'enfant à titre de commencement de preuve par écrit, émane d'une partie engagée dans la contestation ou qui y aurait intérêt si elle était vivante, d'une partie qui aurait pu être engagée dans la contestation et qui ne l'est pas.

Il y a là une facilité. Il n'est pas nécessaire que l'écrit émane de la partie contre laquelle l'enfant plaide. Cette facilité de la loi s'explique parce que l'enfant peut avoir à démontrer sa filiation vis-à-vis d'un assez grand nombre de personnes, vis-à-vis des membres de la famille; or, on ne pouvait exiger qu'il fut en possession d'un écrit émané de chacune d'elles. Par exemple, l'enfant veut établir sa filiation pour recueillir une succession à laquelle il prétend avoir droit; il plaide contre un tiers, il pourra opposer à ce tiers, des titres ou des lettres émanés de son prétendu père ou de sa prétendue mère décédés. Il n'est pas nécessaire que le commencement de preuve soit un acte émanant de celui contre qui il plaide.

L'énumération de l'art. 324 est limitative; on ne pourrait admettre comme commencement de preuve par écrit un acte émanant d'une personne étrangère à la famille. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation le 22 Octobre 1902 (D. 1902.I.539).

Lorsque l'enfant possède un commencement de preuve par écrit, des lettres, registres, émanant des père et mère, il est admis à faire la preuve par témoins.

b)présomptions et indices

L'art. 323 qui admet la preuve testimoniale n'exige pas nécessairement qu'il y ait un commencement de preuve par écrit. Elle admet encore l'enfant à prouver

Source : BIU Cujas

sa filiation maternelle par témoins lorsqu'il existe des présomptions ou indices résultant de faits dès lors constants. C'est le second adminicule préalable.

En matière ordinaire et hors du cas de filiation, les simples présomptions peuvent être considérées comme fournissant une preuve complète. Ici ce n'est pas possible; elles ne sont qu'un commencement de preuve qui rend admissible la preuve testimoniale. Ces présomptions ou indices résultant de faits constants, quels seront-ils? Ce sera, par exemple, la ressemblance de l'enfant avec un de ses prétendus père et mère. On fera comparaître devant le tribunal l'enfant avec le père et la mère et le tribunal pourra dire: il y a une ressemblance frappante entre cet enfant et son père. C'est un indice suffisant, ce n'est pas une preuve, mais c'est un indice suffisant qui permettra d'entendre des témoins qui viendront confirmer ce commencement de preuve.

Autre indice: les circonstances dans lesquelles l'enfant a été abandonné, les marques du linge qu'il portait, etc. Mais il faut que ces faits soient dès lors constants, c'est-à-dire avérés et assez graves. Le tribunal apprécie.

Lorsqu'il y a commencement de preuve par écrit ou indice grave, la filiation peut être prouvée par témoins.

Preuve contraire

L'art. 325 décide que la preuve contraire pourra se faire par tous les moyens propres à établir que le réclamant n'est pas l'enfant de la mère qu'il prétend avoir, ou même, la maternité prouvée, qu'il n'est pas l'enfant du mari de la mère.

Force moins grande de la présomption de paternité en cas de preuve testimoniale de la maternité

Si la maternité est prouvée par témoins, si le tribunal juge que l'enfant est bien issu de la mère, la présomption légale de paternité va jouer à l'égard du mari, seulement c'est une présomption fragile et qui peut être détruite par toute espèce de preuve contraire (voir plus loin).

Actions relatives à la maternité légitime

Il faut maintenant, avant de passer à la preuve de la paternité légitime, dire quelques mots des actions auxquelles donne lieu la détermination de la filiation maternelle.

La question de savoir quelle est la véritable mère d'un enfant peut donner lieu à deux séries d'actions, suivant que c'est l'enfant qui prétend établir sa filiation maternelle, ou qu'une tierce personne conteste à l'enfant sa filiation maternelle résultant par exemple de l'acte de naissance ou de la possession d'état.

1-Action en réclamation d'état intentée

En premier lieu, l'enfant peut intenter une action à l'effet de rechercher sa filiation maternelle.

Source : BIU Cujas

par l'enfant à condition qu'il n'ait pas une possession d'état conforme à son acte de naissance

de faire établir qu'il est l'enfant d'une femme mariée. C'est l'action en réclamation d'état.

Elle suppose essentiellement pour son admissibilité que l'enfant n'a pas une possession d'état conforme à son acte de naissance. En effet si l'enfant a une possession d'état conforme à son acte de naissance, il n'a pas le droit de contester cette filiation; il ne peut donc pas exercer vis-à-vis d'une autre femme une action en réclamation d'état. Par conséquent, l'action en réclamation d'état suppose ou que l'enfant a un acte de naissance sans possession d'état, ou une possession d'état sans acte de naissance, ou une possession d'état et un acte de naissance contradictoires ou qu'il n'a ni acte de naissance, ni possession d'état.

2)Action en contestation d'état de l'enfant

Une action peut être intentée contre l'enfant par un tiers qui prétend contester la filiation maternelle résultant de son acte de naissance ou de sa possession d'état. C'est l'action en contestation d'état. Elle ne peut être exercée, elle aussi, que si l'enfant n'a pas une possession d'état et un acte de naissance conformes. Si la possession d'état et l'acte de naissance sont conformes, l'état de l'enfant ne peut être contesté en aucune manière.

Quels sont les caractères généraux que présentent les actions d'état ?

1-Exercice de l'action

a)Exercice de l'action en réclamation d'état par l'enfant et exceptionnellement par ses héritiers.

Premier caractère: qui peut exercer l'action en réclamation d'état ? Tant que l'enfant est vivant, l'action en réclamation d'état ne peut être exercée que par lui. A sa mort, elle peut être intentée par ses héritiers, s'il n'a pas réclamé de son vivant, mais le droit pour les héritiers d'exercer l'action est limité. D'après l'art. 329 les héritiers ne peuvent exercer l'action en réclamation d'état à la place de l'enfant qu'autant que celui-ci est décédé mineur, ou encore s'il est décédé dans les cinq années qui ont suivi sa majorité. La loi n'a pas voulu en un mot qu'une action d'état puisse se perpétuer pendant trop longtemps et troubler le repos des familles. C'est pourquoi on considère que l'enfant qui n'a pas exercé l'action dans les cinq ans qui suivent sa majorité a renoncé à le faire, et ses héritiers n'ont plus le droit de se substituer à lui.

Si, au contraire, l'enfant est décédé étant mineur ou encore s'il est décédé avant sa 26ème année, on considère qu'il n'a pas eu le temps d'agir, ou qu'il en a été empêché par sa jeunesse, et l'on permet à ses héritiers d'agir.

Imprescriptibilité de l'action

Tant qu'elle appartient à l'enfant, l'action est imprescriptible. L'action en rédlamation d'état est

Source : BIU Cujas

de l'enfant

imprescriptible à l'égard de l'enfant, dit l'art. 328. Par conséquent, quel que soit l'âge de cet enfant, il a toujours le droit d'exercer son action en réclamation d'état, il n'y a aucune prescription en cette matière.

b)Exercice de l'action en contestation par tout intéressé

L'action en contestation d'état peut être intentée par toute personne intéressée, notamment par un membre de la famille qui conteste la filiation de cet enfant et veut lui disputer la succession de son père ou de sa mère.

Imprescriptibilité de l'action

L'action en contestation d'état est, elle aussi, imprescriptible. C'est la règle générale pour les actions d'état, toutes les fois qu'il n'y est pas dérogé expressément par la loi.

2°-Caractère d'ordre public de ces actions,impossibilité de transiger à moins que l'action n'appartienne aux héritiers

Un autre caractère que présentent les actions d'état c'est qu'elles nessont susceptibles ni de renonciation ni de transaction; elles sont d'ordre public. L'ordre public est intéressé à ce qu'une personne puisse toujours faire constater sa filiation, ou à ce qu'on conteste la filiation d'une personne lorsque cette filiation n'est pas conforme à la réalité.

Cependant lorsque l'action en réclamation d'état est exercée par les héritiers de l'enfant, on considère généralement que cette action a entre leurs mains un caractère pécuniaire, il s'agit généralement d'une question de succession - et qu'ils peuvent y renoncer ou transiger sur elle. Mais l'enfant lui-même n'a ni le droit de renoncer, ni le droit de transiger sur une action d'état.

3-Compétence exclusive des tribunaux civils L'art. 326

Voici maintenant un caractère fort important des actions en contestation ou en réclamation d'état. Il résulte de l'art. 326 que les actions d'état - la loi ne le dit que pour l'action en réclamation d'état, mais c'est vrai aussi pour l'action en contestation - sont de la compétence exclusive des tribunaux civils.
Art. 326 : "Les tribunaux civils seront seuls compétents pour statuer sur les réclamations d'état".

Par tribunaux civils il faut entendre les tribunaux de première instance, et en appel les cours d'appel. Par conséquent, à supposer qu'incidemment à un procès qui est plaidé devant le tribunal de commerce ou le juge de paix se pose une question d'état, ni le juge de paix, ni le tribunal de commerce n'ont le droit de trancher cette question, ils doivent attendre que le tribunal civil , et en appel la cour d'appel, ait statué Aucun tribunal autre qu'un tribunal civil ou qu'une cour d'appel n'a le droit de statuer sur une action d'état. C'est la première conséquence du principe posé par l'art. 326.

Conséquence en

Mais voici une seconde conséquence. Le principe

Source : BIU Cujas

ce qui concerne les tribunaux répressifs.

posé par l'art. 326 a pour conséquence que les tribunaux répressifs, cours d'assises, tribunaux correctionnels, n'ont pas compétence pour juger les questions d'état. Il résulte même de l'art. 327 que l'auteur d'un délit de suppression d'état ne peut être poursuivi au criminel qu'après le jugement définitif de la question d'état par le tribunal civil.

Les tribunaux répressifs n'ont pas le droit de statuer sur les questions d'état, et même la poursuite du ministère public en cas de délit de suppression d'état ne peut être exercée par lui qu'une fois la question d'état réglée par le tribunal civil. La loi déroge ici à deux principes de procédure criminelle:

a)incompétence des tribunaux répressifs à l'égard des questions de filiation incidentes à une affaire pénale

1°- Il est de règle qu'un tribunal criminel, cour d'assises ou tribunal correctionnel, a le droit d'apprécier tous moyens de défense opposés par la partie poursuivie. D'une façon générale, une juridiction pénale a le droit de statuer sur les questions incidentes qui se posent à l'occasion d'un procès criminel, quand bien même il s'agirait d'une question de nature purement civile.

Exemple: un individu est poursuivi pour vol; il soutient pour sa défense que la chose qu'on prétend avoir été soustraite par lui est sa propriété, ce qui supprime le délit de vol; les tribunaux correctionnels ou la cour d'assises ont le droit de statuer sur la question civile, sur la question de propriété. C'est ce que l'on exprime en disant que le juge de l'action est juge de l'exception.

Au contraire, il résulte de l'art.326 que toutes les fois qu'il y a délit de suppression d'état, la juridiction criminelle n'a pas le droit de statuer sur la filiation de la personne dont l'état a été soi-disant supprimé. Cette question ne peut être résolue que par un tribunal civil. La juridiction pénale doit surseoir à statuer jusqu'à ce que la question d'état ait eté jugée par le tribunal civil.

b)L'exception préjudicielle à l'exercice de l'action pénale pour suppression d'état - art.327

2°- Deuxième dérogation aux règles de la procédure criminelle; il est de règle que le ministère public peut poursuivre la répression d'une infraction sans avoir à attendre une plainte de la victime. Il en est autrement du délit de suppression d'état. Le ministère public ne peut exercer l'action répressive que si l'enfant victime de la suppression d'état a préalablement fait établir son véritable état par le tribunal civil. Le ministère public n'a pas le droit de poursuivre tant que le tribunal civil n'a pas statué. C'est une question préjudicielle à l'action publique.

Motifs de l'art. 326

Quelles sont les raisons de ces dérogations à la

Source : BIU Cujas

procédure criminelle? Les motifs sont assez difficiles à préciser. Le législateur a craint, semble-t-il, que les juridictions criminelles devant lesquelles les délits et les crimes sont prouvés par témoins, ne fussent amenées à admettre la preuve testimoniale sans restriction en matière de filiation. Or, la loi ne veut pas que la preuve testimoniale soit admise sans qu'il y ait des adminicules préalables.

D'autre part, des abus s'étaient produits dans l'ancien droit. Les rédacteurs du Code civil avaient souvenance de procès retentissants et scandaleux qui s'étaient produits au XVIII° siècle, le ministère public avait poursuivi d'office des délits de suppression d'état, alors que les familles ne réclamaient pas.

Domaine d'application de l'art.327:le délit de suppression d'état,des infractions rentrant sous cette dénomination.

La règle de l'art. 327, qui interdit au ministère public de poursuivre tant que la question de filiation n'est pas réglée par le tribunal civil, suppose qu'il y a délit de suppression d'état. Que faut-il entendre par là? C'est là une dénomination générale qui recouvre plusieurs infractions possibles: faux commis par l'officier de l'état civil qui a inscrit l'enfant sous d'autres noms que ceux déclarés par les comparants; ou crime de substitution d'enfant, ou crime de supposition d'enfant à une femme qui n'est pas accouchée; ou encore inscription de l'acte de naissance sur une feuille volante, simple délit puni par l'art. 192 du Code pénal. Voilà ce que la loi entend par délit ou crime de suppression d'état.

Par contre, l'art. 327 ne s'applique plus s'il n'y a pas délit de suppression d'état. Exemple: un individu est poursuivi devant la cour d'assises pour parricide; il soutient que la victime n'est pas son père ou n'est pas sa mère, il n'y a aucun lien de filiation. Ici, il n'y a pas crime de suppression d'état; la cour d'assises est compétente pour statuer sur la filiation, pour décider si la victime était bien en réalité le père ou la mère de l'auteur du meurtre.

Une dernière question qui se pose au sujet des actions d'état. C'est celle de savoir si les jugements rendus en matière d'action en réclamation ou en contestation d'état n'ont autorité de chose jugée qu'à l'égard de ceux qui ont été parties au procès, conformément à la règle générale, ou bien si au contraire ces jugements n'ont pas une autorité absolue vis-à-vis de tout le monde. C'est une ques-

Source : BIU Cujas

tion qui se pose toutes les fois qu'il y a une question d'état; nous l'avons déjà rencontrée à propos des nullités de mariage; elle sepose surtout en matière de filiation légitime ou naturelle. Nous en renvoyons l'examen à la fin de notre étude de droit de la famille.

La preuve de la paternité légitime.

La présomption Pater is est quem nuptiae demonstrant. Son fondement. Enfants auxquels elle s'applique.

Nous supposons que la maternité d'une femme mariée est prouvée. Elle a pu être établie par l'acte de naissance, par la possession d'état ou par témoins. Mais le fait de la paternité n'est pas de ceux qui sont susceptibles d'être prouvés directement, comme le fait de la naissance. Aussi la loi applique-t-elle en cette matière une présomption bien connue, que formulaient déjà les Romains: "Pater is est quem nuptiae demonstrant"; celui-là est le père qui est révélé par le mariage.

Mais que faut-il entendre par là? C'est ici que commence la difficulté. A quels enfants s'applique la règle "pater is est quem nuptiae demonstrant"? Incontestablement aux enfants conçus pendant le mariage. L'art. 312 déclare en effet: "L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari". Il y a là un point certain.

Quelle est la raison d'être de cette disposition? Comment peut-elle se justifier? La loi part de cette considération que dans la grande majorité des cas la femme mariée est restée fidèle à son mari. C'est une présomption de fidélité de la femme qui justifie cette règle de l'art. 312.

Au point de vue social et familial, cette présomption s'impose. Faute de pouvoir démontrer directement la paternité, il y a là une présomption qui empêche des actions en désaveu introduites à la légère sur de simples soupçons de maris jaloux. Ce serait une cause de trouble, une cause de déshonneur pour la femme, une cause de scandale dans la famille. La loi évite tout cela en posant non en présomption absolue, mais en présomption difficile à renverser, que le mari est le père de l'enfant que sa femme a mis au monde, du moment que cet enfant a été conçu pendant le mariage. Voilà l'explication la plus naturelle de la disposition de l'art. 312.

Enfant conçu pendant le mariage.

Un auteur, M. Ambroise Colin, dans un article de la Revue trimestrielle de droit civil, a soutenu

Source : BIU Cujas

ge.

que la présomption de l'art. 3I2 a un autre fondement. Elle s'explique, dit-il, par cette idée que le mari a accepté d'avance comme siens les enfants que sa femme mettra au monde. Cette a été généralement repoussée par les auteurs, mais nous verrons que, si l'on admet que la présomption "pater is est" s'applique à l'enfant né pendant le mariage bien que conçu avant la célébration, c'est l'explication de M. Ambroise Colin qui est la véritable.

Tenons-nous pour le moment à l'examen de la situation de l'enfant conçu pendant le mariage. Pour celui-là évidemment l'explication la plus naturelle celle qui justifie le mieux la règle, c'est la présomption de fidélité de la femme.

Enfant né pendant le mariage mais conçu avant (controverse).

Mais voici maintenant la difficulté, qu'il convient d'indiquer tout de suite, quoique nous ne devions pas la discuter immédiatement. S'il est certain que la présomption "pater is est" s'applique à l'enfant conçu pendant le mariage, il semble bien résulter d'un texte du Code civil, l'art. 3I4, que cette même présomption s'applique également à l'enfant qui est né pendant le mariage bien qu'il ait été conçu auparavant. En effet, l'art. 3I4 nous dit que l'enfant né avant le I80° jour du mariage, donc présumé conçu avant le mariage, peut être l'objet d'un désaveu: or, le désaveu s'applique aux enfants qui peuvent bénéficier de la présomption "pater is est".

Finalement, il y a un principe certain et une question controversée. Principe certain: l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari; cette présomption ne peut tomber que dans les cas où la loi admet le désaveu.

Règle controversée: la présomption "pater is est quem nuptiae demonstrant" s'applique également à l'enfant qui est né pendant le mariage, bien qu'il ait été conçu avant la célébration.

Application certaine de la présomption à l'enfant conçu pendant le mariage. Détermination de la date de la conception.

Pour le moment nous allons nous occuper exclusivement de la situation de l'enfant conçu pendant le mariage. Pour lui il n'y a pas de doute: la présomption "pater is est" s'applique.

Mais quand pourra-t-on dire que l'enfant a été conçu pendant le mariage? On sait que les présomptions sur la durée des grossesses ont été écrites précisément dans le cas qui nous occupe. L'enfant conçu pendant le mariage est celui qui est né au plus tôt le I80° jour depuis le jour de la célébration du mariage, et au plus tard le 300° jour depuis le jour de la dissolution du mariage.

Source : BIU Cujas

Tout enfant qui naît dans l'intervalle des 121 jours qui sépare le 180° et le 300° est réputé conçu pendant le mariage, il bénéficie par conséquent de la présomption légale de l'art.312; il a pour père le mari de sa mère.

Cette présomption s'applique avec une grande rigueur. Elle peut être invoquée alors même que l'enfant a été déclaré à l'état civil comme né de père inconnu, ou alors même qu'il a été déclaré comme né d'un autre que le mari de la mère. Voyez un arrêt de la Chambre des requêtes du 22 Juillet 1913 (Dalloz, 1917.I.5).

Par cela seul, en un mot qu'il est établi que l'enfant a été conçu d'une femme mariée, la présomption de la paternité du mari s'applique d'une manière inéluctable.

Exceptions:
a) enfant conçu au cours d'une instance en divorce et légitimé par le second mariage de sa mère

Il n'y a que deux cas où la présomption de paternité du mari ne s'applique plus. Le premier des cas ne date pas du Code civil; il date de la législation postérieure au Code civil. C'est le cas qui est prévu par l'art.313 § 2 deuxième phrase. Il s'agit de l'enfant qui a été conçu alors que les époux plaidaient en divorce ou en séparation de corps. Il a été conçu depuis la date de l'ordonnance qui a permis à l'époux demandeur de citer l'autre en conciliation. Cet enfant, en effet, bénéficie dans une certaine mesure de la présomption de paternité, mais cette présomption de paternité est complètement supprimée par la loi lorsque la mère a par la suite épousé un homme qui a légitimé cet enfant et qui est vraisemblablement le complice de l'adultère de la femme. Nous y reviendrons par la suite.

b) enfant conçu pendant l'absence du mari de sa mère

Il est un autre cas bien que la question ait été controversée, dans lequel très certainement la présomption de paternité du mari doit être écartée; c'est le cas où le mari est en état d'absence. Une femme met au monde un enfant plus de 300 jours après la disparition de son mari, qui est par la suite déclaré absent. Est-ce que la présomption de paternité peut s'appliquer en pareil cas ? Non, parce que l'état d'absence, qui suppose l'incertitude sur la vie ou la mort du mari, ne permet pas de dire que l'enfant a été conçu pendant le mariage de ses père et mère. En pareil cas, bien que la question ait été controversée, il faut écarter complètement, à moins que le mari ne réapparaisse un jour, la présomption "pater is est".

Caractère de la présomptuon de l'a. 312

En dehors de ces cas, la présomption s'applique à l'enfant conçu pendant le mariage.

Possibilité de la faire

Cette présomption de l'art.312 n'est cependant pas de ces présomptions qui n'admettent pas la

Source : BIU Cujas

tomber dans certains cas par l'action en désaveu

preuve contraire. Parmi les présomptions que pose la loi, il en est en effet qui n'admettent pas la preuve contraire, notamment la présomption sur la durée des grossesses; c'est ce qu'on appelle une présomption "juris et de jure". Mais il est une autre catégorie de présomptions qui comportent la preuve contraire, preuve plus ou moins facile selon les cas; la présomption "pater is est" est de celles-là; ce sont des présomptions "juris tantum"; elles admettent dans une certaine mesure la preuve contraire.

Il y a beaucoup de présomptions en matière de filiation: présomption sur la durée des grossesses, présomption de fidélité de la femme, qui emporte la présomption de paternité du mari. C'est dire qu'en cette matière, c'est plutôt une question de vraisemblance, une question de croyance, qu'une question de certitude scientifique.

La présomption de l'art.312 admet la preuve contraire. La loi autorise le mari, à certaines conditions, à faire tomber la présomption et à faire déclarer par la justice qu'il n'est pas le père de l'enfant que sa femme a mis au monde. L'action qu'il exerce à cet effet s'appelle l'action en désaveu de paternité. Mais le désaveu est admis plus ou moins facilement suivant les cas. Il y a en effet, deux catégories de cas dans lesquels le désaveu est admis, et la première catégorie va comporter elle-même une subdivision.

A - Première catégorie: la loi admet dans certains cas le mari à faire la preuve contraire à la présomption, c'est-à-dire à établir par des moyens qui seront à déterminer qu'il n'est pas le père de l'enfant. C'est le désaveu par preuve contraire.

B - Deuxième catégorie de cas, dans lesquels le désaveu est facilité au maximum; c'est le désaveu par simple dénégation du mari. Il suffit d'une simple dénégation du mari, qui affirme n'être pas le père de l'enfant, pour que le tribunal soit obligé d'admettre le désaveu.

A - Désaveu par preuve contraire - Cas où il fonctionne

A - Première catégorie: le désaveu par preuve contraire.

Dans un certain nombre de cas, le mari est admis à démontrer en justice qu'il n'est pas le père de l'enfant que sa femme a mis au monde, mais il faut qu'il appuie sa demande sur certains faits qui sont susceptibles de former la conviction du tribunal.

Mais ici, nous avons deux sortes de cas possibles.

Dans une première catégorie de cas (c'est le

Source : BIU Cujas

droit commun), le mari ne peut réussir dans son désaveu qu'à la condition de démontrer certains faits limitativement énumérés par la loi. Le désaveu ne peut être prononcé par le tribunal que lorsque le mari a démontré l'existence de certains faits limitativement énumérés par la loi; ces faits sont: l'impossibilité physique de cohabitation et le recel de la naissance.

Puis, dans une seconde catégorie de cas, exceptionnels, le mari peut désavouer l'enfant à la condition d'établir un fait quelconque de nature à établir sa non paternité.

Nous allons reprendre ces deux séries de cas.

I - Preuve de la non paternité par certains faits limitativement énumérés par la loi

I° Le mari n'est admis à prouver sa non paternité qu'à la condition de démontrer l'existence de certains faits qui sont limitativement énumérés par la loi. Ces faits sont au nombre de deux: l'impossibilité physique de cohabitation et le recel de la naissance. Toutes les fois que la filiation paternelle est constatée par l'acte de naissance, ce sont les deux seuls cas de désaveu admis par la loi.

a) impossibilité physique de cohabitation

a) En premier lieu, le mari peut désavouer l'enfant en cas d'impossibilité physique de cohabitation pendant l'époque de la conception. Ce premier cas de désaveu résulte de l'art.3I2 alinéa 2: "Néanmoins, celui-ci pourra désavouer l'enfant s'il prouve que pendant le temps qui a couru depuis le trois centième jusqu'au cent quatre-vingtième jour avant la naissance de cet enfant; il était, soit par cause d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme".

C'est l'impossibilité physique de cohabitation pendant la période légale de la conception.

L'impossibilité physique que la loi prend en considération pour permettre le désaveu résulte soit de l'éloignement, soit de quelque accident, dit la loi.

éloignement

Pour que l'éloignement puisse être pris en considération et être une cause de désaveu, il ne suffit pas que le mari démontre que les époux ont vécu séparément pendant la période de la conception; il est encore nécessaire d'établir qu'aucune réunion n'a été possible entre eux, c'est-à-dire que l'espace qui les séparait n'a pas été franchi.

Ce n'est pas une question de distance, surtout à l'heure actuelle, car il n'est guère aujourd'hui de distance qui ne puisse être franchie dans les I20 jours pendant lesquels peut se placer la conception. D'autre part, des époux peuvent se trouver dans la même ville et être complètement séparés; c'est ce

Source : BIU Cujas

qui arrive notamment si l'un d'eux est détenu dans un asile d'aliénés ou dans une prison.

C'est une question de fait à trancher par les tribunaux. Les tribunaux ont à déterminer si les époux ont vécu séparés et s'il n'y a eu aucune réunion possible entre eux. C'est ainsi que l'on a décidé qu'il y avait eu impossibilité physique de cohabitation par suite d'éloignement pendant la guerre, lorsque le mari avait été mobilisé et qu'il était démontré que le mari n'avait pas quitté son corps pendant les 120 jours qui représentaient la période de la conception (Paris du 23 avril 1920: Dalloz 1921, II.13). De même lorsqu'il a été démontré que le mari était détenu et qu'il n'y a eu aucun rapprochement possible entre le mari et la femme (Alger, 14 février 1921; Dalloz 1921.II.30).

Par contre l'impossibilité morale résultant de la mésintelligence entre les époux ne suffirait pas à constituer une cause de désaveu.

Accident; quid de la maladie

En second lieu, l'impossibilité physique peut résulter de quelque accident. La loi autorise le mari à désavouer l'enfant lorsqu'il démontre qu'il n'a pu avoir aucun rapport avec sa femme en raison de quelque accident. Il faut entendre par là toute lésion, mutilation, blessure, opération chirurgicale, qui ait rendu le mari incapable de procréer pendant l'époque de la conception.

Mais à la lésion faut-il assimiler la maladie ? Le mari a fait une maladie grave dans la période de la conception, il soutient qu'il était hors d'état de procréer pendant cette période. Beaucoup d'auteurs considèrent que la maladie ne constitue pas l'accident prévu par la loi. Personnellement, M. Morel serait porté à admettre la solution contraire. La loi dit "accident", une maladie peut être considérée comme un accident.

Impossibilité d'évoquer l'impuissance naturelle

En tout cas ce qui est certain, parce que l'art. 313 le dit formellement c'est que le mari n'est pas recevable dans son action en désaveu s'il allègue son impuissance naturelle. Si le mari soutient qu'il est naturellement impuissant, il n'est pas recevable à formuler une action en désaveu, et c'est à juste titre; connaissant sa situation, il ne devait pas se marier.

Erratum

P. 280 - ligne 25.- Lire: L'art.70 décide que l'acte de naissance ne devra pas avoir été délivré depuis plus de trois mois, s'il a été délivré en France et depuis plus de six mois s'il a été délivré dans une colonie ou dans un consulat.

Source : BIU Cujas

La loi n'admet donc que l'impuissance accidentelle comme cause de désaveu. Seulement, la loi aurait dû exiger que cette impuissance accidentelle fût postérieure au mariage; tandis que, la loi ne distinguant pas, il semble bien que du moment qu'il y a impuissance accidentelle résultant de lésions antérieures au mariage l'action en désaveu soit recevable. Le mari qui allègue l'impuissance naturelle antérieure au mariage n'est pas recevable; s'il allègue une impuissance accidentelle résultant d'une mutilation d'une opération chirurgicale, datant d'avant le mariage, il peut au contraire exercer l'action en désaveu.

b) Recel de la naissance de l'enfant (ou de la grossesse)- Nécessité de cette preuve préalable

b) Deuxième cas de désaveu: le mari peut désavouer l'enfant de sa femme au cas de recel de naissance. Article 313, alinéa 1er: " le mari ne pourra, en alléguant son impuissance naturelle, désavouer l'enfant: il ne pourra le désavouer, même pour cause d'adultère, à moins que la naissance ne lui ait été cachée, auquel cas il sera admis à proposer tous les faits propres à justifier qu'il n'en est pas le père".

Le mari peut désavouer l'enfant en cas de recel de naissance. D'après une partie de la doctrine, qui se fonde sur le texte même, le désaveu serait en pareil cas subordonné à la preuve de trois faits: 1° l'adultère de la femme, 2° le recel de la naissance; et 3° suivant l'expression du texte, tous autres faits propres à justifier que le mari n'est pas le père. C'est l'interprétation que la jurisprudence belge donne à notre disposition. Elle exige que le mari prouve les trois faits.

Inutilité de la preuve de l'adultère

Mais la jurisprudence française supprime la première condition; elle n'exige pas que le mari fasse directement la preuve de l'adultère de sa femme. La jurisprudence française se contente des deux autres conditions. Le mari a donc à prouver tout d'abord, - c'est la condition préalable - que la naissance lui a été cachée; c'est le recel de la naissance. Le recel de la naissance par la femme constitue en effet, aux yeux du législateur, comme une sorte d'aveu de la femme, l'aveu de la filiation adultérine; en tout cas c'est une présomption grave en faveur de la non paternité du mari, présomption qui va permettre de renverser la présomption "pater is est".

La Cour de Cassation assimile d'ailleurs sur ce point le recel de la grossesse au recel de la naissance. Le seul fait par conséquent que la femme ait recélé sa grossesse constitue pour la Cour de Cassation un aveu de l'adultère de la femme, la Cour a

Source : BIU Cujas

assimilé avec raison le recel de la grossesse au recel de la naissance (Cassation, 19 novembre 1929. Sirey 1930.I.99). Une femme qui n'a rien à se reprocher, ne dissimule pas sa grossesse à son mari.

Faits propres à justifier de la non paternité du mari pouvoir d'appréciation du tribunal

Lorsque le recel de la naissance ou de la grossesse est établi, il n'entraîne pas de plano l'admission de l'action en désaveu. Il ne suffit pas de démontrer que la femme a dissimulé la naissance, qu'elle a accouché clandestinement; il ne suffit pas de démontrer qu'elle a caché sa grossesse à son mari; le mari, en pareil cas, à condition de démontrer préalablement le recel, est admis à proposer au tribunal tous autres faits susceptibles de démontrer qu'il n'est pas le père de l'enfant.

Ici il appartient au juge d'apprécier ces faits qui viendront compléter la preuve résultant déjà du recel de la naissance ou de la grossesse. Tous autres faits peuvent être admis par le tribunal comme une preuve suffisante. Par exemple les juges pourront prendre en considération l'âge avancé du mari, ou son état de maladie, ou encore la mésintelligence qui régnait entre les époux.

Il y a donc une preuve préalable à faire; le recel de la naissance ou de la grossesse, qui est déjà un aveu de la part de la femme; puis le mari doit apporter d'autres preuves, qui viennent compléter celle-là, mais ces preuves peuvent être des faits quelconques.

Insuffisance de la preuve seule de l'adultère de la femme pour justifier l'admission de la preuve de la non paternité

En tout cas, il résulte de l'art.313 que lorsqu'il n'y a pas eu de recel de naissance, l'adultère de la femme, même établi, ne suffit pas à lui seul à justifier le désaveu; et cela se comprend, parce qu'il est possible qu'une femme adultère ait un enfant de son mari.

2° Facilité du désaveu quand la filiation maternelle n'a été établie que par témoins- Atténuation de la force de la présomption de paternité - preuve de la

2° Deuxième catégorie de cas dans lesquels il y a toujours désaveu par preuve contraire, mais ici la preuve contraire va être facilitée en ce sens que le mari est admis à prouver tout fait quelconque susceptible de justifier qu'il n'est pas le père de l'enfant, sans qu'il lui soit nécessaire de prouver un fait préalable tel que le recel de la naissance ou de la grossesse. Il s'agit d'un cas où la présomption de paternité du mari est assez fragile.

Il en est ainsi dans le cas prévu par l'art.325. C'est le cas où la preuve de la maternité légitime a été faite par témoins à défaut d'acte de naissance ou de possession d'état. Nous avons vu qu'à défaut d'acte de naissance et de possession d'état, ou lorsque

Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

non paternité par tout moyen

l'enfant a été déclaré soit sous un faux nom soit comme né de père et mère inconnus, la preuve de la filiation maternelle peut être faite par témoins. Lorsque la preuve de la filiation a été ainsi faite par témoins, s'applique la présomption "pater is est", mais cette présomption la loi permet au mari de la combattre par tous moyens quelconques propres à démontrer qu'il n'est pas le père de l'enfant.

Comment expliquer que la loi, qui est si stricte dans les autres cas, se montre ici aussi facile pour admettre le désaveu ? C'est parce que la filiation d'un enfant qui n'a ni titre ni possession d'état est considérée par la loi comme suspecte. Si l'enfant n'a pas de titre, s'il n'a pas d'acte de naissance, s'il a été déclaré sous un faux nom ou comme né de père et mère inconnus, c'est ou bien que ses parents n'ont pas voulu le déclarer parce qu'il y a eu viol ou adultère, ou plus probablement que la mère a accouché clandestinement et qu'elle a fait déclarer l'enfant sous un faux nom, ou comme né de père et mère inconnus. Il y a là une filiation assurément suspecte.

Ainsi s'expliquent les facilités que donne la loi pour combattre la présomption de paternité. Le mari peut démontrer ici tout fait quelconque propre à justifier qu'il n'est pas le père, et il n'est même pas nécessaire pour cela que la naissance lui ait été cachée; il a pu très bien avoir connaissance de la naissance de cet enfant, avoir connaissance de la grossesse; du moment que l'enfant a été déclaré sous de faux noms, ou comme né de père et mère inconnus, que l'enfant n'a ni acte de naissance, ni possession d'état, le mari peut faire la preuve par tous moyens.

La jurisprudence va même plus loin. Elle autorise le mari en pareil cas à prendre les devants. La situationpeut en effet se présenter de deux manières.

Désaveu consécutif au succès de l'action en réclamation d'état

En général, le mari peut attendre que l'enfant exerce son action en recherche de maternité, et c'est seulement lorsque l'enfant exercera cette action et qu'il mettra en cause le mari de la femme qu'il prétend être sa mère, que ce mari sera admis à démontrer par tous moyens qu'il n'est pas le père de l'enfant que sa femme a mis au monde. Si nous supposons que l'action en recherche de maternité ait réussi, - le mari a toute facilité pour démontrer qu'il n'est pas en réalité le père de l'enfant.

ERRATUM

Page 338 - en manchette, au lieu de acte de naissance, lire, acte de mariage.

Source : BIU Cujas

Admission par la jurisprudence du désaveu par anticipation

Mais la situation peut se présenter d'une autre manière. Le mari peut-il prendre les devants ? Sans attendre que l'enfant exerce son action en recherche de maternité, peut-il exercer l'action en désaveu contre l'enfant ? Certains auteurs disent: non ce n'est pas possible, le père n'a pas le droit de prendre les devants, parce qu'il faudra que ce mari démontre la maternité de sa femme, puis qu'il prouve qu'il n'est pas le père de l'enfant; or, une pareille action n'a rien moins pour objet que d'établir une filiation adultérine; c'est une action scandaleuse. Il vaut mieux admettre que le mari doit attendre que l'enfant exerce son action en recherche de maternité.

Ce n'est pas l'avis de la jurisprudence. La Cour de cassation admet le mari à prendre les devants, et sans attendre que l'enfant exerce l'action en recherche de maternité, à exercer l'action en désaveu (Cas. du 28 Juillet 1921. Dalloz 1921.I.233). A l'objection qu'on a faite qu'on permet au mari d'exercer une action scandaleuse, on répond que toute action en désaveu aboutit à la constatation d'une filiation adultérine. D'autre part, l'action de l'enfant lui-même peut aboutir à la constatation d'une filiation adultérine, si, la maternité de la femme étant constatée, le mari réussit à démontrer qu'il n'est pas le père de l'enfant.

Limitation du désaveu facilité au cas où l'enfant n'a ni titre ni possession d'état

Mais ce cas de désaveu facilité doit être limité exclusivement au cas où l'enfant n'a ni titre ni possession d'état. La disposition de l'art.325 est inapplicable au cas où la mère est désignée dans l'acte de naissance. En pareil cas l'enfant est couvert par la présomption de l'art.312, et cette présomption ne peut tomber que sur la preuve soit de l'impossibilité physique de cohabitation, soit du recel de la naissance (Cas. du 26 octobre 1927. Dalloz, 1928.I.65).

Impossibilité du désaveu si l'enfant à défaut d'acte de naissance a la possession d'état d'enfant légitime

Que décider si l'enfant n'a pas d'acte de naissance mais a la possession d'état ? Est-ce que le mari peut le désavouer en pareil cas ? La question ne peut pas se poser en pratique, parce que, pour avoir une possession d'état constante d'enfant légitime, l'enfant a dû être traité comme tel par le mari de sa mère. Pour que l'enfant ait la possession d'état constante d'enfant légitime, il faut en effet que l'enfant ait porté le nom de son père, qu'il ait été traité comme tel par ce dernier, qu'il ait été élevé par son père, que tout le monde l'ait considéré comme l'enfant de ce ménage. Par conséquent on peut dire que la possession d'état constitue de la part du mari une reconnaissance quotidienne et emporte une

Source : BIU Cujas

renonciation à l'action en désaveu. On peut ajouter que l'action en désaveu se heurterait en pareil cas à une autre fin de non recevoir: c'est l'expiration des délais très brefs dans lesquels l'action en désaveu doit être intentée.

Deuxième catégorie: le désaveu par simple dénégation du père.

I) désaveu par simple dénégation de l'enfant conçu pendant la période de séparation légale d'habitation au cours d'une instance en divorce ou en séparation de corps

Dans cette deuxième catégorie de cas, le désaveu est singulièrement facilité: il suffit d'une simple dénégation du père pour que le désaveu soit admis et que le tribunal prononce que le demandeur n'est pas le père de l'enfant.

Il en est ainsi dans le cas qui a été prévu par l'art.313, texte postérieur au Code civil.

Le désaveu par simple dénégation est possible lorsque, à l'époque de la conception de l'enfant, les époux étaient légalement autorisés à vivre séparément parce qu'ils plaidaient en divorce ou en séparation de corps.

L'origine de cette disposition est une loi de 1850. Le Code civil ignorait ce désaveu par simple dénégation. Il n'a été introduit que par une loi de 1850, qui ne visait que la séparation de corps (car en 1850 le divorce n'existait pas.) Jusqu'à 1850, une femme séparée de corps pouvait vivre dans l'adultère et mettre des enfants au monde; le mari séparé était considéré comme le père de ces enfants, qu'il ne pouvait désavouer qu'à la condition de démontrer l'impossibilité physique de cohabitation ou le recel de la naissance. Or, l'impossibilité physique de cohabitation est difficile à démontrer quand les époux sont l'un et l'autre en liberté. Quant au recel de la naissance, évidemment cela arrivait quelquefois, mais il y avait des femmes qui étaient fort bien conseillées et qui, par ministère d'huissier, faisaient savoir à leur mari qu'elles venaient d'accoucher; de telle sorte qu'il n'y avait pas possibilité pour le mari de dire que la naissance lui avait été cachée.

La loi de 1850 a modifié cet état de choses un peu scandaleux. Lorsque la séparation de corps est prononcée entre les époux, le mari a la plus grande facilité pour désavouer l'enfant que sa femme a mis au monde, du moment que la conception se place dans la période pendant laquelle les époux étaient autorisés à vivre séparément: une simple dénégation du mari va suffire. La loi du 18 avril 1886 a étendu les mêmes règles au cas de divorce.

Dans quels cas le désaveu par dénégation peut-il s'appliquer ?

Source : BIU Cujas

A- Prononciation du divorce ou de la séparation de corps. Désaveu de l'enfant né plus de 300 jours après l'ordonnance de résidence séparée

Nous supposons en premier lieu que le divorce ou la séparation de corps a été prononcé. En pareil cas, le mari est autorisé à désavouer l'enfant par simple dénégation lorsque cet enfant est né trois cents jours après l'ordonnance prévue à l'art.236 du Code civil et à l'article 878 du Code de procédure civile. L'enfant va bénéficier de la présomption de paternité du mari, mais cette présomption pourra céder devant la simple dénégation du mari.

La loi suppose pour cela que l'enfant est né plus de trois cents jours après l'ordonnance rendue par le président du tribunal qui a permis à l'époux demandeur de citer l'autre en conciliation. Il faut savoir qu'une instance en divorce ou en séparation de corps débute par une requête présentée au président du tribunal présentée par l'époux ou son avoué, requête tendant à obtenir la permission de citer l'autre époux en conciliation. Sur cette requête, le président rend une ordonnance prévue par l'art. 236 C.C. et l'art.878 C.Pr.C. ordonnance qui permet à l'époux demandeur de citer l'autre en conciliation. Généralement dans cette ordonnance le président autorise l'époux demandeur à avoir une résidence séparée , mais cela n'est pas indispensable au point de vue qui nous occupe.

C'est à partir de cette ordonnance que commence en quelque sorte ce qu'on a appelé la période suspecte. Tout enfant qui va être conçu à partir du jour de l'ordonnance, n'est vraisemblablement pas né du mari. Evidemment la présomption "pater is est" va s'appliquer à ce mari tant que le divorce n'aura pas été prononcé, mais cette présomption il pourra la faire tomber facilement par une simple dénégation de sa part.

b) - rejet de la demande ou reconciliation Désaveu de l'enfant né plus de 300 j. après l'ordonnance ou moins de I80 jours après le rejet de la demande ou la reconciliation

Deuxième hypothèse: c'est le cas où la demande en divorce ou en séparation de corps a été rejetée, ou bien les époux se sont réconciliés. Le désaveu par simple dénégation ne pourra s'appliquer qu'à l'enfant qui sera né plus de 300 jours après l'ordonnance qui a permis à l'époux demandeur de citer l'autre en conciliation, et moins de I80 jours depuis le rejet définitif de la demande ou la réconciliation des époux.

Ici, la demande en divorce ou en séparation de corps a été rejetée. Par conséquent l'enfant, qui naît I80 jours ou plus après la décision définitive qui a rejeté la demande de divorce ou de séparation de corps, ou plus de I80 jours après la réconciliation des époux, cet enfant-là ne peut plus être désavoué par simple dénégation, parce que les époux

Source : BIU Cujas

sont censés avoir repris immédiatement la vie commune.

Obligation pour le tribunal de prononcer le désaveu sur la seule preuve de la conception de l'enfant pendant la période suspecte

Dans les cas que nous venons d'envisager, le désaveu du mari a lieu par simple déclaration. Le mari n'a aucune preuve à faire, si ce n'est que l'enfant a été conçu pendant la période suspecte. Les juges doivent prononcer le désaveu de plano. Ils n'ont pas à se préoccuper d'autres considérations. C'est ce qu'on appelle un désaveu péremptoire. Du moment que l'on était dans les conditions prévues par l'art.313, le tribunal doit nécessairement prononcer le désaveu, sans que le mari ait autre chose à faire que de démontrer que l'enfant est dans les conditions de l'art.313.

Fin de non recevoir au désaveu en cas de preuve par l'enfant d'une réunion de fait entre les époux

Cependant, il est un cas où le désaveu du mari ne serait pas recevable. Il est prévu par l'art.313, dernier alinéa: "L'action en désaveu n'est pas admise s'il y a eu réunion de fait entre les époux". Il faudrait démontrer que pendant cette période de séparation légale les époux ont eu des rapports entre eux. Mais en pareil cas, c'est à l'enfant ou à son représentant légal qu'il appartient de faire la preuve.

Innovation de la loi de 1915 - suppression de la présomption de paternité du premier mari en cas de légitimation de l'enfant conçu au cours d'une instance en divorce

La loi du 30 Décembre 1915 a été plus loin. Elle écarte complètement la présomption de paternité, même en l'absence de désaveu du mari, lorsque l'enfant a été légitimé par un nouveau mariage de sa mère.

Exemple: la femme divorcée a le droit de se remarier trois cents jours après l'ordonnance qui a permis à l'époux demandeur de citer en conciliation. Bien entendu, elle ne peut pas se remarier tant que le divorce n'est pas prononcé. Mais si 300 jours se sont écoulés après l'ordonnance de résidence séparée, la femme peut se remarier immédiatement après le divorce. Supposons que la femme se remarie et mette un enfant au monde moins de 300 jours après le divorce mais plus de 300 jours après l'ordonnance de l'art. 236. L'enfant peut être rattaché au premier mari, puisque la présomption de paternité du premier mari ne cesse qu'à dater du jour du divorce. Mais l'enfant peut aussi être rattaché au second mari, puisqu'il est né plus de 180 jours après le second mariage de sa femme. Il y a un conflit de paternité, comment va-t-il être résolu ?

Pas de difficulté lorsque le premier mari use du droit de désaveu péremptoire. En ce cas l'enfant doit être considéré comme né du second mari. Mais, même en l'absence de désaveu du premier mari, l'art. 313 résout le conflit de paternité en faveur du second mari dans le cas où l'enfant a été légitimé par

Source : BIU Cujas

le second mariage de sa mère. Cela suffit pour détruire la présomption de paternité du premier mari. Il suffit qu'en se mariant la femme divorcée et son second mari légitiment l'enfant pour que la présomption de paternité du premier mari disparaisse complètement. C'est un cas où la présomption "pater is est" est écartée définitivement.

Situation de l'enfant né moins de 180 jours après la célébration du mariage

Nous arrivons à la situation de l'enfant qui a été conçu avant le mariage, mais qui est né au cours du mariage. Cet enfant, semble-t-il, devrait être traité comme un enfant naturel. Il est issu de deux personnes qui n'étaient pas mariées lors de sa conception. Et cependant la loi lui fait un statut particulier, dans l'art.314. Il s'agit de l'enfant qui est né moins de 180 jours après la célébration du mariage. Cet enfant né avant le 180° jours du mariage, nous dit l'art.314, pourra être désavoué par le mari dans trois cas, que le texte énumère et sur lesquels nous allons revenir. Il est question de désaveu dans ce texte; par conséquent, il semble bien résulter de cette disposition que cet enfant peut bénéficier, lui aussi, de la présomption de paternité du mari.

Détermination par 314 de trois cas dans lesquels il ne peut être désavoué

Néanmoins, ce texte a soulevé de très grandes difficultés, en doctrine et en jurisprudence. C'est une des dispositions qui ont motivé un revirement de la jurisprudence de la cour de cassation, chose assez exceptionnelle.

Application à cet enfant de la présomption de paternité du mari; justification Désaveu par simple dénégation

Voici d'abord un point certain à notre sens et qui ne paraît pas contestable. L'enfant qui est né avant le 180° jour à dater de la célébration et qui est réputé conçu avant le mariage, bénéficie certainement d'une présomption de paternité à l'encontre du mari de sa mère. Cela se comprend; en effet, l'individu qui épouse une femme enceinte peut être considéré à bon droit comme se reconnaissant le père de l'enfant, ou en tout cas comme acceptant la paternité. Voilà la raison qui explique la disposition de l'art. 314. Evidemment, il y a des cas où il peut s'agir d'une surprise. Mais quand le mari a eu connaissance certaine de la grossesse de la femme qu'il devait épouser, la loi lui fait endosser la paternité, même à supposer qu'il ne soit pas le père de l'enfant.

Cette présomption de paternité qui pèse sur l'individu épousant une femme enceinte est des plus fragiles. C'est une présomption qui en principe tombe sur la simple dénégation du mari. C'est donc l'un des cas à supposer qu'il s'agisse d'un désaveu, à ajouter à celui que nous avons vu précédemment, où il y aurait désaveu par simple dénégation. Voilà le principe.

Source : BIU Cujas

Cas où le désaveu est interdit

Seulement, il est trois cas, indiqués dans l'art. 314, dans lesquels ce droit de dénier sa paternité est refusé au mari, trois cas dans lesquels la paternité lui est imposée par la loi sans qu'il ait la possibilité de se dégager de la présomption que la loi fait peser sur lui.

a) non viabilité de l'enfant

a) Le plus simple (3° de l'art.314), c'est le cas où l'enfant n'est pas déclaré viable. La loi refuse alors au père l'action en désaveu. A quoi servirait cette action ? L'enfant est mort, il n'était pas né viable, il n'a jamais eu la personnalité; par conséquent le refus du désaveu s'explique ici par le défaut d'intérêt du père. Inutile d'intenter une action scandaleuse qui n'aurait aucun intérêt pour le père.

Mais voici deux autres cas dans lesquels la paternité est imposée au mari sans qu'il puisse se dégager de cette présomption.

b) connaissance par le mari de la grossesse avant le mariage

b) C'est d'abord le cas où il a eu connaissance de la grossesse avant le mariage. La loi considère à juste titre que c'est un aveu de sa part; à supposer qu'il ne soit pas l'auteur de la grossesse, il accepte la paternité de l'enfant que cette femme porte dans son sein.

c) assistance et signature du mari à l'acte de naissance

c) Le désaveu est impossible si le mari a assisté à l'acte de naissance et si cet acte est signé de lui ou contient sa déclaration qu'il ne sait signer. A supposer qu'il n'ait pas eu connaissance de la grossesse avant le mariage, la loi inflige au mari la paternité sans qu'il puisse s'en dégager du moment qu'il accepte implicitement l'enfant qui vient de naître en déclarant la naissance, en signant l'acte de naissance ou en déclarant qu'il ne sait signer. C'est une acceptation tacite de la paternité.

On généralise cette disposition et on admet qu'en dehors des cas prévus par le paragraphe I° et le paragraphe 2°, l'action en désaveu du père se heurtera à une fin de non recevoir toutes les fois qu'il résultera des circonstances de fait, d'une circonstance quelconque, quele père a accepté la paternité de l'enfant.

Par exemple, il a été jugé que le père ne pouvait désavouer par dénégation l'enfant lorsqu'il avait donné un dîner de baptême, où il avait convié ses amis pour célébrer la naissance . On a considéré qu'il avait par cela même accepté sa paternité, qu'il lui était désormais impossible de désavouer l'enfant par dénégation conformément à l'art.314.

Tels sont les trois cas dans lesquels le mari est dans l'impossibilité de dénier sa paternité. Mais

Source : BIU Cujas

dans tous les autres cas, du moment qu'il a ignoré la grossesse avant le mariage, ou du moment qu'il n'a pas accepté la paternité en déclarant l'enfant devant l'officier de l'état civil, ou en donnant une fête pour célébrer cette naissance, une simple dénégation suffit pour faire tomber la présomption. Voilà des points certains.

Mais voici une petite difficulté: on s'est demandé si la disposition du 2° de l'art.3I4 (cas où le père a déclaré l'enfant à l'état civil) n'était pas trop rigoureuse. En effet, la loi fait au mari une obligation de déclarer la naissance de l'enfant. Cependant si ce mari obéit à la loi, il se voit immédiatement opposer une fin de non recevoir à son action en désaveu. Il y a un moyen que préconisent les auteurs: pour obéir à la loi, le père pourrait déclarer la naissance, mais en faisant des réserves sur son droit de soulever la question de filiation. Seulement, il est bien possible que l'officier de l'état civil n'accepte pas une semblable réserve. Il est un moyen beaucoup plus simple pour que le père qui veut garder son droit de désaveu, c'est de faire faire la déclaration par un tiers et de ne pas s'immiscer dans l'acte.

Nature de l'action donnée pour écarter la présomption de paternité

Nous arrivons maintenant à la difficulté essentielle. S'agit-il ici d'un véritable désaveu ? En un mot, l'enfant qui naît dans les conditions prévues par l'art.3I4, ayant été conçu avant le mariage, cet enfant bénéficie-t-il de la légitimité au même titre que l'enfant conçu pendant le mariage ?

Sur ce point, nous avons deux interprétations, dont chacune a été adoptée par la Cour de Cassation, la première dans un arrêt de I869, la seconde dans un arrêt de I930 .La Cour de Cassation a modifié son opinion.

Ière opinion L'enfant est un enfant automatiquement légitimé et non pas un enfant légitime - Action en contestation de légitimité

I - Première interprétation - Il ne s'agit pas, dans le cas de l'art.3I4, d'une véritable légitimité. En effet, dit-on, cet enfant doit avoir le statut d'un enfant naturel; il a été conçu de deux personnes non mariées, on ne peut donc le déclarer légitime au même titre que l'enfant conçu pendant le mariage. Mais cet enfant conçu avant le mariage et né au cours de celui-ci doit être considéré comme légitimé de plein droit; il n'est pas légitime, il est l'objet d'une légitimation légale.

Nous verrons par la suite en étudiant la légitimation que celle-ci exige en principe une reconnais-

Source : BIU Cujas

sance de la part des père et mère de l'enfant naturel qui se marient ensuite. Ici il s'agirait d'une légitimation automatique, n'exigeant pas de reconnaissance, parce que le père est considéré comme reconnaissant d'avance l'enfant par cela seul qu'il épouse une femme en état de grossesse. L'enfant ne bénéficie pas de légitimité d'origine; il est simplement légitimé.

Cette interprétation emporte différents intérêts.

a) S'il s'agit d'une légitimation, si l'enfant est légitimé et non pas légitime comme l'enfant conçu pendant le mariage, l'action qui est dirigée contre lui pour faire tomber cette présomption de légitimité de l'art.3I4 n'est pas une véritable action en désaveu. C'est à tort que l'art.3I4 nous parle de désaveu; il s'agit en réalité d'une action en contestation de légitimité. L'action en désaveu appartient au mari seul en principe, tant qu'il est vivant, et il doit exercer cette action dans un délai très bref, tandis que l'action en contestation de légitimité peut appartenir à toute personne intéressée, et notamment aux héritiers du mari. (voir plus loin).

b) Autre intérêt: si c'est une légitimation de plein droit, et non pas une légitimité pure et simple, il faut appliquer à cet enfant les dispositions qui interdisent dans certains cas la légitimation, et notamment la légitimation des enfants adultérins. Or, autrefois la légitimation des enfants adultérins était toujours interdite. Aujourd'hui elle est permise assez largement, mais il y a encore des cas où elle ne peut avoir lieu. Si donc il s'agit d'une légitimation l'enfant ne peut en bénéficier si au moment de la conception, son père était engagé dans les liens d'un précédent mariage, dans des conditions ne permettant pas la légitimation d'un enfant adultérin.

c) Enfin, dernier intérêt de la question; la légitimation, comme nous le verrons, n'a pas d'effet rétroactif. L'enfant n'est considéré comme légitime qu'à compter du mariage et non pas à compter de sa conception. Par conséquent, il ne bénéficie de la légitimité qu'au cours du mariage, et notamment il ne peut réclamer les successions qui se seraient ouvertes entre le jour de sa conception et le jour de la célébration du mariage, successions auxquelles serait appelé, au contraire, un enfant conçu pendant le mariage.

Par exemple, supposons que la mère ait eu un enfant avant son second mariage, cet enfant vient à mourir ; puis la mère enceinte épouse un individu; cet enfant est simplement légitimé, il ne pourra prendre part à la succession de son frère utérin, parce que ce

Source : BIU Cujas

frère est décédé alors qu'il était simplement conçu du moment que la légitimation ne produit effet qu'à compter du mariage.

Cette première interprétation a été adoptée par la Cour de Cassation dans un arrêt du 28 juin I869 (Sirey I869.I.446) qui a décidé qu'un enfant ne bénéficiait pas de la présomption de l'art.3I4 parce que son père était engagé dans les liens d'un premier mariage au moment de la conception.

2ème opinion L'enfant est un enfant légitime

2 - Deuxième interprétation - C'est celle qui prévaut dans la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation et qui est admise par une partie de la doctrine. Cet enfant qui est né pendant le mariage mais a été conçu avant la célébration est un enfant légitime au même titre que l'enfant qui est conçu pendant le mariage, et l'action dirigée contre lui par le mari de sa mère pour dénier sa paternité est bien une action en désaveu; le texte de l'art.3I4 est formel.

Explication de cette solution. Arrêt de la C.Cas. de I930 Arrêt Degas

Comment expliquer alors que la loi fasse un sort égal à l'enfant conçu avant la célébration du mariage et à l'enfant conçu depuis cette célébration ? On ne peut parler ici de présomption de fidélité de la femme puisque l'enfant a été conçu à une époque où les époux n'étaient pas mariés et où la femme n'était pas tenue à la fidélité vis-à-vis de son mari. Cette présomption de paternité du mari ne peut s'expliquer qu'en recourant à l'explication que donne M. Ambroise Colin. Ici le fondement de la légitimité c'est l'acceptation par le mari comme sien de l'enfant dont la femme est enceinte lors du mariage.

La Cour de Cassation, dans son arrêt du 18 janvier I930, donne une autre explication. Elle décide que l'enfant conçu avant le mariage est légitime. Cette qualité lui est reconnue, dit l'arrêt, en vue de sauvegarder par une fiction légale la dignité du mariage et l'unité de la famille. On n'a pas voulu d'après l'arrêt faire de différence entre les enfants nés du mariage, c'est-à-dire conçus pendant le mariage et celui qui avait été conçu auparavant; on a voulu faire à tous unstatut égal.

Conséquences du caractère légitime de l'enfant

Les conséquences de ce système sont contraires à celles que nous indiquions plus haut.

a) Il s'agit bien ici d'une action en désaveu avec toutes les conséquences qui en résultent et notamment cette conséquence que seul le mari peut exercer le désaveu; en particulier les héritiers du mari n'ont pas le droit d'exercer cette action parce que, comme nous le verrons, l'action en désaveu appartient au mari seul de son vivant. Il n'y a donc que

Source : BIU Cujas

le mari qui puisse exercer l'action en désaveu; ce n'est pas une simple action en contestation de légitimité. Arrêt du 8 janvier I930 affaire Degas (Sirey I930.I.257).

b) Du moment que l'enfant est légitime, il n'y a pas à s'occuper du point de savoir s'il a ou non la qualité d'enfant adultérin. Peu importe que son père fût engagé dans les liens d'un premier mariage au moment où cet enfant a été conçu. L'enfant est légitime.

Existence de la légitimité dès le jour de la conception C.Cas. I935

c) Une 3ème conséquence est assez curieuse: s'agissant d'une légitimité et non pas d'une légitimation, l'enfant doit être considéré comme légitime dès l'instant même de sa conception. Voilà quelque chose qui paraît assez contradictoire. Il est certain que cet enfant a été conçu alors que ses parents n'étaient pas mariés, et cependant on lui reconnait la qualité de légitime, dès l'instant même de sa conception.

La Cour de cassation a eu l'occasion de tirer de ce principe une conséquence, en matière des accidents du travail. Voici l'espèce; il y a deux arrêts de la Cour de Cassation sur cette question.

Un ouvrier vit en concubinage; la femme est enceinte; l'ouvrier est victime d'un accident très grave. On le transporte à l'hôpital, il va mourir, on procède à un mariage in extremis. L'enfant naît plus tard, après la mort de son père. Quelle est la situation de la femme et de l'enfant ? La femme a-t-elle droit à la rente ? Non, certainement pas, parce que la loi de I898 n'accorde la rente qu'à la femme mariée au jour de l'accident. Or, cette femme n'était certainement pas mariée au jour de l'accident, puisque le mariage n'a eu lieu que le lendemain, la femme n'a certainement pas droit à la rente.

Mais l'enfant ? Tout dépendra de savoir s'il est légitime ou légitimé. Si on admet la première théorie, c'est-à-dire qu'il s'agit d'une légitimation, l'enfant n'est légitimé que du jour du mariage; or, le mariage est postérieur à l'accident; l'enfant a donc depuis sa conception jusqu'au mariage la situation d'un enfant naturel; il n'a droit à aucune indemnité, car il n'était pas reconnu au jour de l'accident.

Avec la seconde théorie, solution contraire. L'enfant doit être considéré comme légitime dès le jour de sa conception, et par conséquent, comme tout enfant légitime, il a droit à la rente parce qu'il est considéré comme légitime au jour de l'accident, bien que ses parents ne fussent pas mariés ce jour-là

Source : BIU Cujas

Voilà donc un enfant qui est légitime alors que ses parents ne sont pas encore mariés. C'est la solution admise par la Cour de cassation dans deux arrêts: 4 janvier I935 (Dalloz I935.I.5.) et 2 juillet I936 (Dalloz I936.I.II9). Et même ici on sort tout à fait de l'hypothèse prévue par l'art.3I4, parce que l'enfant est conçu avant le mariage et il est né alors que le mariage était dissous, puisque son père est mort avant sa naissance. Par conséquent c'est un enfant qui a été conçu avant le mariage, ensuite les parents se sont mariés, et l'enfant est né une fois que le mariage a été dissous. On en arrive à admettre, avec la jurisprudence, qu'est légitime l'enfant dont les auteurs ont été mariés à une époque quelconque de la gestation.

Attribution des avantages de la légitimité à l'enfant né plus de 300 jours après dissolution du mariage, à moins que sa légitimité ne soit contestée

Il semblerait que nous n'ayons plus à envisager aucune autre hypothèse: tous autres enfants sont des enfants naturels. Bien entendu, est enfant naturel l'enfant qui est né avant le mariage de ses parents; celui-là ne peut être que légitimé. De même devrait être considéré comme enfant naturel l'enfant qui est né plus de 300 jours après la dissolution du mariage. Cependant, il y a un doute, qui résulte d'une disposition équivoque de l'art.3I5 du Code civil.

L'art.3I5 envisage le cas de l'enfant conçu après la dissolution du mariage, parce qu'il est né plus de 300 jours après cette dissolution. Il n'y avait pas à en parler; cet enfant à coup sûr doit être déclaré illégitime. Cependant la loi, qui tient à tout prix à favoriser la légitimité, n'a pu se décider à déclarer franchement l'enfant illégitime. L'art. 3I5 décide en effet que: "La légitimité de l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage pourra être contestée".

Il résulte par conséquent de ce texte- la jurisprudence a eu l'occasion d'en faire desapplications - que cet enfant né plus de 300 jours après la dissolution du mariage par la mort de son père ou par le divorce pourra jouir des avantages de la légitimité tant que celle-ci ne lui sera pas contestée par quelqu'un.

Solution étrange. Supposez qu'une veuve accouche, plusieurs années après la mort de son mari et déclare l'enfant sous le nom de son mari décédé; si personne ne conteste la légitimité decet enfant il est considéré comme légitime, comme issu du mari prédécédé. Cela rappelle certaines décisions de notre ancienne jurisprudence. Merlin de Douai, dans son Répertoire, cite un arrêt du Parlement de Paris de I753

Source : BIU Cujas

qui a considéré comme légitime un enfant qui était né dix-sept mois après la mort de son père. Le Parlement avait considéré que la grossesse avait pu durer aussi longtemps.

Sans doute l'art.315 n'ose pas déclarer que cet enfant est légitime, mais il résulte de ce texte que tant que la légitimité n'aura pas été contestée l'enfant bénéficiera du statut de l'enfant légitime. (V. notamment Paris 30 Janvier 1924 D.H. 1924 page 210).

Exercice de l'action en contestation; différence avec le désaveu

En ce cas, ce n'est pas une action en désaveu qui peut être dirigée contre l'enfant, c'est une action en contestation de légitimité. Toute personne intéressée notamment tout parent du mari décédé, peut contester cette légitimité et les juges doivent faire droit à la demande, déclarer l'enfant illégitime par le seul fait qu'ils constatent que l'enfant est né plus de 300 jours après la dissolution du mariage. Ici il ne s'agit certainement pas de désaveu, mais il y a une légitimité provisoire, que tout intéressé peut faire tomber sur la constatation que la conception a été postérieure à la dissolution du mariage.

L'action en désaveu - Ses caractères.

Nature de l'action, ses caractères spéciaux

C'est une action en contestation d'état, mais qui présente des caractères particuliers. Elle obéit à des règles tout à fait particulières.

L'action en désaveu, du vivant du mari, n'appartient qu'à lui seul; lui seul est juge du point de savoir s'il doit prendre l'initiative d'un désaveu ou se taire pour éviter le scandale.

Du vivant du mari ; caractère exclusivement personnel de l'action, délai pour l'intenter

L'action en désaveu du mari se prescrit d'ailleurs par un délai très bref. Il faut que la question soit réglée rapidement. La loi entend que le mari agisse très vite. Art.316: " Dans les divers cas où le mari est autorisé à réclamer, il devra le faire dans le mois, s'il se trouve sur les lieux de la naissance de l'enfant". Par conséquent, si le mari est sur les lieux de la naissance de l'enfant, il a un mois à partir de cette naissance, pour former son action en désaveu; passé de délai il est forclos.

Il doit former son action dans les deux mois après son retour si, à la même époque, il est absent. Enfin, en cas de recel de la naissance, le mari a pu être très longtemps sans connaître la naissance de l'enfant, il a deux mois à partir du jour où il apprend la naissance.

Source : BIU Cujas

Bien que la loi n'ait rien dit, la jurisprudence décide qu'au cas où le désaveu est fondé sur la séparation de corps, le délai ne court que du jour où le mari a eu connaissance de la naissance, bien que celle-ci ne lui ait pas été cachée.

Par conséquent, du vivant du mari, l'action lui appartient à lui seul, il en est le maître et s'il laisse écouler le délai légal l'action est définitivement éteinte.

Après la mort du mari - continuation de l'action par les héritiers du mari, s'il avait commencé à l'exercer. Conditions pour qu'ils puissent l'intenter de leur chef

A la mort du mari, ses héritiers peuvent exercer l'action en désaveu, mais leur droit est subordonné à des conditions très strictes. Si le mari est mort avant d'avoir formé son action, mais étant encore dans le délai utile pour le faire, les héritiers ont deux mois pour contester la légitimité de l'enfant à compter de l'époque où cet enfant se serait mis en possession des biens du mari ou de l'époque où les héritiers seraient troublés par l'enfant dans cette possession.

Il résulte de ce texte que si le mari a exercé l'action en désaveu avant de mourir et que l'instance ne soit pas arrivée à sa fin, les héritiers peuvent continuer l'instance. Le mari a manifesté sa volonté de désaveu. Si le mari est mort sans avoir intenté l'action en désaveu, les héritiers ne peuvent le faire à sa place que si le mari n'avait pas laissé expirer le délai qui lui est imparti par l'art.316 pour désavouer l'enfant. Si le mari a laissé expirer le délai, il n'y a plus rien à faire pour les héritiers. Si le mari est mort dans le délai, les héritiers ont le droit d'exercer l'action en désaveu.

Mais quel délai leur est imparti à eux pour exercer l'action en désaveu. L'art.317 leur donne un délai de deux mois à compter de l'époque où l'enfant qu'il s'agit de désavouer se serait mis en possession des biens du mari, ou aurait troublé les héritiers dans la possession qu'il aurait prise des biens du défunt. Il s'agit d'une question pécuniaire. La loi suppose que l'enfant veuille se mettre en possession de l'héritage du mari, ou bien que ce soient les héritiers qui veuillent se mettre en possession et l'enfant vient les troubler dans leur possession. En pareil cas les héritiers, du moment que le mari était encore dans les délais, peuvent intenter l'action en désaveu, et ils ont pour cela un délai de deux mois.

Prolongation du délai de l'action par acte extra-judiciaire

L'art.318 donne au mari et aux héritiers un moyen de prolonger d'un mois supplémentaire le délai qui leur est imparti. L'art.318 permet en effet au mari et aux héritiers de signifier un acte extra-judiciaire, c'est-à-dire un acte d'huissier contenant leur déclaration de désaveu. Ils bénéficient ainsi d'un délai

Source : BIU Cujas

d'un mois supplémentaire. Art.318: " Tout acte extra-judiciaire contenant le désaveu de la part du mari ou de ses héritiers sera comme non avenu s'il n'est suivi, dans le délai d'un mois, d'une action en justice, dirigée contre un tuteur ad hoc donné à l'enfant, et en présence de sa mère".

Exercice de l'action contre un tuteur ad hoc

La loi exige que l'action au désaveu soit dirigée contre un tuteur spécial nommé à l'enfant, qu'on appelle un tuteur ad hoc. En effet, l'enfant n'est pas suffisamment représenté par la mère, parce que la mère peut avoir des intérêts distincts de ceux de l'enfant. La loi prescrit que le conseil de famille se réunisse pour nommer un tuteur spécial à l'enfant, et l'action sera dirigée contre ce tuteur ad hoc et contre la mère qui sera mise en cause de manière que le jugement lui soit déclaré opposable.

Absence de délai pour l'exercice de désaveu de l'hypothèse de l'art°325

Ces règles sur le délai du désaveu (un mois) ne s'appliquent pas dans le cas particulier du désaveu prévu par l'art.325. C'est le cas où la filiation maternelle de l'enfant est constatée par témoins. En pareil cas le mari peut attendre que l'enfant assigne la femme en déclaration de maternité. Mais comme l'enfant peut assigner la femme qu'il prétend être sa mère en déclaration de maternité à n'importe quel moment, puisque son action d'état est imprescriptible, on permet au mari de soulever la question de désaveu au moment où l'enfant exerce l'action en recherche de maternité; le mari peut attendre que l'enfant assigne sa femme. Il n'y a pas de délai par conséquent, et dès lors il n'y a pas de délai non plus pour les héritiers, puisque les héritiers peuvent exercer l'action en désaveu tant que le mari est dans le délai. Ici il n'y a pas de délai. Nous supposons que le mari meurt; puis, l'enfant exerce l'action en recherche de maternité; à ce moment-là les héritiers du mari pourront par voie d'exception soulever la question de désaveu. Il y a dans cette hypothèse une action en désaveu qui ressemble tout à fait à une action en contestation de légitimité, qui peut être formée à tout moment par toute personne intéressée.

Effets du désaveu

Lorsque le désaveu est admis par le tribunal, quelles sont les conséquences ? L'enfant se trouve privé de toute filiation vis-à-vis du mari de sa mère. Cet enfant doit être considéré comme un enfant illégitime. Bien plus comme un enfant adultérin, puisqu'il est démontré qu'il a été conçu par une femme mariée d'un autre que le mari de cette femme.

Cependant, il est un cas où l'enfant ne sera pas adultérin. C'est le cas de l'enfant qui naît moins

Source : BIU Cujas

de 180 jours après la célébration du mariage, puisqu'il a été conçu avant le mariage, à une époque où la femme n'était pas encore engagée dans les liens du mariage; cet enfant est simplement illégitime ; c'est un enfant naturel simple.

Différence entre l'action en désaveu et l'action en contestation de légitimité Leur domaine respectif.

Il ne faut pas confondre l'action en désaveu dont nous venons de parler avec l'action en contestation de légitimité. Comme son nom l'indique, l'action en contestation de légitimité a pour but d'établir qu'un enfant est illégitime. Mais dans quels cas y aura-t-il action en désaveu et dans quels cas y aura-t-il action en contestation de légitimité?

Il faut décider que l'action en désaveu n'a de raison d'être qu'à l'égard des enfants auxquels s'applique la présomption "pater is est quem nuptiae demonstrant", c'est-à-dire les enfants conçus pendant le mariage, et, sauf controverse, l'enfant qui a été conçu avant le mariage mais qui est né pendant le mariage. Vis-à-vis des enfants conçus hors mariage, l'action à intenter est une simple action en contestation de légitimité.

Quel intérêt y a-t-il à savoir s'il s'agit d'une action en contestation de légitimité ou d'une action en désaveu? L'action en désaveu ne peut être exercée que par le mari et dans des cas exceptionnels par ses héritiers, tandis que l'action en contestation de légitimité appartient à toute personne intéressée à contester la légitimité de l'enfant, notamment à tous les parents qui veulent écarter l'enfant d'une succession.

Dans quels cas y aura-t-il lieu à action en contestation de légitimité? Dans deux cas certains :

a) On prétend qu'un enfant est né de parents qui n'ont jamais été mariés ou dont le mariage est nul. Si le mariage est nul, si les parents n'ont jamais été mariés, pas besoin d'action en désaveu, c'est l'action en contestation de légitimité.

b) Deuxième cas; c'est le cas de l'enfant qui naît plus de 300 jours après la dissolution du mariage. Celui-là a une légitimité provisoire, mais qui peut tomber sur la demande formée par tout intéressé.

Il y a un cas douteux: c'est le cas de l'enfant qui a été conçu avant le mariage et qui est né après la célébration. Celui-là pour les uns est simplement légitimé , auquel cas cette légitimité peut être contestée par toute personne intéressée; action en contestation de légitimité. Pour d'autres, et c'est l'avis de la Cour de Cassation depuis 1930,il est légitime et par conséquent c'est bien une action en désaveu qui est ouverte contre lui,action en désaveu qui en prin-

Source : BIU Cujas

cipe n'appartient qu'au mari de sa mère.

§ La Légitimation.

La légitimation par mariage subséquent;

La légitimation est une institution qui assimile un enfant naturel à un enfant légitime.

Notre ancien droit connaissait deux modes de légitimation: la légitimation par mariage subséquent, et la légitimation par lettres patentes du roi.

Le Code civil n'a conservé que la légitimation par mariage subséquent du père et de la mère. Il n'admet pas la légitimation par l'autorité administrative, et cela avec raison. La légitimation par l'autorité administrative n'a pas en effet le caractère moralisateur de la légitimation par mariage subséquent des père et mère naturels. Au contraire, la légitimation par l'autorité administrative peut inciter des personnes à vivre en état d'union libre, dans l'espoir que les enfants qui naîtraient de cette union pourraient être légitimés administrativement. Notre législation n'admet donc que la légitimation par mariage subséquent.

Cependant au cours de la guerre, une loi du 7 avril 1917, a admis la légitimation judiciaire des enfants naturels dont les parents avaient été empêchés de contracter mariage par la mobilisation du père suivie du décès de celui-ci. Du moment que le tribunal avait la preuve que le père et la mère avaient eu la ferme intention de se marier, le tribunal pouvait rendre un jugement légitimant l'enfant, bien que le père fût décédé. La législation suisse admet d'une manière générale une légitimation judiciaire de genre. Chez nous, il s'agit d'une loi exceptionnelle, qui ne s'est appliquée qu'au profit des enfants de mobilisés.

La légitimation par mariage subséquent, la seule que connaisse notre droit, a un caractère moralisateur. En permettant la légitimation par mariage subséquent, la loi invite les personnes qui vivent en état d'union libre à contracter mariage, puisque par ce fait même les enfants qu'elles ont eus auparavant acquerront l'état de légitimité.

Nous allons étudier les conditions générales auxquelles est subordonnée la légitimation; en second lieu nous établirons la légitimation des enfants adultérins, soumise à des conditions spéciales.

A - Conditions générales de toute légitimation.

La légitimation est subordonnée à trois conditions :

Source : BIU Cujas

I° - Qu'il y ait mariage des père et mère naturels;

2° - Que l'enfant ait été reconnu par ses père et mère;

3° - Que l'enfant soit vivant, ou au moins qu'il laisse des descendants légitimes.

I - Mariage valable du père et de la mère quid du mariage putatif?

I° - Première condition : la légitimation suppose le mariage subséquent des père et mère de l'enfant naturel. Le mariage in extremis emporte la légitimation. La solution contraire était admise dans l'ancien droit. Aujourd'hui, pas de doute, le mariage in extremis emporte la légitimation comme tout autre mariage.

Mais pour qu'il y ait légitimation, il est nécessaire que le mariage soit valable. Un mariage nul n'emporte pas la légitimation, à moins qu'il ne s'agisse d'un mariage putatif. Mais ici, il y a controverse. Dans l'ancien droit, on n'admettait pas que le mariage putatif pût conférer la légitimation aux enfants nés avant le mariage. Le mariage putatif, disait-on dans l'ancien droit, ne peut conférer la légitimité qu'aux enfants conçus pendant le mariage. Quant aux enfants naturels que les père et mère avaient eus avant le mariage nul, ils ne pouvaient bénéficier de la légitimation, même si le mariage avait le caractère putatif. C'était l'opinion de Pothier, qui était suivie dans la jurisprudence de l'ancien droit. Il s'agit, disait-on, d'enfants issus de relations illicites; ce caractère illicite ne peut être effacé que par un véritable mariage, par un mariage valable.

Après la promulgation du Code civil, l'opinion de Pothier fut adoptée par les premiers commentateurs du Code civil. Ils tiraient notamment argument de l'art. 202, en matière de mariage putatif, texte qui décide que si la bonne foi n'existe que de la part d'un des deux époux, le mariage ne produit les effets civils qu'en faveur de cet époux et des enfants issus du mariage. Donc, disait-on, le mariage putatif ne produit la légitimité qu'en faveur des enfants issus du mariage, et ne produit pas la légitimation en faveur des enfants que les père et mère avaient eus avant de se marier.

Mais la doctrine et la jurisprudence moderne admettent que le mariage putatif peut produire la légitimation des enfants nés avant le mariage, du moment que l'un des époux était de bonne foi. Cour de Cassation, I9 Novembre I923 (Dalloz, I924,I,I37). Cette solution paraît meilleure. Du moment qu'un mariage putatif produit tous les effets d'un mariage valable, il n'y a pas de raison sérieuse pour excep-

Source : BIU Cujas

ter la légitimation. L'argument donné par Pothier a une valeur de sentiment, rien de plus. Quant à l'argument tiré de l'art. 202, on peut y répondre par l'art. 201, qui fait mention des enfants, sans distinction.

2 - Reconnaissance de l'enfant (volontaire ou judiciaire).

Deuxième condition : pour que la légitimation par mariage subséquent se produise, il est nécessaire que l'enfant ait été reconnu par son père et par sa mère, ou que sa filiation ait été établie judiciairement vis-à-vis de l'un et de l'autre.

Système du Code civil: nécessité de l'antériorité de la reconnaissance au mariage - Inconvénients.

Il faut que l'enfant ait été reconnu par son père et sa mère. Mais ici une modification est survenue depuis le Code civil. Le Code civil se montrait extrêmement rigoureux à cet égard. D'après lui, la reconnaissance, pour entraîner la légitimation, devait avoir lieu avant le mariage, ou au plus tard au moment de la célébration. Une reconnaissance postérieure au mariage était inefficace et ne produisait pas la légitimation :

La raison de cette disposition rigoureuse était la crainte de la loi qu'un ménage sans enfant ne se créât une descendance artificielle en reconnaissant un enfant que les deux époux prétendraient avoir eu avant le mariage, enfant qui en réalité aurait été étranger à ces deux époux. La famille aurait été ainsi frustée d'un héritage. Une reconnaissance postérieure au mariage, pour aboutir à la légitimation, aurait été suspecte.

C'était une règle extrêmement rigoureuse, parce que bien des personnes, ignorant la loi, se mariaient sans avoir reconnu les enfants. Ces personnes considéraient que la légitimation devait se produire automatiquement. Le père ou la mère n'avait pas reconnu l'enfant; la légitimation était impossible sous le régime du code civil, il était trop tard, l'enfant restait enfant naturel, alors que d'autres enfants issus du père et de la mère, et conçus dans le mariage, avaient la qualité d'enfants légitimes. C'était trop rigoureux.

La loi de 1915 et la reconnaissance post nuptias - Conditions de la légitimation.

Cette exigence du Code a été supprimée par la loi du 30 décembre 1915, qui a modifié l'art. 331 du Code civil. Cette loi autorise la légitimation alors même que l'enfant n'a été reconnu par ses père et mère ou par l'un d'eux qu'après la célébration du mariage.

Toutefois, la loi fait une distinction suivant que l'enfant a été reconnu avant le mariage ou qu'il n'est reconnu qu'après la célébration. Lorsque l'enfant a été reconnu par son père et par sa mère avant le mariage ou au moment de la célébration, la légitimation a lieu de plein droit, sans aucune formalité. La légitimation s'opère automatiquement.

Source : BIU Cujas

Il n'en est plus de même lorsque l'enfant est reconnu au cours du mariage. Ici la légitimation ne va se produire qu'à certaines conditions, qui sont indiquées par l'art. 331, alinéa 6: "Lorsqu'un des enfants aura été reconnu par ses père et mère ou par l'un d'eux postérieurement à leur mariage, cette reconnaissance n'emportera légitimation qu'en vertu d'un jugement rendu en audience publique, après enquête et débat en chambre du conseil, lequel jugement devra constater que l'enfant a eu, depuis la célébration du mariage, la possession d'état d'enfant commun".

La légitimation résultant d'une reconnaissance postérieure au mariage n'est admise qu'à deux conditions :

Possession d'état d'enfant commun.

a) Il faut que l'enfant qu'il s'agit de légitimer ait eu depuis la célébration du mariage la possession d'état d'enfant commun. La loi dit "enfant commun", elle ne dit pas "enfant légitime". Il s'agit de la possession d'état d'enfant naturel commun au mari et à la femme. C'est toujours l'idée qui hante le législateur; crainte que des époux sansenfant ne se créent une descendance légitime artificielle en reconnaissant un enfant qu'ils prétendraient avoir eu autrefois. La loi essaie d'empêcher cette fraude en exigeant que l'enfant ait eu depuis la célébration du mariage la possession d'état d'enfant naturel commun aux époux.

Jugement

b) Deuxième condition : il faut que la légitimation soit prononcée par le tribunal. Ici un jugement est nécessaire; le tribunal doit vérifier si toutes les conditions de la légitimation existent, et notamment si l'enfant a eu depuis la célébration du mariage la possesion d'état d'enfant naturel commun.

Il importe de bien remarquer qu'il n'est pas nécessaire, pour que la légitimation s'opère, que la reconnaissance soit une reconnaissance volontaire. Supposez que l'enfant ait avant le mariage de ses parents fait établir sa filiation en justice, soit vis-à-vis de son père, soit vis-à-vis de sa mère; cela suffit; du moment que la filiation est établie avant la célébration du mariage, la légitimation s'opère automatiquement.

Qu'arriverait-il si l'enfant faisait reconnaître sa filiation naturelle seulement après la célébration du mariage? Est-ce que la légitimation pourrait se produire? Oui, théoriquement, mais c'est peu probable, parce que l'enfant n'aurait pas la possession d'état d'enfant naturel commun.

3 - Existence au moment de la légitimation de

3° - Dernière condition pour que la légitimation ait lieu: il faut que l'enfant soit vivant (art. 332) ou il faut que l'enfant étant décédé laisse des descen

Source : BIU Cujas

l'enfant légitimé ou en cas de prédécès descendants légitimes de celui-ci.

dants légitimés. Si l'enfant est décédé, on n'admet pas la légitimation par mariage subséquent. A supposer que l'enfant soit mort, elle peut avoir lieu au profit de ses descendants, mais seulement au profit de ses descendants légitimes, pas au profit de ses descendants naturels, puisque les descendants naturels ne font pas partie de la famille de leurs père et mère.

Légitimation des enfants adultérins.

Du principe posé par le C.C. que les enfants adultérins ou incestueux ne peuvent être légitimés.

Le Code de 1804 interdisait la légitimation des enfants incestueux ou adultérins.

Un enfant naturel est incestueux lorsqu'il est issu de deux personnes entre lesquelles existait au moment de la conception un empêchement de mariage fondé sur la parenté ou l'alliance. Par exemple un enfant issu des relations d'un beau-frère et d'une belle-soeur.

Un enfant naturel est adultérin lorsqu'il est né de deux personnes dont une au moins était mariée au moment de la conception.

Les enfants naturels qui ne sont ni adultérins ni incestueux sont des enfants naturels simples.

Le Code n'admettait donc que la légitimation des enfants naturels simples. Il interdisait celle des enfants incestueux et des enfants adultérins.

A - Enfants incestueux. Jurisprudence admettant leur légitimation quand le mariage entre leurs auteurs était possible en vertu d'une dispense.

L'interdiction de la légitimation des enfants incestueux est toujours restée lettre morte en pratique. En effet, la jurisprudence décidait que les enfants incestueux pouvaient être légitimés lorsque leurs parents contractaient mariage après avoir obtenu les dispenses exigées par la loi. C'est ce qu'a décidé notamment la Cour de Cassation dans un arrêt du 27 janvier 1874.

Cette jurisprudence aboutissait pratiquement à supprimer la prohibition de légitimer les enfants incestueux. Sans doute il y avait des enfants incestueux qui ne pouvaient jamais être légitimés. C'étaient ceux qui étaient nés de parents ou alliés en ligne directe ou entre frère et soeur. Mais pour ceux là il y avait une bonne raison pour qu'ils ne pussent être légitimés, c'est que leurs parents ne peuvent jamais obtenir une dispense de mariage. Par conséquent, dans les seuls cas où la légitimation est possible, la jurisprudence était arrivée à admettre que les enfants incestueux pouvaient être légitimés; il suffisait que leurs parents obtinssent la dispense prévue par la loi.

Consécration de cette solution

La loi du 7 novembre 1907, celle qui a admis pour la première fois la légitimation des enfants adultérins

Source : BIU Cujas

par la loi de I907.

a consacré la jurisprudence en effaçant dans l'art. 33I, toute mention des enfants incestueux. Par conséquent aujourd'hui les enfants incestueux peuvent être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, du moment que ceux-ci ont obtenu la dispense exigée par la loi pour se marier. Il n'est donc plus question des enfants incestueux.

B - Enfants adultérins - Le principe de l'interdiction de leur légitimation.

B - Reste la légitimation des enfants adultérins.

Le Code civil avait prohibé d'une manière absolue la légitimation des enfants adultérins, et cela dans le but de protéger la famille légitime.

Le Code civil a fait aux enfants adultérins une situation très rigoureuse, dans le but de protéger le mariage et la famille légitime. Le Code civil interdisait, - il interdit encore en principe - la reconnaissance volontaire ou judiciaire de ces enfants (articles 335 et 342). Donc, le père ou la mère ne peut reconnaître volontairement son enfant adultérin. D'autre part, l'enfant adultérin n'est pas recevable à rechercher sa filiation paternelle ou maternelle, du moment qu'elle aboutirait à la reconnaissance d'une filiation adultérine.

Ce principe est encore posé par la loi aujourd'hui. Comme conséquence, le Code civil, dans l'article 33I, interdisait d'une manière absolue la légitimation des enfants adultérins. D'ailleurs, cette légitimation eût été dans bien des cas impossible, l'article 298 créant un empêchement de mariage entre l'époux coupable d'adultère et son complice. Toutes les fois, par conséquent, que le nom du complice de l'époux adultère figurait dans le jugement de divorce, le mariage était impossible entre cet époux adultère et son complice, et par conséquent la légitimation se trouvait empêchée du même coup.

Mais les choses ont changé depuis, en ce qui concerne la légitimation. A la suite de certaines campagnes, à la suite d'un mouvement d'opinion assurément peu favorable au mariage, ces mesures protectrices que le Code avait prises dans l'intérêt du mariage et de la famille ont reçu une atteinte grave.

Les lois de I907 I9I5 et I924. Tempéraments apportés au principe de la prohibition

Tout d'abord l'art. 298 interdisant le mariage de l'époux adultère et de son complice a été abrogé en I904, et dès lors, la brèche étant faite, il a paru tout naturel d'admettre la possibilité de légitimer les enfants adultérins. Certains voulaient admettre cette légitimation sans aucune restriction. Mais le parlement ne s'est décidé à consacrer le principe de la légitimation de ces enfants qu'avec certaines restrictions. La réforme date de la loi du 7 Novembre I907, loi qui a donné lieu à de très graves difficultés

Source : BIU Cujas

d'interprétation. Cette loi de 1907 a été abrogée et remplacée par une loi du 30 décembre 1915, qui a complété les dispositions de la loi de 1907. Notamment la loi de 1915 a ajouté un troisième cas aux deux cas prévus par la loi de 1907 dans lesquels la légitimation des enfants adultérins était possible.

Les dispositions de la loi de 1907 ont été introduites dans le Code dans l'article 331. Le texte de l'art. 331 a été remanié par une loi du 25 Avril 1924, mais sans changement au fond.

Critique de cette réforme.

On admet donc aujourd'hui dans une certaine mesure la légitimation des enfants adultérins. Que faut-il en penser? La légitimation des enfants adultérins on l'a critiquée très vivement et avec raison. Elle est pleine de périls a-t-on dit, pour l'institution du mariage et de la famille légitime. Evidemment, ceuxqui ont proposé cette légitimation et qui l'ont votée ont agi sous l'influence d'une certaine sentimentalité. On a fait remarquer que l'enfant adultérin n'est pas responsable de son origine. C'est entendu; là n'est pas l'argument. Il s'agit de savoir si l'on veut protéger la famille légitime ou non; toute la question est là. Il ne s'agit pas de savoir si l'enfant adultérin est intéressant ou ne l'est pas; il n'est pas responsable de son origine; mais veut-on ou non protéger la famille légitime? C'est l'unique question qu'on a à se poser.

Il est certain que la légitimation des enfants adultérins est dangereuse pour l'institution du mariage. Elle est immorale; elle consacre une sorte de bigamie légale; elle est un encouragement à l'adultère. Sans compter qu'elle peut porter un préjudice pécuniaire injustifié à l'époux victime de l'adultère. Voici notamment un ménage sans enfant; le mari a des relations adultères qui donnent naissance à un enfant; la femme obtient le divorce à son profit. Le mari avait fait à sa femme une libéralité dans son contrat de mariage. Si le mari, après le divorce, contracte mariage avec la mère de l'enfant adultérin, il légitime ce dernier. Cet enfant devenant l'héritier réservataire de son père pourra à la mort de celui-ci faire réduire la libéralité faite à la première femme dans le contrat de mariage.

La légitimation des enfants adultérins est donc critiquable dans une large mesure.

Cas où la légitimation de l'enfant adultérin est possible.

Etudions les cas dans lesquels cette légitimation est possible.

La légitimation des enfants adultérins est permise dans trois cas, qui sont indiqués dans l'art. 331.

Source : BIU Cujas

A - Enfant adultérin de la mère désavoué par le mari.

A - Peuvent être légitimés par mariage subséquent les enfants nés du commerce adultérin de la mère lorsqu'ils sont désavoués par le mari ou ses héritiers.

Il faut supposer que le premier mariage a été rompu par la mort du mari ou par le divorce, puis que la femme adultère, mère d'un enfant adultérin, épouse son complice. La légitimation est possible en pareil cas, à la condition que l'enfant ait été désavoué par le mari ou par les héritiers de celui-ci dans les cas où c'est possible.

La condition préalable, c'est le désaveu. Du moment que l'enfant a été désavoué, cette femme peut légitimer l'enfant. Au contraire, lorsque l'enfant n'a pas été désavoué, la légitimation est impossible. En effet, cet enfant a légalement pour père le premier mari de sa mère. Si l'on avait admis qu'il put être légitimé par le second mariage de sa mère, cet enfant aurait eu deux pères légitimes.

B- Enfant adultérin du mari ou de la femme, conçu pendant la période suspecte suivant l'ordonnance de résidence séparée.

B - En second lieu, peuvent être légitimés "les enfants nés du commerce adultérin du père ou de la mère lorsqu'ils sont réputés conçus à une époque où le père ou la mère avait un domicile distinct en vertu de l'ordonnance rendue conformément à l'art. 878 C. Pr.C. et antérieurement à un désistement de l'instance, au rejet de la demande ou à une réconciliation judiciairement constatée; toutefois, la reconnaissance et la légitimation pourront être annulées si l'enfant a la possession d'état d'enfant légitime".

Il s'agit des enfants qui sont conçus pendant la période suspecte, qui court du jour où les époux qui plaident en divorce ou en séparation de corps sont autorisés à avoir un domicile séparé. C'est un cas dans lequel la loi facilite le désaveu. L'art. 313 décide que l'enfant qui naît dans ces conditions d'une femme mariée peut être désavouée par le mari par simple dénégation, du moment qu'il a été conçu pendant la période suspecte, c'est-à-dire qu'il est né plus de 300 jours après l'ordonnance précitée.

Peuvent être légitimés d'après ce texte les enfants réputés conçus depuis que le mari et la femme plaidant en divorce ou en séparation de corps ont un domicile distinct, c'est-à-dire les enfants nés plus de 180 jours depuis que les époux ont un domicile distinct et moins de 300 jours depuis que le domicile distinct a cessé légalement d'exister, c'est-à-dire depuis le désistement de l'instance, le rejet de la demande ou la réconciliation.

Est-ce que tous ces enfants réputés conçus pendant cette période vont pouvoir être légitimés? Il faut, semble-t-il, distinguer suivant que l'enfant est

Source : BIU Cujas

né de l'adultère d'un homme marié ou d'une femme mariée.

1) enfant adultérin du mari né plus de I80 jours depuis l'ordonnance.

Pas de difficulté lorsque l'enfant est né de l'adultère d'un homme marié plaidant en divorce ou en séparation de corps. Si l'enfant réunit les conditions que nous avons indiquées, il peut être légitimé. Il suffit qu'il soit né plus de I80 jours après l'ordonnance; il est réputé conçu pendant la période suspecte il pourra être légitimé par son père lors d'un second mariage de celui-ci avec la mère de cet enfant.

Mais supposons que cet enfant soit né de l'adultère d'une femme mariée, en instance de divorce, ou de séparation de corps. Ici la possibilité de légitimer l'enfant va se heurter à la présomption "pater is est" qui pèse sur le mari. Il faut éviter ce qu'on appelle une confusion de part?

Pour simplifier, nous allons supposer que les époux plaidaient en divorce et que le divorce a été prononcé. La femme se remarie avec son complice. L'enfant est né par hypothèse plus de I80 jours après l'ordonnance. C'est à cette condition là seulement qu'il est réputé conçu pendant la période suspecte. Mais ici il faut faire, semble-t-il, une distinction: l'enfant ne pourra pas toujours être légitimé par le mariage subséquent de sa mère avec son complice. Deux cas peuvent se présenter :

2) enfant né moins de 300 jours de l'ordonnance; impossibilité de le légitimer à moins qu'il ne soit désavoué par le mari dans les conditions ordinaires.

I° - L enfant est né plus de I80 jours après l'ordonnance, mais moins de 300 jours après celle-ci. Cet enfant étant né moins de 300 jours après l'ordonnance est réputé, en vertu de l'art. 3I2, être né du mari, et puisqu'il est réputé vis-à-vis du mari avoir été conçu avant l'ordonnance; il ne peut le désavouer que dans les conditions ordinaires, en démontrant l'impossibilité physique de cohabitation ou le recel de la naissance. C'est le cas où la présomption "pater is est" s'applique le plus solidement. Il semble qu'en pareil cas la légitimation par mariage subséquent de cet enfant adultérin est impossible; du moment que le mari n'a pas pu désavouer, l'enfant est bien considéré comme l'enfant du premier mari; le second mariage ne peut pas le légitimer, bien qu'on puisse le réputer conçu depuis l'ordonnance, puisqu'il est né plus de I80 jours après.

La cour de Lyon a cependant admis l'opinion contraire dans un arrêt récent et décidé que l'enfant peut être légitimé par le second mariage de sa mère (Lyon, 24 Juin I937; Sirey I938,II,36). Mais cette solution est contraire à l art. 3I3. Du moment que la présomption "pater is est" s'applique à cet enfant et que l enfant n'est pas désavoué, il paraît im-

Source : BIU Cujas

possible qu'il puisse être légitimé par le mariage subséquent de sa mère.

b) enfant né plus de 300 jours après l'ordonnance; suppression de la présomption de paternité du premier mari si la mère se remarie

2° - L'enfant est né plus de 300 jours après l'ordonnance. Nous sommes ici dans le cas de l'art. 313 alinéa 2, qui décide que la présomption de paternité ne s'applique pas à l'enfant même en l'absence de désaveu, s'il a été légitimé par un nouveau mariage de sa mère, conformément aux dispositions de l'art. 331. En pareil cas, la présomption "pater is est" s'applique, mais le désaveu est possible, désaveu péremptoire par simple dénégation, du moment que l'enfant est né plus de 300 jours après l'ordonnance; la présomption "pater is est" continue à s'appliquer, mais une simple dénégation du mari peut faire tomber cette présomption. Dès lors, si le mari désavoue la légitimation est possible. Mais même si le mari ne désavoue pas, l'art. 313 décide que la présomption "pater is est" ne joue plus, du moment que l'enfant a été légitimé par un nouveau mariage de sa mère.

Ici c'est la légitimation qui l'emporte. La présomption "pater is est" subsistera si la mère ne se remarie pas, sauf désaveu par simple dénégation du mari. Mais si la mère se remarie avec son amant, la présomption "pater is est" disparaît, c'est la légitimation qui l'emporte.

Annulabilité de la légitimation si l'enfant a la possession d'état d'enfant légitime du premier mari.

Toutefois, même en cas de légitimation, nous dit l'art. 331, par le second mariage de la mère, cette légitimation pourra être annulée si l'enfant avait la possession d'état d'enfant légitime du premier mariage. En ce cas, c'est la possession d'état d'enfant légitime qui l'emportera sur la légitimation.

C- Enfant adultérin du mari à condition qu'il n'y ait ni enfant, ni descendants légitimes du mariage au cours duquel est né l'enfant adultérin.

C - Troisième cas de légitimation des enfants adultérins: article 331, 3°: Peuvent être légitimés "les enfants nés du commerce adultérin du mari, dans tous les autres cas" (c'est-à-dire en dehors du cas où le mari plaide en divorce ou en séparation de corps) "s'il n'existe pas d'enfants ou de descendants légitimes issus du mariage au cours duquel l'enfant adultérin a été conçu".

Il faut supposer que l'enfant adultérin est né du mari. L'enfant adultérin du mari peut être légitimé, mais à une condition: c'est qu'il n'y ait pas d'enfants ou de descendants légitimes du premier mariage. Les enfants adultérins du mari sont moins bien traités que ceux de la femme. En effet, d'après le premier cas, les enfants adultérins d'une femme, lorsqu'ils sont désavoués par le mari ou par ses héritiers, peuvent toujours être légitimés, alors même que cette femme aurait des enfants issus de son précédent mariage, tandis que s'il s'agit d'enfants adultérins du

Source : BIU Cujas

mari ils ne peuvent être légitimés par un second mariage de leur père que si celui-ci n'a pas d'enfants ou de descendants légitimes du précédent mariage.

Pourquoi les enfants adultérins du mari sont-ils traités moins favorablement que ceux de la femme? Cela est dû à un scrupule du législateur. Si l'on avait admis sans condition la légitimation des enfants adultérins du mari, il serait arrivé en effet qu'un homme aurait pu avoir des enfants légitimes du même âge de mères différentes. Il aurait pu avoir un enfant légitime de son mariage, puis à peu près à la même date un enfant adultérin qui aurait été ensuite légitimé après la dissolution du premier mariage. Il aurait eu ainsi deux enfants légitimes du même âge. On aurait ainsi consacré purement et simplement la polygamie. Le législateur a reculé devant cette solution.

En tout cas, ce qui empêche la légitimation lorsqu'il s'agit d'enfants adultérins "a patre", c'est l'existence d'enfants légitimes du précédent mariage ou de descendants légitimes de ces enfants, petits-enfants légitimes. Supposons donc qu'un individu ayant un enfant adultérin se marie, contracte un second mariage avec la mère de cet enfant. S'il a un enfant du précédent mariage, la légitimation est impossible. Mais dans le cas où l'enfant légitime du précédent mariage viendrait à décéder, la légitimation deviendrait possible; il pourrait y avoir légitimation par reconnaissance postérieure au mariage. Il faut supposer en outre que l'enfant légitime meur sans laisser de descendants légitimes.

Enfants adultérins ne pouvant pas être légitimés.

Voyons maintenant quels sont les cas dans lesquels les enfants adultérins ne peuvent être légitimés.

1° Ne peuvent être légitimés les enfants nés de l'adultère de la femme lorsqu'ils ont été conçus à un moment où l'obligation de cohabiter existait et lorsqu'ils n'ont pas été désavoués. Ils appartiennent au premier mari qui ne les a pas désavoués.

2° Ne peuvent être légitimés les enfants nés de l'adultère du mari lorsqu'ils ont été conçus à un moment où l'obligation de cohabiter existait, c'est-à-dire en dehors d'une procédure de divorce ou de séparation de corps, et lorsqu'il existe des enfants ou descendants légitimes du mariage au cours duquel ces enfants adultérins ont été conçus.

De la reconnaissance de l'enfant adultérin en vue de

Dans quelles conditions peut avoir lieu la légitimation des enfants adultérins? Il y a ici une difficulté résultant de ce que la loi maintient l'interdiction de reconnaître les enfants adultérins; elle maintient également l'interdiction de rechercher une

Source : BIU Cujas

sa légitimation.

filiation adultérine. L'art. 335 décide, en effet, que la reconnaissance ne peut avoir lieu au profit des enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin; mais on a ajouté: réserve faite des dispositions de l'art. 331.

Comment peut intervenir la légitimation d'un enfant adultérin? Elle peut avoir lieu soit de plein droit par reconnaissance au moment du mariage; soit en cas de reconnaissance postérieure au mariage, en vertu d'un jugement rendu dans les conditions prescrites pour la légitimation des enfants naturels simples lorsqu'elle intervient après le mariage.

Nous retrouvons ici les deux formes possibles de la légitimation qui sont admises pour tous les enfants naturels; légitimation par reconnaissance faite au moment de la célébration, et légitimation par reconnaissance postérieure au mariage.

a) soit au moment du mariage.

En tout cas, la reconnaissance ne peut avoir lieu et ne peut produire d'effet que dans le but de réaliser la légitimation. Il faut tenir compte de la loi qui interdit de reconnaître un enfant adultérin; cette loi a admis une exception à son principe, mais cette exception doit être cantonnée dans les plus strictes limites. La reconnaissance ne peut avoir lieu qu'en vue de la légitimation. Ainsi s'explique que l'art. 331 exige que la reconnaissance ait lieu au moment même de la célébration du mariage. C'est seulement au moment de la célébration du mariage que peut intervenir la reconnaissance de l'enfant adultérin. Une reconnaissance antérieure au mariage serait dépourvue d'efficacité, car la reconnaissance des enfants adultérins n'est pas possible. (Trib. Seine 24 Mai 1933, Dalloz 1933,II,57). C'est au jour de la célébration que la reconnaissance doit avoir lieu. Si le mariage n'était pas célébré, la reconnaissance serait sans valeur.

b) soit par une reconnaissance post nuptias suivie d'un jugement.

Quant à la reconnaissance postérieure au mariage, elle ne produit d'effet que si elle est suivie d'un jugement prononçant la légitimation dans les conditions prescrites par la loi. Si le tribunal refuse la légitimation, la reconnaissance est dépourvue de tout effet. La loi a conservé le principe qu'il est interdit de reconnaître un enfant adultérin.

La légitimation d'un enfant adultérin peut s'opérer en vertu d'un mariage nul mais réunissant les conditions du mariage putatif. La question a été discutée. Du moment que le mariage putatif produit les effets d'un mariage valable, il doit produire la légitimation, si l'on est tout au moins dans un des cas prévus par l'art. 331 (Cas. 19 nov. 1923; Dalloz, 1924,I.136).

Source : BIU Cujas

Les effets de la légitimation.

C'est là une question générale qui s'applique à la légitimation de tous les enfants naturels simples, incestueux ou adultérins.

Assimilation de l'enfant légitimé à un enfant légitime, mais seulement depuis le jour du mariage.

Article 333 : "Les enfants légitimés par le mariage subséquent ont les mêmes droits que s'ils étaient nés de ce mariage".

Les enfants légitimés sont donc assimilés aux enfants légitimes. Toutefois, à la différence de la légitimité d'origine, la légitimation opère sans rétroactivité. Alors que l'enfant légitime est réputé tel dès le jour de sa conception, l'enfant légitimé n'a cette qualité que du jour du mariage, au moins si la reconnaissance est antérieure au mariage; nous verrons qu'il y a une difficulté pour le cas de reconnaissance postérieure au mariage.

En principe l'enfant légitimé n'a cette qualité qu'à dater du mariage. Jusque là il était enfant naturel. Ceci est important au point de vue des successions collatérales qui se seraient ouvertes avant le mariage, à une époque où l'enfant était encore naturel et n'avait aucun lien avec ses père et mère. Il ne pourrait prétendre aux successions collatérales qui se sont ouvertes avant le mariage. De même au point de vue de la jouissance légale des père et mère, il peut y avoir intérêt à admettre que la légitimation n'existe qu'à dater du mariage.

Du moment auquel est légitimé l'enfant qui bénéficie d'une légitimation post nuptias.

Une difficulté concerne la légitimation postérieure au mariage. A quelle date se produit la légitimation en pareil cas? Il y a trois systèmes en présence :

1° - La légitimation ne produit ses effets qu'à dater du jugement; l'enfant n'est légitime qu'à dater du jugement qui a prononcé la légitimation. Mais on peut adresser une critique à cette opinion en disant que le jugement est simplement déclaratif et non créateur de droit; il ne crée pas la légitimité, il ne fait que constater l'Etat.

2° - La légitimation, disent certains auteurs, produit ses effets au jour de la reconnaissance par celui des parents qui a reconnu l'enfant le dernier. Seulement, on peut dire ici encore que la reconnaissance est déclarative, elle n'est pas créatrice de droit.

3° système, qui est peut-être le meilleur : la légitimation produit ses effets, bien que déclarée

Source : BIU Cujas

postérieurement par jugement, du jour du mariage, de même que la légitimation lorsque l'enfant a été reconnu par le père et la mère avant le mariage. Le mariage est en effet l'acte d'où résulte la légitimation. On peut donc soutenir que, même si cette légitimation n'est prononcée que par un jugement postérieur à la légitimation, elle remonte au mariage. La question est discutée.

Contestations de la légitimation par toute personne intéressée.

La légitimation peut être attaquée par toute personne intéressée, y compris l'enfant légitimé lui-même. C'est une action en contestation de légitimité. Mais pour contester une légitimité, il faut, ou bien contester la validité du mariage qui aurait produit la légitimation, ou bien contester la validité de la reconnaissance. Par exemple il arrive qu'un individu reconnaisse un enfant dont il n'est pas le père; nous verrons que cette reconnaissance peut être contestée par l'enfant lui-même.

Des actes de l'état civil en cas de légitimation.

Signalons en terminant des dispositions qui sont relatives à l'acte de l'état civil ayant pour objet de constater la légitimation.

L'article 331, alinéa 1er, décide que lorsque la légitimation a lieu au jour du mariage dans l'acte de célébration, l officier de l'état civil qui procède au mariage doit constater la reconnaissance et la légitimation dans un acte séparé. La loi, pour ne pas faire constater la légitimation dans l'acte de mariage lui-même exige que la reconnaissance ait lieu dans un acte séparé; l'acte de mariage ne fera pas mention de cette reconnaissance.

Le même article 331 décide que toute légitimation sera mentionnée en marge de l'acte de naissance de l'enfant légitimé. Cette mention sera faite à la diligence de l'officier de l'état civil qui aura procédé au mariage, s'il a connaissance de l'existence des enfants, sinon à la diligence de l'intéressé.

Source : BIU Cujas

Chapitre III.

DES EVENEMENTS QUI METTENT FIN A L'ETAT DE MARIAGE OU QUI EN MODIFIENT LES EFFETS.

Les évènements qui mettent fin à l'état de mariage sont: la mort de l'un des époux, et le divorce.

D'autres évènements, sans faire cesser l'état de mariage, en modifient les effets; ce sont la séparation de corps et l'absence de l'un des époux.

I - Dissolution du mariage par la mort de l'un des époux.

Dissolution du mariage par la mort de l'un des époux. Disparition de toutes les obligations réciproques du mariage.

Le premier évènement qui entraîne la dissolution du mariage, c'est la mort de l'un des époux.

La mort de l'un des époux met fin à l'état de mariage. Elle met fin à toutes les conséquences que produisait ce mariage vis-à-vis de l'époux survivant. En particulier l'époux survivant peut contracter un nouveau mariage, à la condition, s'il s'agit de la femme, d'observer le délai de viduité.

Si l'époux décédé est le mari, la femme conquiert sa pleine et entière indépendance. C'était fort important, au temps où la femme était soumise à l'autorité maritale et où elle était frappée d'incapacité. Aujourd'hui encore la mort du mari entraîne pour la femme sa pleine indépendance, puis que dans une certaine mesure elle ne l'a pas tout entière, et que d'autre part, dans une certaine mesure, elle conserve une incapacité. Tout cela disparaît au jour de la mort du mari.

De même disparaissent toutes les obligations réciproques qui existaient entre époux; cependant il en est une qui va subsister dans une certaine mesure, et c'est le seul point que nous examinerons, c'est le devoir de secours.

Survivance en une certaine mesure du de-

Le devoir de secours va subsister dans une certaine mesure au profit de l'époux survivant et à la charge de la succession de l'époux décédé. Mais ceci

Source : BIU Cujas

voir de secours appelle quelques explications préalables sur la situation pécuniaire qui est faite par la loi à l'époux survivant.

La situation pécuniaire du conjoint survivant dans le C.C. de 1804.

La mort de l'un des époux, surtout lorsqu'il s'agit du mari pourvoyant aux besoins du ménage, peut être une catastrophe financière pour la femme, qui d'un état aisé peut passer brusquement à l'état de gêne. Evidemment l'époux survivant peut bénéficier de certaines institutions qui précisément ont pour but de parer à cette catastrophe financière: par exemple les pensions de retraite allouées aux veuves de fonctionnaires, les indemnités allouées à la veuve d'un accidenté du travail. Ou bien encore les époux avaient pu user de ces moyens de prévoyance qui entrent de plus en plus dans les moeurs: se constituer une pension de retraite réversible au profit du survivant ou constituer une assurance sur la vie au profit du survivant. Tout cela est possible, mais en dehors de la loi, et en tout cas, n'est pas d'une application générale. Le Code civil n'avait rien fait pour le conjoint survivant.

Le Code civil se contentait de lui attribuer en toute propriété la succession de l'époux prédécédé lorsque celui-ci ne laissait aucun parent au degré successible, c'est-à-dire un parent au douzième degré. L'époux survivant, par conséquent, pouvait se voir primé par un cousin au douzième degré qui recueillait la succession intégralement et ne devait rien à l'époux survivant.

Il est vrai que dans les contrats de mariage les époux se faisaient en général des libéralités au profit du survivant. Seulement tous les futurs époux ne font pas un contrat de mariage; c'était là encore une situation exceptionnelle.

Réforme de la loi de 1891; le droit d'usufruit du conjoint survivant; absence de réserve au profit du conjoint survivant.

Les critiques auxquelles cette situation avait donné lieu ont amené l'intervention du législateur. Une loi du 9 Mars 1891 est venue améliorer la situation du conjoint survivant, mari ou femme. Le législateur de 1891 n'a pas osé toutefois porter atteinte au principe traditionnel de notre droit successoral d'après lequel les parents sont seuls héritiers des biens. Actuellement encore, à moins que l'époux prédécédé n'en ait disposé autrement par testament et ne lui ait laissé tous ses biens, l'époux survivant ne recueille la succession du prédécédé qu'à défaut d'héritiers au degré successible. Il est vrai qu'aujourd'hui le degré successible a été ramené au sixième degré. Aujourd'hui encore le conjoint survivant ne recueille la totalité de la succession de son prédécédé que s'il n'existe pas de parent au sixième degré, à moins

bien entendu que l'époux prédécédé n'ait fait son testament en faveur de son conjoint.

Seulement la loi de 1891 a conféré au conjoint survivant un droit d'usufruit sur la succession du prédécédé, droit d'usufruit qui est prévu par l'art. 767, dont le taux varie suivant la qualité des héritiers du défunt avec lesquels le conjoint survivant se trouve en concours. Par exemple, s'il existe des enfants du mariage, le droit d'usufruit du conjoint survivant est du quart; s'il existe des enfants naturels ou des ascendants ou des frères et soeurs, le droit d'usufruit du conjoint survivant est de moitié; s'il existe d'autres collatéraux, le droit d'usufruit porte sur la totalité de la succession, mais ce n'est qu'un droit d'usufruit.

Telle est la situation légale qui est faite par la loi au conjoint survivant. Seulement il peut arriver que le conjoint survivant ne puisse bénéficier de ce droit d'usufruit. Cela peut arriver pour différentes raisons, et notamment lorsque l'époux prédécédé dans son testament a privé son conjoint de son droit d'usufruit. Le conjoint n'est pas héritier réservataire; le conjoint décédé a pu priver son conjoint de tout droit d'usufruit. Ou bien encore il peut arriver que le prédécédé ait fait des libéralités, qu'il ait absorbé tout son disponible, qu'il ne reste rien pour le droit d'usufruit du conjoint survivant.

C'est en prévision de cette éventualité que la loi de 1891 a inséré dans l'article 205 une disposition d'après laquelle l'époux survivant, s'il se trouve dans le besoin, peut réclamer des aliments à la succession de l'époux prédécédé. "La succession de l'époux prédécédé doit des aliments à l'époux survivant. Le délai pour les réclamer est d'un an à partir du décès et se prolonge, en cas de partage, jusqu'à son achèvement."

Par conséquent, le conjoint survivant, s'il est dans le besoin et s'il ne peut bénéficier du droit d'usufruit, s'il ne peut bénéficier d'aucun droit résultant du contrat de mariage, peut demander des aliments à la succession de l'époux prédécédé. C'est une disposition intéressante parce qu'elle fait survivre en quelque sorte le devoir de secours qui incombait à l'époux prédécédé vis-à-vis de son conjoint. Le devoir de secours, en un mot, continue à produire ses effets au-delà du décès du prémourant et il se présente sous la forme pure et simple d'une dette alimentaire.

Nature du droit à aliments de l'époux contre la succession

Nous avons vu que ce devoir de secours se présente de deux manières: sous la forme de contribution des époux aux charges du ménage, et sous la forme d'une obligation alimentaire qui incombe à l'époux au

Source : BIU Cujas

du survivant

profit de l'époux dans le besoin. C'est cette seconde forme du devoir de secours qui survit au profit de l'époux survivant se trouvant dans le besoin.

Il s'agit ici d'une dette alimentaire. Cela est important à constater parce qu'une dette alimentaire est d'ordre public, par conséquent l'époux survivant ne peut être privé de son droit aux aliments par une disposition insérée dans le testament du prédécédé. Une semblable disposition serait nulle.

Rien de plus, s'agissant d'une dette de la succession, l'époux survivant sera payé de préférence aux légataires du défunt. En cas d'insolvabilité de la succession, on donnera la préférence à l'époux plutôt qu'aux personnes à qui le défunt a fait des legs dans son testament.

Conditions auxquelles est due la pension alimentaire au profit du survivant.

A quelles conditions l'époux survivant obtiendra-t-il une pension alimentaire de la succession du prédécédé? Il faut qu'il soit dans le besoin. C'est une condition essentielle en matière de dette alimentaire; on ne peut réclamer une pension alimentaire que quand on est dans le besoin et hors d'état de se procurer la subsistance. Mais en outre, d'après l'opinion générale, il faut que ce besoin existe au moment de la dissolution du mariage. C'est au moment de la dissolution du mariage qu'il faut considérer la situation pécuniaire de l'époux survivant. Si à ce moment l'époux a de quoi se procurer sa subsistance, il ne peut réclamer aucune pension alimentaire à la succession de l'époux prédécédé.

Aux termes de l'art. 205, la demande de l'époux doit être formée dans un délai bref, un an après le décès. Le délai peut être prolongé en cas de partage jusqu'à son achèvement.

Lorsque l'époux est dans le besoin au moment de la dissolution du mariage, il peut réclamer des aliments à la succession du prédécédé. La loi dit: "à la succession"; c'est à dessein que les rédacteurs de la loi de 1891 ont employé cette expression. Cela veut dire que les héritiers de l'époux prédécédé ne sont tenus de payer une pension alimentaire à l'époux survivant que jusqu'à concurrence des forces de la succession, c'est-à-dire des biens qu'ils recueillent dans la succession. Si la succession est insolvable, l'époux n'aura droit à rien et il ne pourra demander aux héritiers de lui payer une pension sur leur propre patrimoine. Si par exemple la succession est recueillie par des cousins, ils ne sont tenus à aucune obligation alimentaire personnelle vis-à-vis de l'époux survivant; si la succession est insolvable, l'époux survivant ne pourra rien demander. Il en serait autrement si les héritiers étaient des enfants tenus à pension alimen-

Source : BIU Cujas

taire vis-à-vis de leur ascendant.

La dette d'aliments qui incombe à la succession peut être supprimée ou diminuée. Il faut supposer que l'époux survivant ait obtenu la pension alimentaire. Cette pension peut être diminuée ou supprimée si l'époux survivant cesse à un certain moment d'être dans le besoin, ou si son état de gêne diminue.

Par contre la pension alimentaire due par la succession à l'époux survivant ne peut jamais être augmentée, parce que, d'après l'opinion générale, la question de savoir si et dans quelle mesure l'époux est dans le besoin doit s'apprécier au jour du décès. Par conséquent on fixe la pension alimentaire d'après la situation de l'époux au jour du décès. Les modifications qui peuvent survenir par la suite, augmenter la gêne de l'époux survivant, ne peuvent pas être prises en considération. Une seule chose est possible: la diminution de la pension ou sa suppression; son augmentation est impossible.

II - Le divorce.

Le divorce est une cause de dissolution du mariage du vivant des époux.

L'indissolubilité du mariage, tempérée par le divorce. La conception française du divorce-sanction

Ce qui caractérise le divorce dans notre législation, c'est d'une part qu'il doit être prononcé par l'autorité judiciaire et transcrit sur les registres de l'état civil, d'autre part que la justice ne peut prononcer le divorce que pour des causes limitativement énumérés par la loi. En d'autres termes, le principe sous lequel nous vivons est celui de l'indissolubilité du mariage, indissolubilité qui est simplement tempérée par l'admission de certaines causes que l'un des époux est autorisé à invoquer pour faire prononcer le divorce.

Ces causes, dans notre droit, ont toutes pour origine une faute commise par l'un des époux, infractions aux devoirs que lui impose l'état de mariage vis-à-vis de son conjoint. Nous vivons sous le système du divorce-sanction, qui s'oppose à un autre système, celui du divorce-remède, pour incompatibilité de la vie conjugale.

Le principe, c'est donc l'indissolubilité du mariage, principe qui a été propagé par le Christianisme dans les pays où il s'est répandu.

Le divorce dans la société ro-

Le principe de l'indissolubilité du mariage était complètement ignoré des législations anciennes,

Source : BIU Cujas

maine.

législation juive, législation romaine, législation germanique. Dans la législation romaine notamment, le mariage peut être dissous, si nous le considérons à l'époque classique, non seulement par le consentement mutuel des époux, mais encore par la volonté unilatérale de l'un d'eux; c'est le droit de répudiation qui était accordé à Rome à la femme comme au mari. Dans la société romaine, le mariage ne se distinguait guère de l'union libre, parce qu'il pouvait à tout instant être dissous par une déclaration de volonté signifiée par l'un des conjoints, et l'histoire nous révèle que les Romains et les Romaines ne se faisaient pas faute d'user du divorce.

Le principe chrétien de l'indissolubilité du mariage. La prohibition du divorce dans l'ancien droit et l'admission de la séparation de corps.

Le Christianisme a réagi contre cette conception du mariage et lui a substitué la conception du mariage indissoluble. "Quiconque a renvoyé sa femme et en a épousé une autre commet un adultère", est-il dit dans l'Evangile.

D'ailleurs le principe de l'indissolubilité du mariage ne s'est pas établi tout de suite dans les législations. La législation de Justinien, empereur chrétien, admet encore le divorce. C'est à la longue seulement que l'indissolubilité du mariage a fini par s'imposer. Les conciles ont proclamé à différentes reprises cette indissolubilité et ce principe a fini par s'imposer avec la législation canonique. Dans l'ancienne France notamment le mariage était indissoluble.

La prohibition du divorce dans l'ancien droit était d'ailleurs tempérée par deux institutions qu'admettait le droit canonique: d'une part l'existence de certaines causes de nullité du mariage (la nullité du mariage n'équivaut pas au divorce, parce que le mariage est considéré comme n'ayant jamais existé, il est nul); la nullité pouvait être prononcée non seulement pour des causes antérieures à la célébration mais même pour certains faits postérieurs à la célébration, notamment la non consommation du mariage. D'autre part, l'existence de la séparation de corps, qui relâche les liens du mariage sans opérer une dissolution et qui notamment ne permet pas aux époux séparés de se remarier.

La loi du 20 Sept. 1792: suppression de la séparation de corps et la large admission du divorce.

La Révolution, réagissant contre les tendances de l'ancien droit et la conception religieuse du mariage traita le mariage comme un simple contrat civil que l'on peut dissoudre à volonté. La loi du 20 Septembre 1792 admet très largement le divorce, non seulement en cas de violation de ses devoirs par l'un des époux vis-à-vis de l'autre, mais même dans le cas de folie de l'un des époux, dans le cas d'absence prolongée pendant cinq ans, dans le cas d'émigration. La même loi de 1792 admet le divorce par consentement

Source : BIU Cujas

mutuel, et même le divorce pour incompatibilité d'humeur, ce qui équivalait à consacrer le divorce par la volonté unilatérale d'un des époux.

La séparation de corps était supprimée, ainsi que toute cause de nullité pour fait postérieur à la célébration.

En l'An II, la Convention facilita encore le divorce, mais les abus furent tels que l'on revint à la législation de 1792 qui était déjà très libérale.

Solution transactionnelle du C.C.: coexistence du divorce et de la séparation de corps.

Le Code civil, en cette matière comme en beaucoup d'autres, a fait œuvre de transaction. Il maintient le divorce, mais il ne l'autorise que dans trois cas, les trois cas qui existent encore aujourd'hui et qui supposent une faute commise par l'un des époux, divorce-sanction.

D'autre part, le Code de 1804 admet le divorce par consentement mutuel, mais dans un esprit tout à fait différent de celui de la loi de 1792. Dans l'esprit des rédacteurs du Code, le divorce par consentement mutuel était un moyen offert par la loi aux époux entre lesquels existait bien une cause de divorce, moyen d'éviter la révélation au public de cette cause.

La procédure du divorce par consentement mutuel était d'ailleurs si compliquée et les conséquences pécuniaires de ce divorce étaient si graves que cette procédure reste à peu près complètement inusitée.

A côté du divorce, les rédacteurs du Code civil avaient admis la séparation de corps, qu'avait supprimée la Révolution.

Suppression du divorce en 1816

Le divorce fut supprimé sous la Restauration par la loi du 8 Mai 1816, conséquence de cette disposition de la Charte de 1814 qui déclarait que la religion catholique était la religion d'Etat.

Des propositions furent formulées après la Révolution de 1830 pour rétablir le divorce, mais restèrent sans résultat.

Le rétablissement du divorce en 1884. Loi de 1886 sur la procédure du divorce.

Le divorce a été rétabli en France par la loi du 27 juillet 1884, qui fut votée non sans opposition, à la suite d'une longue campagne dont un des principaux promoteurs fut M. Alfred Naquet

La loi de 1884 a consacré de nouveau les trois causes de divorce admises par le Code de 1804. Par contre, la loi de 1884, n'a pas rétabli le divorce par consentement mutuel tel que le concevait le Code.

De même que le Code de 1804, la loi de 1884 laisse subsister la séparation de corps à côté du divorce.

La loi de 1884 avait remis en vigueur les textes du Code civil abrogés en 1816, mais elle avait laissé subsister la procédure de divorce telle que l'organi-

Source : BIU Cujas

sait le Code civil, procédure assez compliquée et dont la complication avait pour but d'entraver le plus possible le divorce. La loi de 1884 fut remaniée en 1886 par une loi du 18 Avril qui simplifie la procédure

La loi de 1884 a subi depuis différents remaniements, en 1893 notamment, mais la physionomie générale de l'institution n'a pas été modifiée en ce sens que nous restons toujours aujourd'hui, en droit sinon en fait, sous le régime du divorce-sanction.

Au régime du divorce-sanction s'oppose le régime qui est connu par certaines législations modernes, en droit suisse, en droit allemand. Dans la conception du divorce-sanction, qui est la nôtre, le divorce est la sanction de l'infraction commise par l'un des époux aux obligations résultant du mariage. Dans le régime du divorce-remède, la rupture du lien conjugal doit être prononcée même en l'absence d'une faute commise par l'un des époux toutes les fois qu'un fait, tel que la folie ou l'absence, ou même l'incompatibilité absolue d'humeur, rend impossible la communauté d'existence qui est un des buts essentiels du mariage. Notamment, l'article 142 du Code civil suisse décide que "chacun " des époux peut demander le divorce lorsque le lien con- " jugal est si profondément atteint que la vie commune " est devenue insupportable". Cette disposition ne suppose pas nécessairement une faute à la charge de l'un des époux.

En France, au contraire, le divorce suppose essentiellement une infraction commise par l'un des époux aux devoirs que le mariage lui impose vis-à-vis de l'autre.

a question du ivorce. Les rugments pour t contre.

Il y aurait lieu d'étudier, au point de vue social et familial, la question du divorce. Sans insister, il est impossible de passer cette question sous silence.

Il est peu de lois qui aient été attaquées avec autant de vigueur que la loi de 1884 qui a rétabli le divorce en France. Cette loi a été vivement critiquée par de nombreux jurisconsultes ou sociologues et non seulement par les jurisconsultes ou sociologues catholiques, mais même par des agnostiques qui ont considéré que le divorce est une institution détestable.

Les arguments contre le divorce sont nombreux; il y en a qui ne sont pas décisifs.

L'argument confessionnel tout d'abord. Il n'est pas décisif. Evidemment, la religion catholique interdit le divorce, mais, comme on l'a fait remarquer personne n'oblige les époux catholiques à divorcer, et si l'on considère que le divorce est une institution

Source : BIU Cujas

indispensable, en tout cas utile socialement, il ne faut pas en priver les gens qui ne professent pas la religion catholique.

Un autre argument est tiré du préjudice que le divorce cause aux enfants. Il est certain que le divorce à ce point de vue est une institution détestable, il détruit le foyer; l'enfant est la grande victime du divorce. Mais le même grief peut être adressé à la séparation de corps, qui, elle aussi, détruit le foyer.

La grande objection, décisive semble-t-il qui puisse être dirigée contre le divorce, c'est que l'admission du divorce dans une législation conduit inévitablement à l'abus. L'expérience du droit romain, de la Révolution, et celle à laquelle nous assistons de nos jours et dans certains pays, c'est là un témoignage éclatant de ce grief considérable que l'on peut formuler contre le divorce. Le principe du divorce une fois entré dans la législation constitue, on l'a dit, une cheminée d'appel: le divorce appelle le divorce. Que de ménages sont rompus par le divorce dans lesquels, si cette institution n'avait pas existé, les époux se seraient fait de mutuelles concessions qui auraient fini par rendre la vie commune supportable. Au lieu de cela, avec le divorce, on ne se fait pas de concessions; c'est la rupture brutale.

D'autre part, le législateur est sans cesse sollicité d'ouvrir toujours plus grandes les portes du divorce. On ne se contente plus du divorce-sanction, on veut introduire le divorce-remède, le divorce par consentement mutuel, le divorce par volonté unilatérale.

Le divorce encourt cette autre objection, connexe à la précédente qu'il pousse à des mariages peu sérieux, contractés sans réflexion, sortes de mariage à l'essai, a-t-on dit.

Enfin, le divorce a ce résultat paradoxal mais certain, d'augmenter le nombre des unions libres. Puis que le mariage tend à n'être qu'une situation temporaire dans laquelle on ne fait que passer, à quoi sert-il de se marier, de s'embarrasser des formalités d'un mariage qu'il faudra rompre avec des formalités plus ou moins longues et plus ou moins coûteuses? N'est-il pas plus simple de vivre ensemble et de se quitter quand on le voudra?

Mais que deviennent les enfants dans tout cela? Les enfants ne viennent pas, ils deviennent une exception. De même que l'union libre est souvent infeconde, de même le mariage trop facilement rompu par

Source : BIU Cujas

le divorce appelle la stérilité volontaire, l'enfant ne pouvant être qu'un embarras lorsque le foyer est détruit.

Voilà évidemment des objections décisives. Mais n'est-ce pas plaider une cause pour le moment désespérée?

Les partisans de l'extension du divorce.

D'autres, à l'inverse de la thèse que nous venons de soutenir, estiment que le divorce n'est pas suffisamment facile en France. C'est pourquoi à l'heure actuelle, nous voyons des hommes politiques, des sociologues, réclamer une augmentation des causes du divorce. On voudrait notamment admettre le divorce pour folie de l'un des époux. Certains réclament le divorce par consentement mutuel. Le divorce par consentement mutuel, c'est l'application d'un principe juridique: ce que la volonté des parties a fait, la volonté des parties peut le défaire. Or, le mariage est un contrat par conséquent de même que les parties peuvent renoncer à un contrat de vente, de même elles peuvent renoncer au contrat personnel de mariage.

Certains vont même jusqu'à réclamer l'admission du divorce par volonté unilatérale, tel qu'il se pratique par exemple dans l'Union des Républiques socialistes soviétiques.

D'autres auteurs, tels que Josserand, admettent le divorce, mais ils critiquent la facilité avec laquelle les juges prononcent les divorces, la rapidité avec laquelle prononcent certains tribunaux, notamment à Paris. Ces auteurs protestent contre la facilité avec laquelle certains tribunaux prononcent le divorce (Cf à cet égard un rapport de M. Tissier à la Société d'Etudes législatives - Bulletin de la Société, 1906 page 180).

On peut estimer qu'en France, on prononce chaque année plus de 20.000 divorces, 22 à 23.000 divorces; c'est à peu près les chiffres des dernières années. En 1929 il y a eu 26.000 demandes et 22.000 divorces prononcés. C'est dire que divorce demandé est souvent divorce accordé.

Cette étude du divorce sera divisée en trois sections :

1ère Section : De la demande en divorce;
2e Section : La procédure du divorce;
3e Section : Effets du divorce.

Reproduction interdite

Source : BIU Cujas

Section I

De la demande en divorce.

Trois paragraphes :

I - Des causes qui peuvent motiver une demande en divorce.

2 - Preuve des faits allégués à l'appui d'une demande en divorce.

3 - Des fins de non recevoir opposables à une demande en divorce.

§ I - Des causes du divorce.

Les 3 causes légales de divorce. Idée générale sur laquelle elles reposent.

Notre législation n'admet le divorce que pour cause déterminée. Le divorce est impossible lorsque l'un des époux ne peut alléguer une des causes prévues par la loi. Ces causes sont au nombre de trois, deux spéciales et une autre très générale.

Trois causes : I° L'adultère de l'un des époux (art. 229 et 230); 2° la condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante (art. 232); 3° les excès, sévices ou injures graves (art. 231).

Ce qui caractérise, encore une fois, ces causes admises par la loi c'est qu'elles constituent une faute de l'un des époux. Le divorce est donc dans notre droit la sanction d'une faute commise par un époux, faute qui consiste soit dans la violation par cet époux des devoirs qui résultent du mariage (adultère, sévices ou injures graves), soit dans le fait pour l'un des époux de commettre un acte criminel susceptible d'entraîner contre lui une condamnation grave, source de déshonneur non seulement pour lui-même, mais pour son conjoint. C'est le divorce-sanction.

Etudions maintenant ces causes du divorce.

Adultère de l'un ou l'autre époux.

I - L'adultère -

Article 229 : "Le mari pourra demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme". Article 230: "La femme pourra demander le divorce pour cause d'adultère du mari".

L'existence des deux textes identiques s'explique pour une raison historique. C'est que sous le régime

Source : BIU Cujas

du Code de 1804 la femme ne pouvait demander le divorce pour cause d'adultère de son mari que lorsque celui-ci avait, suivant l'expression de la loi "tenu sa concubine dans la maison conjugale". En dehors de cette hypothèse, le divorce pour adultère du mari n'était pas admis.

La loi de 1884 a établi sur ce point l'égalité entre les époux. Aujourd'hui, que l'adultère soit commis par le mari ou qu'il soit commis par la femme, il est une cause de divorce et peut être invoqué par l'autre époux. L'inégalité subsiste au contraire en matière pénale. L'adultère du mari n'est punissable que lorsqu'il y a entretien de la concubine au domicile conjugal.

L'adultère est toujours une cause de divorce; les époux se doivent réciproquement fidélité, et comme l'a très bien dit Planiol ils ne se doivent pas la fidélité à deux degrés différents; l'obligation étant la même, la sanction est la même.

Caractère péremptoire de cette cause de divorce.

L'adultère lorsqu'il est établi constitue ce que l'on appelle une cause péremptoire de divorce, c'est-à-dire que les juges saisis de la demande de l'époux outragé doivent faire droit à cette demande, sans qu'ils puissent se livrer à une appréciation de la gravité de la faute commise par l'époux coupable. Telle est du moins l'opinion consacrée par la Cour de Cassation, et notamment dans un arrêt du 29 janvier 1936, Chambre civile (Dalloz, 1937,I,15). Mais, en sens contraire, un arrêt de la Cour d'Angers du 10 mai 1937 (Dalloz, 1938,II,55) admet en matière d'adultère des degrés dans la faute. La question s'est posée notamment de savoir si la connivence du mari dans l'adultère de sa femme n'est pas une fin de non recevoir; le mari qui encourage l'adultère de sa femme n'est-il pas non recevable à demander le divorce? Pour la Cour de Cassation, ce n'est pas une fin de non recevoir.

C'est l'adultère consommé qui est une cause de divorce. La tentative d'adultère peut constituer une injure grave, mais n'est pas une cause péremptoire de divorce.

Condamnation définitive à une peine afflictive et infamante prononcée contre un des époux par une juridiction fran-

2 - Seconde cause de divorce : la condamnation d'un des époux à une peine afflictive et infamante.

Article 232: " La condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante sera pour l'autre époux une cause de divorce".

Les peines afflictives et infamantes sont des peines criminelles : peine de mort (avec grâce), les travaux forcés, la réclusion, la déportation dans une enceinte fortifiée et la détention. Ce sont les peines

Source : BIU Cujas

çaise pendant le mariage

les plus graves, celles qui entraînent la flétrissure du condamné. On comprend qu'en pareil cas la loi permette au conjoint du condamné de se dégager du lien qui l'unit à l'individu ainsi frappé d'indignité.

Pour être une cause de divorce la condamnation à une peine afflictive et infamante doit avoir été prononcée par un tribunal français. On ne tient pas compte d'une condamnation prononcée par un tribunal étranger; on pourrait en tenir compte comme injure grave, mais ce ne serait pas une cause péremptoire.

Il faut en outre que la condamnation soit définitive, c'est-à-dire que l'arrêt prononçant la condamnation ne soit plus susceptible d'une voie de recours, et il faut en outre que la condamnation ait été prononcée pendant le mariage; une condamnation subie avant le mariage ne pourrait motiver une demande en divorce.

La grâce accordée au condamné ne fait pas perdre à l'autre époux le droit de demander le divorce, mais il en serait autrement de l'amnistie et de la réhabilitation.

Caractère péremptoire de cette cause de D.

De même que la cause résultant de l'adultère, la cause fondée sur une condamnation à une peine afflictive et infamante est une cause péremptoire, c'est-à-dire que les juges ne peuvent en cette matière user d'un pouvoir d'appréciation. Ils ne peuvent pas rejeter la demande en divorce du moment que la condamnation à une peine afflictive et infamante est démontrée et qu'elle réunit les conditions requises.

Par contre une condamnation simplement afflictive, ou correctionnelle, ne serait pas une cause péremptoire de divorce. Elle peut dans certains cas être une cause de divorce pour injure grave, mais ce n'est pas une cause péremptoire comme l'est la condamnation à une peine afflictive et infamante.

3 - Troisième cause de divorce, la plus large; elle comprend les excès, sévices ou injures graves de l'un des époux envers l'autre.

Excès et sévices; pouvoir d'appréciation du Tribunal.

Les expressions "excès" et "sévices" sont considérées dans l'opinion générale comme synonymes. Il faut entendre par là l'attentat à la vie de l'un des époux, les blessures, les violences, les mauvais traitements infligés par l'un des époux à l'autre. Sur ce point les juges ont un pouvoir d'appréciation; ils doivent rechercher si les excès ou sévices ont un caractère de gravité tel qu'ils doivent nécessairement entraîner le divorce.

L'injure grave; extension

A côté des excès et sévices, le Code admet comme cause de divorce l'injure grave d'un époux vis-à-vis

Source : BIU Cujas

abusive de cette expression en jurisprudence. Pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond.

de l'autre.

Les tribunaux ont donné à l'expression "injure grave" un sens si général que l'on peut non seulement y faire rentrer toutes les autres causes de divorce, mais qu'en outre les tribunaux en sont arrivés à qualifier d'injurieux les faits les plus divers et quelquefois les plus anodins.

C'est qu'en effet, d'après une jurisprudence bien établie, l'injure prévue part l'art. 231 ne doit pas être entendue seulement dans le sens que lui donne le droit pénal, dans le sens de propos insultants, outrageants, de termes de mépris, d'imputations diffamatoires, adressés par un époux à l'autre. Il faut l'entendre encore de tout fait quelconque, dit la jurisprudence, que l'on puisse considérer comme une offense à l'égard de l'un des époux. On peut aller très loin dans cette voie et qualifier d'injurieux les faits les plus bénins.

En tout cas, il y a là une source d'abus considérable, et l'abus est d'autant plus à redouter que, d'après la Cour de Cassation, les tribunaux jouissent en cette matière d'un pouvoir d'appréciation très étendu, souverain. La Cour de Cassation se refuse à exercer son contrôle sur le point de savoir si tel fait, considéré par un tribunal comme susceptible d'entraîner le divorce, constitue aux yeux du législateur une injure grave. La Cour de cassation considère qu'il y a là une appréciation souveraine et qu'elle n'a pas à s'immiscer dans ces considérations de pur fait.

Il est impossible d'énumérer ici les faits très nombreux qui sont considérés en pratique comme rentrant dans la notion d'injure grave. Il y a des cas évidemment où l'injure est sérieuse, le fait est sérieux. Par exemple les propos outrageants adressés par un époux à l'autre, et encore faut-il savoir dans quel milieu ils sont proférés; l'abandon par l'un des époux du domicile conjugal; le refus volontaire et persistant de l'un ou de l'autre époux de remplir le devoir conjugal; d'une manière générale, tout fait de nature à blesser la dignité personnelle de l'autre époux, par exemple la conduite légère et inconséquente de la femme, la tentative d'adultère, le fait pour le mari de refuser de recevoir les parents de sa femme, l'ivrognerie habituelle.

Bien plus, la jurisprudence en est arrivée à attribuer le caractère d'injure grave à des faits antérieurs au mariage. C'est ainsi que certaines décisions ont prononcé le divorce à raison de l'inconduite de la femme antérieure au mariage, du moment qu'elle était

Source : BIU Cujas

ignorée du mari, ou encore à raison de son état de grossesse antérieur au mariage, lorsque ces faits ont été dissimulés au mari, ou encore le fait pour le mari d'avoir dissimulé son impuissance. Cependant il ne peut être question en pareil cas d'une infraction aux devoirs que les époux ont l'un vis-à-vis de l'autre.

En somme par une interprétation extensive de la notion d'injure grave, nous sommes arrivés à avoir en France un nombre presqu'illimité de causes de divorce. La notion d'injure grave est un cadre très souple que les tribunaux peuvent élargir presque à discrétion. Par exemple, l'adultère est une cause de divorce, mais la tentative d'adultère qualifiée d'injure grave en est une autre. La condamnation à une peine afflictive et infamante est une cause péremptoire, mais une simple condamnation correctionnelle peut être une cause de divorce si elle rentre dans la notion d'injure grave. Il est vrai que les tribunaux ont en ce cas un pouvoir d'appréciation qu'ils n'ont pas en cas de condamnation à une peine afflictive et infamante.

La question de l'admission en législation, de l'aliénation mentale comme cause de divorce.

Voilà les différentes causes de divorce admises par la loi. C'est une question discutée que celle de savoir si, en législation, il n'y a pas lieu d'ajouter d'autres causes à celles qui sont admises par le Code civil. On s'est notamment demandé et différentes propositions de loi ont été proposées en ce sens, si on ne devrait pas admettre comme cause de divorce l'aliénation mentale de l'un des époux, <u>survenue après le mariage</u>. Certaines législations, la législation suisse, la législation allemande, notre ancienne loi de 1792, admettent comme cause de divorce la folie incurable d'un époux.

En faveur de l'admission de cette cause dans notre droit on invoque la situation lamentable du conjoint uni à un individu à jamais frappé d'aliénation mentale. Dans l'état actuel de notre droit ce n'est certainement pas une cause de divorce. Bien plus, dans la conception actuelle qui fait du divorce la sanction d'une faute commise par l'un des époux vis-à-vis de l'autre, les causes actuelles du divorce telles que les excès, sévices et injures graves ne peuvent être prises en considération pour motiver le divorce lorsque ces faits émanent d'un époux, qui n'était pas sain d'esprit. Ces sévices et injures graves supposent la responsabilité (Cas. 15 mai 1912, Dalloz, 1912,1,303). De même les blessures par imprudence ne sont pas une cause de divorce.

Source : BIU Cujas

Contre l'admission de la folie comme cause de divorce on peut faire remarquer que la folie n'est qu'une maladie comme une autre, que les époux se doivent assistance en cas de maladie, et qu'il serait vraiment malséant de libérer l'époux de son obligation au moment précis où son conjoint malade a peut-être le plus besoin de son assistance, au moins de son assistance pécuniaire. Il y a beaucoup à dire contre l'admission de la folie comme cause de divorce.

§ 2 - Preuves des faits allégués à l'appui d'une demande en divorce.

Nécessité de faire la preuve du fait allégué comme cause de divorce.

Comment se fait la preuve des faits allégués à l'appui d'une demande en divorce? Pour obtenir le divorce, il ne suffit pas d'alléguer une des causes prévues par la loi, il faut encore apporter la preuve de cette allégation.

Il est une cause de divorce dont la preuve est aisée: c'est la condamnation d'un époux à une peine afflictive et infamante. Il suffit à l'époux demandeur de représenter une expédition de l'arrêt de condamnation ou un certificat du greffier. De même si un époux a été condamné pour adultère, ou pour tentative de meurtre sur l'autre époux, la preuve est facile à faire.

La preuve des autres causes peut être plus difficile à établir, en particulier celle des excès, sévices ou injures. Comme il s'agit de faits purs et simples, la preuve peut être faite, conformément au principe général, par tous moyens propres à en établir l'existence, c'est-à-dire par écrit, par témoins ou même à l'aide de simples présomptions.

Exclusion de l'aveu comme mode de preuve

Il est cependant un mode de preuve que l'on n'admet pas généralement en matière de divorce. La Cour de Cassation rejette l'aveu de l'époux défendeur, tout au moins lorsqu'il n'est pas accompagné d'autres éléments de preuve. Sans doute, s'il y a déjà des présomptions graves, le tribunal pourra tenir compte de l'aveu du défendeur, aveu verbal ou aveu écrit, mais un tribunal ne doit pas, prononcer le divorce uniquement sur un aveu du défendeur qui reconnaît avoir commis un adultère, ou qui reconnaît s'être livré à des voies de fait sur son conjoint. La raison, c'est que nous n'admettons pas dans notre droit le divorce par consentement mutuel. Or, on pourrait craindre que l'époux défendeur, désireux de divorcer ou d'accord avec le demandeur, ne reconnaisse l'existence à sa

Source : BIU Cujas

charge de griefs purement imaginaires. Certains époux trouveraient par cela même le moyen de divorcer par consentement mutuel.

Particularités de la preuve par témoins. a) utilisation des lettres missives; conditions auxquelles elle est admise.

La preuve des causes du divorce, qu'elle soit faite par écrit ou par témoins, appelle quelques remarques particulières.

En premier lieu, la jurisprudence admet que l'époux demandeur peut, à l'appui de ses allégations, produire des lettres écrites par l'époux défendeur, même à un tiers.

C'est là une dérogation au principe du secret de la correspondance privée. En matière de divorce on admet couramment qu'il soit fait exception à ce principe. On l'a admis pour des raisons pratiques, parce que dans bien des cas, et surtout en cas d'adultère, la production de lettres est le seul mode de preuve possible.

Toutefois, la jurisprudence tend à écarter la production des lettres écrites par un tiers toutes les fois que l'époux demandeur s'est procuré ces lettres non seulement par un procédé délictueux, par un vol, mais même par un procédé simplement déloyal d'interception.

Autrefois, le mari était placé dans une situation plus avantageuse que sa femme, puisqu'il avait le droit de prendre connaissance de la correspondance reçue par celle-ci et de la correspondance qu'elle échangeait avec un tiers. Aujourd'hui le mari n'a plus le droit de prendre connaissance de la correspondance de sa femme; par conséquent les deux époux sont placés sur un pied d'égalité.

Le témoignage des parents (sauf descendants) et domestiques.

Une seconde particularité de la preuve en matière de divorce est relative à l'audition de certains témoins. L'art. 245 décide que les parents, à l'exception des descendants, et les domestiques des époux peuvent être entendus comme témoins. C'est là encore une dérogation aux règles générales de la preuve. D'après le Code de procédure, on ne peut entendre comme témoins ou en tout cas on peut "reprocher" certains parents ou alliés, notamment les parents ou alliés en ligne directe, certains proches parents, et d'autre part on ne peut pas entendre non plus comme témoins les domestiques des parties, parce que ces témoignages peuvent être suspects. Au contraire, en matière de divorce, on peut entendre les témoignages des parents (à l'exception des descendants; cela se comprend, raison de moralité: on ne veut pas que des enfants puissent venir témoigner dans l'instance en divorce de leurs père et mère); mais on peut entendre des ascen-

Source : BIU Cujas

dants et tous autres parents, et on peut entendre également les domestiques. Cela s'explique parce que les faits qui peuvent motiver le divorce se passent généralement dans la vie intime et ont pour seuls témoins les proches parents ou les domestiques, sauf au tribunal à avoir "tel égard que de droit" à ces témoignages, qui peuvent être suspects. Il appartient au tribunal de peser les témoignages.

En tout cas, un arrêt récent de la Cour de Cassation a décidé que la dérogation ne s'étend pas aux employés. On peut entendre un domestique d'un des époux, mais on ne peut entendre un employé (Cassation, I6 juin I938, Dalloz, hebd. I938, 452).

§ 3 - Les fins de non recevoir opposables à une demande en divorce.

Rejet de plano de la demande en cas d'existence d'une fin de non recevoir.

Il peut arriver que l'un des époux puisse faire la preuve d'une cause de divorce existant à son profit et que cependant sa demande se heurte à une fin de non recevoir tirée de certains faits; en un mot, le tribunal n'aura pas à examiner la cause de divorce et devra rejeter de plano la demande parce qu'il existe une fin de non recevoir.

Fin de non recevoir supprimée en I938.

Parmi les faits qui constituent des fins de non recevoir, à une action en divorce, les uns sont expressément prévus par la loi et sont spéciaux au cas de divorce, et les autres sont tirés des principes généraux du droit.

Il est une fin de non recevoir qui était admise jusqu'à la loi du I8 Février I938 et qui n'existe plus aujourd'hui. Elle était prévue par l'art. 24I. Jusqu'à la loi du I8 Février I938, lorsque les époux plaidaient en divorce, le président du tribunal devait assigner à la femme sa résidence; en un mot la femme n'avait pas le libre choix de sa résidence tout le temps que durait la procédure, et la femme était tenue de justifier de sa résidence dans la maison indiquée par le président. Or, c'était une fin de non recevoir prévue par l'art. 24I que lorsque la femme était demanderesse en divorce et qu'elle ne justifiait pas de sa résidence dans la maison indiquée, par cela seul le mari défendeur pouvait demander au tribunal d'écarter provisoirement la poursuite, de refuser de statuer provisoirement jusqu'à ce que la femme eût réintégré la maison désignée. Aujourd'hui cette disposition de l'art. 24I a été abrogée par la loi du I8 Février I938. Depuis cette loi le président n'a plus à assigner sa

Source : BIU Cujas
"Les Cours de Droit" Y Répétitions Ecrites et Orales
3, Place de la Sorbonne, 3 Reproduction interdite

résidence à la femme plaidant en divorce; celle-ci a le libre choix de sa résidence au même titre que le mari. Cette fin de non recevoir a donc disparu.

Voici d'autres fins de non recevoir.

I° Décès de l'un des conjoints en cours d'instance.

I° : le décès de l'un des époux survenant avant que le jugement soit devenu définitif. L'un des époux forme sa demande en divorce, puis l'un des époux, le demandeur ou le défendeur, vient à décéder. En pareil cas, l'art. 244 décide que l'action s'éteint par le décès de l'un des époux survenu avant que le jugement ou l'arrêt prononçant le divorce soit devenu définitif. Par conséquent, le décès de l'un des époux aussi bien du demandeur que du défendeur, arrête l'action.

En législation, on aurait pu concevoir la continuation de l'action en divorce par les héritiers du demandeur, ou contre les héritiers de l'époux défendeur. Il y aurait eu intérêt à l'admettre en ce qui concerne les déchéances qui sont prononcées par la loi contre l'époux aux torts duquel le divorce est prononcé; cet époux encourt certaines déchéances; on aurait pu concevoir que, malgré le décès de l'un des époux, l'action se continuât par les héritiers ou contre les héritiers. Mais la loi n'a pas admis ce système. Elle considère que le mariage étant dissous par la mort, il n'y a pas intérêt à continuer l'action en divorce; il vaut mieux ne pas la continuer puisque l'action en divorce est souvent une cause de scandale.

2° Réconciliation des époux.

2° - La réconciliation des époux. Art. 244: "L'action en divorce s'éteint par la réconciliation des époux survenue, soit depuis les faits allégués dans la demande, soit depuis cette demande".

Lorsque les époux se réconcilient avant que le tribunal ait statué, cela implique que l'époux offensé a pardonné à son conjoint et a renoncé par cela même à demander le divorce ou à poursuivre la procédure. Par conséquent si la réconciliation est antérieure à la demande de divorce, le tribunal doit refuser immédiatement de prononcer le divorce.

La réconciliation peut intervenir aussi au cours de l'instance; le tribunal peut aussi dans ce cas refuser de prononcer le divorce. La loi a considéré avec juste raison que si la reconciliation est certaine, si elle est prouvée, il n'y a pas de raison de poursuivre la procédure.

A la réconciliation il faut assimiler, semble-t-il, tout fait impliquant la renonciation de l'époux demandeur, alors même que ce fait ne constituerait pas une réconciliation proprement dite. Il n'est pas

Source : BIU Cujas

nécessaire, en un mot, que l'époux défendeur accepte le pardon qui lui est offert, du moment qu'il est démontré que l'époux demandeur a pardonné, a renoncé à demander le divorce, il y a là une fin de non recevoir, semble-t-il. La question est sujette à discussion. La véritable réconciliation suppose évidemment l'accord des deux époux.

Appréciation par le tribunal du fait de réconciliation.

Le Code civil n'a pas indiqué les faits d'où peut résulter la réconciliation; l'appréciation est laissée à la sagesse des tribunaux; il y a une jurisprudence abondante sur ce point. Par exemple, on a considéré comme indicatrice de réconciliation la reprise par les époux de la vie commune. Ou encore, le retour momentané de la femme au domicile conjugal.

La réconciliation peut être prouvée par tous moyens. Elle constitue une fin de non recevoir quelle que soit la cause sur laquelle est fondée la demande en divorce. La réconciliation opère même s'il y a eu condamnation à une peine afflictive et infamante.

A quel moment peut être opposée cette fin de non recevoir?

La fin de non recevoir tirée de la réconciliation est d'ordre public. Il n'est donc pas nécessaire que l'époux défendeur oppose l'exception de réconciliation; du moment qu'il est démontré au tribunal que la réconciliation a eu lieu, le tribunal d'office doit rejeter la demande.

Cependant, il semble bien, s'agissant d'une question de fait, que la réconciliation ne puisse pas être proposée pour la première fois devant la Cour de Cassation. On peut la proposer pour la première fois en appel, mais pas devant la Cour de cassation, parce que la Cour de cassation n'est pas juge du fait; elle n'a pas le droit de constater les faits qui, d'après l'un des époux, constitueraient la réconciliation.

Portée de la fin de non recevoir tirée de la réconciliation.

L'article 244, alinéa 2, décide que, lorsqu'il y a réconciliation, l époux qui était demandeur en divorce et qui a pardonné peut intenter par la suite une nouvelle demande en divorce pour cause <u>survenue ou découverte</u> depuis la réconciliation et se prévaloir des anciennes causes à l'appui de sa nouvelle demande. Lorsqu'il y a réconciliation, l époux demandeur ne peut pas former une nouvelle demande fondée exclusivement sur les faits qui motivaient sa première demande. Mais cet époux pourra former ensuite une nouvelle demande pour cause <u>survenue depuis la réconciliation</u>, ou même pour cause antérieure à la réconciliation s'il en ignorait l'existence au moment de la réconciliation. En pareil cas, dit la loi, l'époux pourra se prévaloir non seulement de la cause nouvelle, découverte ou survenue, mais même des anciennes causes à l'appui de sa nouvelle demande. La disposition est

Source : BIU Cujas

importante, lorsque les faits nouveaux ou découverts n'auraient pas à eux seuls la gravité suffisante pour faire prononcer le divorce, mais que, joints aux faits anciens, cet ensemble de faits pourrait ptésenter un caractère de gravité suffisant.

Toutes ces fins de non recevoir sont spéciales à la procédure de divorce.

Fins de non recevoir dérivant des principes généraux.

Il existe, en outre, certaines fins de non recevoir qui résultent des principes généraux du droit.

Il est, en effet, certains cas dans lesquels en vertu d'un principe général - et non de règles spéciales au divorce - la demandeen divorce se heurtera à une fin de non recevoir, qui entraîne cette conséquence que le tribunal doit immédiatement et sans examen du fond rejeter la demande.

a)L'autorité de la chose jugée

Il en est ainsi notamment en cas de chose jugée. Un époux dont la demande en divorce a été rejetée, parce que les faits allégués étaient jugés insuffisants pour motiver le divorce, ne peut former une seconde demande fondée sur les mêmes faits. S'il formait cette demande il se verrait opposer la fin de non recevoir résultant de la chose jugée. Par contre rien n'empêcherait cet époux de former par la suite une seconde demande en divorce fondée sur des faits survenus depuis que la première demande a été rejetée et en ce cas rien n'empêcherait cet époux d'invoquer les faits anciens qui ont été jugés insuffisants la première fois, car ces faits anciens joints aux faits nouveaux pourraient constituer un ensemble d'actes présentant un caractère de gravité suffisant pour constituer une injure grave.

b)Fins de non recevoir discutées:la prescription de 30 ans.

C'est une question discutée que de savoir si la prescription de trente ans est une fin de non recevoir à l'action en divorce. En un mot, un époux peut-il former une demande en divorce fondée sur des faits remontant à plus de trente ans? Ce n'est pas pratique dira-t-on; évidemment, cela ne se présentera pas souvent mais la question s'est présentée, il existe un jugement du tribunal d'Abbeville de 1884 et un jugement du tribunal de Rambouillet de 1894 (Sirey, 1895.II.55). L'un des époux invoquait des faits remontant à plus de trente ans; l'autre époux disait: ces faits sont prescrits, il n'y a plus lieu d'en tenir compte. Le tribunal de Rambouillet a jugé qu'en matière de questions d'état il n'y a pas de prescription possible. Certains auteurs admettent au contraire qu'on peut opposer la fin de non recevoir résultant de la prescription.

La réciprocité des torts

C'est également une question controversée que de savoir si la réciprocité des torts peut constituer une fin de non recevoir à la demande en divorce d'un époux.

Source : BIU Cujas

Par exemple, une femme a formé une demande en divorce; elle offre de prouver qu'elle a été l'objet de voies de fait de la part de son mari. Mais le mari rétorque que, s'il s'est livré à ces voies de fait, c'est à raison des paroles,ou de l'attitude injurieuses qu'a eues sa femme vis-à-vis de lui. Est-ce là une cause de fin de non recevoir à la demande en divorce?

Certains considèrent que la réciprocité des torts n'est pas une fin de non recevoir. Dans notre exemple, la femme peut très bien demander le divorce et le mari peut former une demande reconventionnelle en divorce à raison de l'attitude injurieuse qu'a eue sa femme vis-à-vis de lui; par contre, il ne peut demander au tribunal de rejeter la demande en divorce en raison du tort qu'a eu sa femme. Cette solution est bien rigoureuse.

En matière d'injures graves, où les tribunaux ont un pouvoir d'appréciation certain pour décider si l'injure a un caractère de gravité suffisant, il peut arriver que les juges considèrent que le fait injurieux qu'invoque le demandeur perd une grande partie de sa gravité à raison des torts dont le demandeur s'est rendu coupable vis-à-vis de son conjoint. Il arrive donc que les tribunaux rejettent la demande pour cette raison. Seulement cela n'est possible qu'en matière d'injures graves. Par contre, il n'est pas possible, semble-t-il, quoique la question soit discutée, de considérer comme une fin de non recevoir opposable à la demande de l'époux le fait que les deux époux se sont rendu, chacun de son côté, coupables d'adultère. Un époux peut toujours demander et obtenir le divorce du moment que l'adultère de son conjoint est démontré. Si l'autre conjoint invoque, lui aussi, des faits d'adultère, il peut former une demande reconventionnelle; mais l'adultère double n'est pas une fin de non recevoir à la demande formée par l'un des époux.

De même, certains auteurs admettent que si les deux époux ont été l'un et l'autre condamnés à une peine afflictive et infamante, l'un d'eux ne peut pas se heurter à une fin de non recevoir à la demande en divorce qu'il a formée contre l'autre, en vertu de l'art. 232 sous prétexte qu'ici il y a indignité réciproque. La question est discutée.

Il y a également discussion sur le point de savoir si on doit considérer comme entraînant une fin de non recevoir le fait par l'époux demandeur d'avoir favorisé l'inconduite de son conjoint (Bordeaux,11 Février 1907, Sirey 1908.II.76).

Source : BIU Cujas

Section II

La procédure de divorce

Raisons historiques et de fond pour lesquelles la procédure du divorce est régie dans le C.C.

La procédure de divorce est réglée non par le Code de procédure, mais par le Code civil, dans les articles 234 et suivants.

Pour quelles raisons? Raison historique d'abord. Les rédacteurs du Code civil ont voulu sans attendre le vote du Code de procédure, réagir immédiatement contre la législation révolutionnaire de 1792, qui facilitait le divorce au maximum. Ils ont entendu dès lors règler strictement la procédure de divorce, et cela dans le but de rendre le divorce plus difficile. Ils ont imaginé en cette matière une procédure assez complexe, destinée à entraver le plus possible les divorces.

Il y a une autre raison qui explique que les règles touchant la procédure du divorce figurent au Code civil, c'est une raison de fond. C'est qu'en effet les règles touchant la procédure du divorce sont intimement liées au fond du droit. Le législateur entend qu'on ne puisse pas arriver, par des artifices de procédure, à tourner la loi, notamment arriver à un divorce par consentement mutuel. Le législateur a donc mis des obstacles à ce qu'un des époux puisse obtenir facilement le divorce. Toute cette procédure, on peut le dire, est orientée vers la réconciliation. Jusqu'au dernier moment, le législateur espère en quelque sorte qu'on pourra éviter la solution qu'il redoute : le divorce. C'est une procédure intimement liée au fond du droit et voilà pourquoi cette procédure du divorce figure au Code civil.

La procédure du divorce en 1804 et dans la loi de 1884. Modifications par la loi de 1886

La loi de 1884, en rétablissant le divorce, avait fait revivre les textes du Code civil sur la procédure. La procédure, qu'avaient imaginée les rédacteurs du Code civil était très complexe, complexité ayant pour but d'entraver le divorce dans la plus large mesure possible. Mais une loi du 18 Avril 1886 est venue simplifier la procédure de divorce, la rapprocher très sensiblement de la procédure ordinaire. Cependant, malgré tout, la procédure du divorce reste soumise à des règles particulières par lesquelles elle se distingue de la procédure ordinaire des tribunaux de première instance. C'est cette procédure que nous devons étudier.

Source : BIU Cujas

Nous allons diviser cette section en deux paragraphes:

1 - Procédure jusqu'au jugement;
2 - Formalités consécutives au jugement.

§ 1 - La procédure du divorce jusqu'au jugement.

Caractère exclusivement personnel du droit de demander le divorce

Une première question se pose: qui a qualité pour former une demande en divorce ?

Le droit de demander le divorce appartient exclusivement aux époux; c'est un droit exclusivement attaché à la personne, et notamment ce droit ne pourrait être exercé par les créanciers des époux, De droit commun les créanciers peuvent exercer les droits et actions du débiteur, mais, ajoute le texte, à la condition qu'il ne s'agisse pas de droits essentiellement attachés à la personne. La demande de divorce est un de ces droits attachés exclusivement à la personne, que les créanciers n'ont pas le droit d'exercer au vu et place des intéressés.

Des différents cas où l'époux demandeur est incapable

Il est possible que l'époux demandeur soit un incapable. Autrefois la question se posait pour la femme qui était incapable. Elle était résolue assez facilement d'ailleurs; la femme était autorisée par l'ordonnance du président qui constatait la non conciliation à continuer la procédure. Aujourd'hui la question ne se pose plus. La disposition de l'art. 238, al. 4, sur ce point a été abrogée par la loi du 18 Février 1938. La femme a pleine et entière capacité de plaider, et notamment de former une demande en divorce et de suivre sur son instance.

Il est possible que le demandeur soit un mineur. Par exemple: la femme mineure a formé une demande en divorce; elle est mineure émancipée. Or, un époux mineur ne peut en principe plaider sans l'assistance de son curateur; la femme mineure a besoin de l'assistance de son curateur. La difficulté c'est que généralement son curateur c'est son mari. La question est controversée, mais la meilleure manière de s'en tirer c'est d'admettre que l'époux mineur peut plaider en divorce sans avoir besoin de l'assistance de son curateur. Telle est du moins l'opinion qui est admise par certains auteurs et qui paraît la meilleure.

Il peut arriver que le demandeur soit un interdit légal, c'est-à-dire un individu qui a été frappé d'une condamnation à une peine criminelle. Le cas est prévu par l'art. 234, al. 3: "En cas d'interdiction légale

Source : BIU Cujas

résultent d'une condamnation, la requête à fin de divorce ne peut être présentée par le tuteur que sur la réquisition ou avec l'autorisation de l'interdit". Si donc le demandeur est un interdit légal, c'est le tuteur qui présentera au président la demande en divorce, mais il ne peut pas le faire de son propre chef. Si la demande est formée contre l'interdit légal, il sera représenté dans l'instance par son tuteur, il ne peut pas plaider seul.

Il y a plus de difficultés pour l'interdit judiciaire, c'est-à-dire l'individu qui, en état de démence, a été frappé d'interdiction. Il existe, en ce qui le concerne, un texte, mais relatif à la séparation de corps. L'art. 307, § 2, décide que le tuteur de la personne judiciairement interdite peut, avec l'autorisation du conseil de famille, présenter la requête et suivre l'instance à fin de réparation". Mais en est-il de même en matière de divorce? En ce cas il n'y a pas de texte semblable à celui de l'art. 307 pour la séparation de corps. On s'accorde à considérer que le texte de l'art. 307 pour la séparation de corps est exceptionnel et qu'on ne peut l'étendre au divorce, parce que le divorce entraîne des conséquences plus graves que la séparation de corps. La séparation de corps laisse subsister le lien matrimonial, tandis que le divorce entraîne la rupture complète. On n'admet pas le tuteur de l'interdit à présenter une demande en divorce, même avec l'autorisation du conseil de famille. La seule question qui pourrait se poser serait de savoir si l'interdit ne pourrait prendre cette initiative lorsqu'il serait dans un intervalle lucide; il semble que non, parce que l'interdit est frappé d'une incapacité générale et permanente.

Supposons maintenant que l'époux demandeur ou défendeur soit une personne dotée d'un conseil judiciaire. Le principe c'est que cet individu ne peut plaider ni en demande ni en défense sans l'assistance de son conseil judiciaire. Par conséquent, il pourrait être fâcheux que la mauvaise volonté d'un conseil judiciaire empêchât une demande en divorce fondée de la part du prodigue ou du faible d'esprit. On décide en pratique que si le conseil judiciaire refuse à tort d'assister l'individu qui se trouve dans cette situation, celui-ci peut demander au tribunal de lui désigner un conseil judiciaire spécial, qui l'assistera dans la procédure, un conseil judiciaire ad hoc.

Compétence en principe du tribunal civil du domicile du mari

Quel est le tribunal compétent pour statuer sur demande en divorce? Les tribunaux civils sont exclusivement compétents en cette matière: Le divorce ne

Source : BIU Cujas

peut être prononcé que par un tribunal civil, et en appel par une cour d'appel. Le tribunal compétent "ratione loci" est le tribunal du domicile du défendeur. Généralement ce sera le tribunal du domicile du mari, parce que le domicile du mari c'est le domicile conjugal. Mais il peut en être autrement; par exemple, la femme est séparée de corps et le mari forme contre elle une demande en divorce; la femme séparée de corps a un domicile qui lui est propre, le mari devra donc assigner sa femme devant le tribunal du domicile de cette dernière.

A quel moment doit être soulevée l'exception d'incompétence.

Une question de procédure a été longuement discutée. Tout défendeur qui soutient que le tribunal devant lequel il a été assigné en divorce n'est pas compétent doit soulever l'incompétence dès la tentative de conciliation devant le président. Il ne doit pas attendre d'être assigné devant le tribunal. C'est tout au moins la jurisprudence de la Cour de Cassation qui en décide ainsi. Le Président du tribunal doit statuer sur cette exception d'incompétence.

La procédure de l'instance

A- Procédure de conciliation Présentation au president par l'époux demandeur en personne de la requête.

La procédure du divorce débute obligatoirement par une tentative de conciliation devant le président du tribunal. L'esprit de la loi se manifeste dès le début de l'instance: la loi espère par ce moyen amener une réconciliation; elle exige donc une tentative de conciliation devant le président du tribunal.

L'article 234 décide que "l'époux qui veut former une demande en divorce, présente, en personne, sa requête, au président du tribunal ou au juge qui en fait fonction".

Il est donc nécessaire que la requête soit présentée par l'époux personnellement. Evidemment un avoué doit être constitué; en principe on ne peut pas plaider devant un tribunal sans être assisté d'un avoué mais bien qu'il y ait avoué constitué la requête doit être présentée par l'époux demandeur personnellement.

Si l'époux demandeur est malade, hors d'état de se déranger, c'est le président du tribunal qui se transporte, assisté de son greffier, au domicile du demandeur. (Article 234, alinéa 2). La loi tient beaucoup à cette première entrevue entre l'époux demandeur et le président du tribunal; l'époux demandeur assisté de son avoué va présenter sa requête, qui indique d'une manière sommaire les raisons qu'il invoque à l'appui de sa demande.

Ordonnance du président autorisant à citer

Le président ou le juge qui le remplace, après avoir entendu le demandeur, lui fait les observations qu'il juge convenables; il essaie d'amener le demandeur

à renoncer à sa demande Mais si le demandeur s'obstine, le président rend une ordonnance, par laquelle il décide que les deux époux comparaîtront devant lui au jour et à l'heure qu'il indique pour une tentative de conciliation.

L'ordonnance commet un huissier pour notifier la citation.

Dans cette même ordonnance, le plus souvent - ce n'est pas nécessaire - le président, en même temps qu'il permet à l'époux demandeur de citer en conciliation, autorise cet époux demandeur à résider séparément. C'est l ordonnance prévue par l'art. 236: "Le juge peut, par l'ordonnance permettant de citer, autoriser l'époux demandeur à résider séparément". C'est le point de départ du délai de 300 jours, délai qui constitue la période suspecte; tous les enfants qui auront été conçus à partir de cette ordonnance pourront être désavoués par simple dénégation.

Voilà donc la citation en conciliation qui est délivrée à l'époux defendeur. La requête doit être délivrée à l'époux défendeur trois jours au moins avant le jour fixé pour la comparution.

La tentative de conciliation devant le président.

Les époux vont donc comparaître en conciliation devant le président. Quel va être le rôle du président Le juge entend les parties en personne, dit l'art.238. Les deux époux vont comparaître. Mais le Code de procédure est plus précis. Il décide dans son article 877 que les époux devront comparaître seuls, sans ministères d'avoué ni d'avocat. Par conséquent de la procédure de conciliation sont exclus les hommes d'affaires. La loi espère ainsi qu'on obtiendra peut-être plus facilement une conciliation.

Le président doit faire aux époux toutes les représentations qu'il croit propres à opérer un rapprochement.

Les deux résultats possibles de la tentative

Deux cas peuvent alors se présenter.

Premier Cas : le président réussit à réconcilier les époux, ce qui arrive parfois mais rarement. En pareil cas, si l'époux demandeur déclare pardonner et à condition que l'époux défendeur accepte le pardon, la réconciliation est définitive et constitue désormais une fin de non recevoir opposable à l'époux demandeur, s'il voulait former une demande fondée sur les mêmes faits.

Conciliation, fin de non recevoir de l'instance.

Deuxième cas, plus fréquent en pratique: les époux ne se sont pas réconciliés. L'art. 238, § 6, permet alors au président de prolonger l'épreuve de conciliation. Le juge, suivant les circonstances, avant d'autoriser le demandeur à citer, peut ajourner

Possibilité de renouveler la tentative de conciliation

Source : BIU Cujas

Ordonnance de non conciliation et permis de citer.

les parties à un délai qui n'excède pas vingt jours, sauf à ordonner les mesures provisoires nécessaires. Bien entendu, le président n'est pas obligé d'user de cette faculté et il n'en use pas souvent en pratique.

Supposons donc que les époux ne se soient pas réconciliés, soit que le président n'ait pas tenté une nouvelle épreuve de conciliation, soit que l'épreuve ayant été tentée n'ait pas réussi. Le président rend alors une ordonnance qui constate la non conciliation etil autorise alors le demandeur à assigner devant le tribunal. Les hostilités vont être engagées.

Citation dans les 20 jours.

L'époux demandeur doit user de la permission de citer dans les vingt jours à partir de l'ordonnance. Art. 238, avant dernier alinéa, le dit: l'époux demandeur devra user de la permission de citer dans un délai de vingt jours à partir de l'ordonnance. S'il ne le fait pas, l'assignation qu'il aura délivrée passé le délai de vingt jours sera valable tout de même, seulement il y a une sanction qui résulte de l'art.238 dernier alinéa: "Faute par l'époux demandeur d'avoir usé de cette permission dans ledit délai, les mesures provisoires ordonnées à son profit cesseront de plein droit".

B - L'instance devant le tribunal. Application en principe de la procédure ordinaire

La procédure de conciliation est terminée; l'époux demandeur va assigner le défendeur devant le tribunal. Depuis la loi du 18 Avril 1886, la procédure de divorce devant le tribunal se déroule comme une procédure ordinaire. L'art. 239 dispose: "La cause est instruite et jugée dans la forme ordinaire, le ministère public entendu". Le ministère public doit donner ses conclusions, et il faut que la minute porte que le ministère public a donné ses conclusions, sans cela le jugement serait entaché de nullité.

Cas de divorce de plano.

La procédure va donc se dérouler suivant les formes ordinaires. Le tribunal peut, dans certains cas, admettre le divorce de plano. Par exemple l'époux demandeur produit un constat d'adultère ou une condamnation de son époux pour adultère, ou une expédition de l'arrêt qui a condamné l'époux à une peine afflictive et infamante. Ici le tribunal n'a pas besoin d'autre preuve, il prononcera le divorce de plano.

L'enquête.

Mais le plus souvent, lorsqu'il s'agit d'injures graves, il faut que le demandeur justifie de ses allégations. Le tribunal ordonnera généralement une enquête à l'effet de permettre à l'époux demandeur d'apporter la preuve des faits qui motivent son action. Cette enquête se déroule dans les formes ordinaires des enquêtes devant le tribunal civil (art. 245, al. 1). Rappelons qu'on peut entendre à l'enquête tous

Source : BIU Cujas

les parents à l'exception des descendants, et également les domestiques des époux.

Rejet de la demande

Lorsque les faits allégués par le demandeur ne sont pas établis, ou lorsque les faits ne paraissent pas suffisamment graves, le tribunal rejette la demande. Si les faits sont suffisamment établis, le juge doit prononcer le divorce.

Demande reconventionnelle

Il peut arriver que les deux époux soient demandeurs en divorce, et c'est souvent ce qui arrive en pratique. Par exemple la femme a formé une demande en divorce, fondée sur des injures graves. Le mari peut former de son côté une demande en divorce, mais s'il est demandeur reconventionnel il n'a pas besoin pour sa demande de recommencer toute la procédure de divorce, de présenter une requête au président. La demande reconventionnelle peut résulter de ce que l'on appelle un simple acte de conclusions. Inutile de procéder à une nouvelle tentative de conciliation qui échouerait certainement; un simple acte de conclusions suffit pour que la demande reconventionnelle soit valablement formée. Il suffira que l'époux défendeur fasse présenter des conclusions de demande reconventionnelle en divorce par son avoué.

Lorsque les deux époux sont demandeurs en divorce, le tribunal, si leurs griefs respectifs sont jugés suffisants, fait droit aux conclusions de chacun d'eux, il prononce le divorce aux torts réciproques des époux; c'est très fréquent et il semble que les tribunaux prononcent très facilement le divorce aux torts réciproques. Il arrive souvent que la demande principale soit fondée, mais la demande reconventionnelle est généralement fondée sur des faits peu graves. Malgré tout les tribunaux ont une tendance à admettre le divorce aux torts réciproques. C'est parce que la situation est désormais nette entre les époux, il n'y apas de pension alimentaire possible, car la pension alimentaire ne peut être accordée qu'à l'époux qui a obtenu le divorce; or, lorsque la demande en divorce de chacun d'eux a été accueillie, aucun d'eux ne peut prétendre à une pension alimentaire; la situation est nette entre les deux époux. C'est peut-être ce qui explique cette tendance.

Possibilité pour le tribunal avant de prononcer le divorce de surseoir à statuer pendant 6 mois

Supposons donc que la demande en divorce justifiée, soit au profit de l'époux demandeur, si lui seul a formé la demande, soit au profit des deux. L'art 246 permet en ce cas, mais en ce cas seulement de tenter une dernière épreuve de conciliation. Le tribunal peut en effet, en vertu de l'art. 246, surseoir pour un délai maximum de six mois, au prononcé du

Source : BIU Cujas

au maximum

divorce, sous la condition de maintenir ou de prescrire l'habitation séparée des époux. L'art. 246 dispose: "Lorsque la demande en divorce a été formée pour toute autre cause que celle qui est prévue par l'art. 232, le tribunal, encore que cette demande soit bien établie, peut ne pas prononcer immédiatement le divorce. Dans ce cas, il maintient ou prescrit l'habitation séparée et les mesures provisoires, pendant un délai qui ne peut excéder six mois. Après le délai fixé par le tribunal, si les époux ne se sont pas réconciliés chacun d'eux peut faire citer l'autre à comparaître devant le tribunal, dans le délai de la loi pour entendre prononcer le jugement de divorce".

Par conséquent, le tribunal peut procéder à cette suprême épreuve: surseoir à statuer pendant six mois. Le législateur espère que pendant ce délai d'épreuve les époux réfléchiront et se réconcilieront.

Supposez qu'il n'en soit pas ainsi. Si les époux ne se réconcilient pas, l'art. 246 décide qu'à l'expiration du délai maximum de six mois, l'un d'entre eux, que ce soit le demandeur ou le défendeur, peut faire citer l'autre afin de comparaître devant le tribunal pour entendre prononcer le jugement de divorce. Le tribunal ne peut plus retarder le prononcé du divorce.

Toutefois, le sursis n'est pas possible lorsque la demande en divorce est fondée sur la cause prévue par l'art. 232, c'est-à-dire la condamnation à une peine afflictive et infamante. La réconciliation en pareil cas n'est plus possible; l'époux est en prison, ou aux travaux forcés; on a jugé inutile en pareil cas de tenter cette suprême épreuve du sursis.

D'après la Cour de Cassation, la faculté de sursis n'est ouverte qu'au tribunal de première instance. Le sursis ne pourrait pas être ordonné en appel par la Cour. Le délai de six mois constitue une sorte de trêve au cours de laquelle on peut espérer que les époux se réconcilieront; aussi le jugement de sursis n'est-il pas susceptible d'appel, dit la Cour de cassation (Cassation, 24 juillet 1922, Sirey 1922,I,372).

Le prononcé du jugement; les voies de recours.

Quelles sont les voies de recours dont le jugement du tribunal est susceptible?

L'appel

Le jugement du tribunal qui prononce le divorce est susceptible d'abord d'appel (laissons de côté pour le moment le cas où l'époux défendeur a fait défaut ; supposons que la procédure a été contradictoire) L'appel est formé dans les conditions et le délai ordinaires.

xclusion de

Mais ce qui est intéressant ici, c'est d'abord

Source : BIU Cujas

l'acquiescement au jugement qui prononce le divorce.

le fait que le jugement de divorce n'est pas susceptible d'acquiescement. Art. 249: "Le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce n'est pas susceptible d'acquiescement". L'acquiescement à un jugement ou à un arrêt résulte de tout acte par lequel une partie accepte la décision rendue contre elle et renonce ainsi à l'attaquer, soit par la voie de l'appel, soit par la voie du pourvoi en cassation.

Par exemple un jugement a prononcé contre le défendeur une condamnation pécuniaire, l'a condamné à des dommages intérêts, ou à rembourser une somme qu'il devait à son créancier. Si étant encore dans les délais pour faire appel, le défendeur condamné exécute la condamnation volontairement, il a acquiescé au jugement, il a accepté la décision, il ne peut plus en faire appel. Il y a d'ailleurs différentes manières d'acquiescer à un jugement. Au contraire, en matière de divorce, l'acquiescement est interdit à l'égard du jugement ou de l'arrêt qui prononce le divorce; on ne peut pas acquiescer. L'époux qui a vu le divorce prononcé à ses torts et griefs ne peut pas dire: j'accepte le jugement, nous allons transcrire tout de suite le divorce? Pourquoi? C'est toujours la même idée: la loi a entendu réserver une dernière chance d'empêcher le divorce, parce que le jugement pourra peut être être réformé en appel, l'arrêt pourra peut-être être cassé par la Cour de cassation, et on retardera d'autant l'échéance du divorce.

Maintenant, il faut bien comprendre en quel sens on dit que le jugement n'est pas susceptible d'acquiescement: l'époux contre lequel le divorce a été prononcé n'est nullement obligé de faire appel, l'appel n'est pas obligatoire, mais il n'y a pas d'acquiescement possible en ce sens que, pour cet époux, il n'existe qu'un seul moyen d'acquiescer au jugement, c'est de laisser expirer le délai d'appel; il ne peut pas acquiescer avant que le délai d'appel ait été expiré. Or, le délai d'appel ne court que du jour de la signification qui lui est faite par l'autre époux, et à partir de cette signification court un délai d'un mois.

De même s'il s'agit d'un arrêt de cour d'appel qui a prononcé le divorce, l'époux qui ne veut pas se pourvoir en cassation doit laisser expirer le délai de pourvoi. Il ne peut pas acquiescer à l'arrêt. C'est à partir du jour où le délai est expiré que l'arrêt devient définitif.

Par contre, l'acquiescement est possible au jugement qui rejette la demande en divorce. C'est qu'ici le mariage subsiste.

Source : BIU Cujas

Caractère suspensif de l'appel et du pourvoi en cassation et même du délai de ces deux voies de recours

Le jugement de divorce par conséquent peut être frappé d'appel, et l'arrêt de la cour d'appel peut être frappé d'un pourvoi en cassation: l'appel est suspensif, ce qui est la règle générale, mais le pourvoi en cassation lui-même est suspensif en matière de divorce. Or c'est là une règle tout à fait exceptionnelle; en principe le pourvoi en cassation ne suspend pas l'exécution du jugement ou de l'arrêt frappé du pourvoi.

Bien plus, le délai d'appel et le délai du pourvoi en cassation sont suspensifs. C'est ce qui résulte de différents textes et notamment de l'art. 252, alinéa 2, C.C. Tant que le délai d'appel n'est pas expiré, le jugement n'est pas définitif. S'il y a eu appel tant que court le délai du pourvoi en cassation, l'arrêt n'est pas devenu définitif Enfin s'il y a eu pourvoi c est seulement au jour où la Cour de cassation a rejeté le pourvoi que l'arrêt prononçant le divorce est devenu définitif. C'est à ce moment-là seulement que les époux seront considérés comme divorcés (v. plus loin).

Particularités de la procédure par défaut. Mesures pour avertir le défendeur de la demande formée contre lui.

Il faut envisager un cas particulier. C'est le cas où l'époux défendeur a fait défaut. Ici la loi va prendre des précautions, parce qu'elle craint un divorce par surprise, et l'expérience nous démontre que le danger existe. Il est arrivé plus d'une fois en effet qu'un époux demandeur a réussi à obtenir le divorce sans que l'autre époux ait été averti. On faisait des significations en un lieu qui n'était pas le véritable domicile de cet époux; les significations ne touchaient pas l'époux défendeur, qui s'apercevait qu'il était divorcé par défaut. La loi prend donc des mesures particulières qui sont indiquées dans l'art. 247.

Première précaution, au début de l'instance: "Lorsque l'assignation n'a pas été délivrée à la partie défenderesse en personne et que cette partie fait défaut, le tribunal peut, avant de prononcer le jugement sur le fond, ordonner l'insertion dans les journaux d'un avis destiné à faire connaître à cette partie la demande dont elle a été l'objet".

La loi distingue deux cas. Premier cas: l'huissier a délivré l'assignation devant le tribunal à l'époux défendeur personnellement; il lui a remis l'assignation en mains propres. Ici le défendeur est averti, il ne peut pas soutenir qu'il ne connaît pas la procédure engagée contre lui. Si le défendeur fait défaut, on ne prend aucune précaution particulière pour l'avertir.

Deuxième cas: l'assignation a été remise par

Source : BIU Cujas

l'huissier au domicile par exemple au concierge ou à un domestique, et non personnellement au défendeur. On n'est pas certain que le concierge ou la personne qui a reçu l'assignation l'ait remise à l'époux défendeur. Si ce dernier comparaît, il n'y a pas de difficulté, mais s'il fait défaut la loi permet au tribunal, avant de rendre son jugement, d'ordonner l'insertion dans les journaux d'un avis destiné à faire connaître à la partie défenderesse la demande dont elle a été l'objet. Ce sera un avis inséré sous une forme un peu voilée; on avertit M. un Tel, par le greffe du tribunal, qu'il a à se présenter à ce greffe, ou qu'une demande a été formée contre lui; on n'indique pas qu'il s'agit d'une demande en divorce. C'est une annonce qui est susceptible de toucher le défendeur. Le tribunal n'est pas obligé de recourir à ce moyen de publicité, mais il peut le faire.

Voie de recours contre le jugement par défaut l'opposition; mesures pour avertir le défaillant.

Supposons maintenant que le jugement ou l'arrêt ait été rendu par défaut; le défendeur n'ayant pas comparu. D'après le droit commun, la partie, qui est condamnée par défaut, peut user d'une voie de recours qu'on appelle l'opposition; cette voie de recours est ouverte à l'époux défendeur qui a vu prononcer contre lui le divorce par défaut.

Mais ici la loi va encore prendre des précautions particulières. La loi fait encore une distinction suivant que le jugement ou l'arrêt a été signifié à la personne même de l'époux défendeur, ou a été simplement signifié à son domicile.

Si la signification du jugement ou de l'arrêt a été faite à la personne même du défendeur, ce défendeur est averti, il sait qu'il peut faire opposition; par conséquent il n'y a pas de procédure spéciale pour le protéger d'une manière particulière.

Si, au contraire, la signification n'a pas été faite à la personne elle-même, le tribunal ordonne, sur simple requête du demandeur, la publication du jugement par extrait dans un journal. L'opposition en pareil cas est recevable dans les huit mois qui suivent le dernier acte de publicité.

Si au contraire le jugement a été signifié à la personne même de l'époux défaillant il n'y a pas besoin de publicité dans les journaux; l'époux n'a qu'un mois à dater de la signification du jugement pour faire opposition.

Contre ces précautions prises en cas de défaut, la loi a édicté en cette matière une mesure pénale. Dans le cas où l'un des époux, par des manoeuvres dolosives, aurait réussi à tenir son conjoint dans l'i-

Source : BIU Cujas

frauduleusement

gnorance de la demande en divorce dirigée contre lui et à obtenir ainsi un jugement par défaut, la loi édicte une sanction pénale qui résulte d'une loi du I3 Avril I932: "Quiconque aura, par des manoeuvres dolosives ou de fausses allégations, tenu ou tenté de tenir son conjoint dans l'ignorance d'une procédure de divorce ou de séparation de corps dirigée contre lui, sera puni d'un emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende de I00 Frs à I0.000 francs ou de l'une de ces deux peines seulement".

En outre, la jurisprudence a imaginé une autre sanction, qui d'ailleurs peut très bien se justifier en droit: c'est que l'opposition en pareil cas est recevable malgré l'expiration des délais légaux d'opposition (Cassation 2 Juin I923, Sirey I923,II, 375).

Mesures provisoires ou conservatoires pouvant intervenir pendant l'instance.

Reste à parler des mesures provisoires ou conservatoires qui peuvent être prises au cours de l'instance en divorce. Ces mesures provisoires ou conservatoires sont relatives: I° à la résidence des époux; 2° à leurs dépenses d'entretien; 3° à la conservation de leurs intérêts pécuniaires; 4° à la garde provisoire des enfants.

Autorité compétente pour ordonner ces mesures.

Pendant le préliminaire de conciliation, c'est le président du tribunal qui a qualité pour ordonner ces mesures provisoires. Lorsque le tribunal est saisi par l'assignation du demandeur, le tribunal seul en principe a compétence pour statuer sur les mesures provisoires. Cependant, en cas d'extrême urgence on peut s'adresser au président du tribunal statuant en référé.

I - Mesure concernant la résidence séparée d'un époux. Situation de la femme depuis I938.

La mesure provisoire qu'il y a lieu d'ordonner le plus tôt possible en cas d'instance en divorce, c'est d'autoriser les époux à résider séparément. C'est la première mesure que l'on prend toujours. C'est généralement la femme, qu'elle soit demanderesse ou défenderesse, qui est autorisée à résider séparément, le mari demeurant au domicile conjugal. Mais les juges peuvent très bien autoriser la femme à demeurer au domicile conjugal et enjoindre au mari d'aller résider ailleurs. Par exemple, la femme est commerçante, elle exerce un commerce au lieu où se trouve le domicile conjugal; on maintiendra la femme au domicile conjugal et le président enjoindra au mari d'aller résider ailleurs.

Avant la loi du I8 Février I938, il existait une différence importante entre la femme et le mari: le mari choisissait la résidence où il lui plaisait au contraire le président, lorsqu'il décidait que le mari restait au domicile conjugal, fixait la résidence

Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

provisoire de la femme, et celle-ci ne pouvait pas s'absenter de cette résidence sans encourir une sanction: la fin de non recevoir dont il a été question antérieurement.

La loi du I8 Février I938 a abrogé le texte de l'art. 24I relatif à la résidence provisoire. Par conséquent aujourd'hui le président n'a plus qu'une chose à faire: c'est de décider que les époux résideront séparément, mais il n'a pas à fixer la résidence de la femme. Celle-ci choisit librement sa résidence; elle peut en changer librement au cours de la procédure.

L'absence de la femme pendant l'instance n'est pas un domicile. Le domicile conjugal subsiste jusqu'au divorce là où il était fixé auparavant. La femme sera assigné par les tiers devant le tribunal du domicile conjugal. Mais, dans les rapports des époux entre eux, les actes de la procédure doivent être signifiés à la femme à sa résidence.

2°- Mesures provisoires concernant l'entretien des époux. La provision alimentaire et la provision ad litem.

Une autre catégorie de mesures provisoires a trait aux dépenses d'entretien des époux. Puisque la vie commune cesse dès l'ouverture de l'instance, il est indispensable que celui des époux qui est sans ressources reçoive de l'autre les sommes nécessaires pour lui permettre de vivre en attendant la solution du proces. L'époux, qui a besoin de recevoir une aide pendant cette période est généralement la femme, parce que, dans la plupart des cas, les époux sont mariés sous le régime de la communauté, en tout cas sous un régime qui confère au mari l'administration des biens de la femme et la perception des revenus du ménage. C'est donc la femme en général qui pourra obtenir du président du tribunal, dès le préliminaire de conciliation, une provision alimentaire. L'art. 238, al. 2, prévoit en effet que le président en même temps qu'il accorde le permis de citer, qu'il statue sur la résidence de l'époux demandeur, peut statuer sur la demande d'aliments. Il fixera une provision alimentaire que le mari devra payer à sa femme.

D'autre part, et toujours pour la même raison, il y a lieu généralement d'allouer à la femme, à moins qu'elle ait des ressources personnelles, ce que l'on appelle une provision "ad litem", c'est-à-dire une provision qui permettra à la femme de pourvoir aux frais de l'instance, frais d'avoué, ou frais d'avocat (art. 240).

C'est donc au président en conciliation qu'il appartient en principe de fixer soit la provision alimentaire soit la provision "ad litem" et les deux

Source : BIU Cujas

le cas échéant. En tout cas, si le président n'a pas statué ou s'il y a un changement apporté aux provisions telles qu'elles ont été fixées par le président, le tribunal est compétent, au cours de l'instance, pour le faire. Pendant l'instance en conciliation, c'est le président qui a compétence, pendant le cours de l'instance, c'est le tribunal et, en cas d'urgence, le président statuant en référé.

Il peut arriver que ce soit le mari qui soit sans ressources. Par exemple, la femme est séparée de biens ou commerçante, le mari est sans ressources; il peut être hors d'état de travailler pour cause de maladie ou pour tout autre chose; en pareil cas, c'est la femme qui peut être appelée à fournir une provision alimentaire ou une provision "ad litem" à son mari.

3° Mesures pour sauvegarder les intérêts pécuniaires des époux.

Une troisième catégorie de mesures provisoires qui peuvent être prises pendant l'instance a trait à la conservation des intérêts pécuniaires des époux. La loi veut empêcher que l'un des époux, généralement le mari, administrateur de la communauté et des biens personnels de sa femme, ne profite de la situation pour détourner à son profit les biens de l'autre époux ou les biens de la communauté.

Aussi l'article 242 permet-il à l'un ou à l'autre des époux, mari ou femme, dès la première ordonnance, par conséquent dès la requête présentée par le demandeur au président, d'obtenir de lui une autorisation de prendre des mesures conservatoires et notamment de faire apposer les scellés sur les biens de la communauté.

L'apposition des scellés n'est pas la seule mesure conservatoire qui puisse être prise. Le tribunal peut en ordonner d'autres suivant les circonstances. La jurisprudence va même très loin dans cette voie Lorsque les époux sont mariés sous la communauté, elle admet que le tribunal, pour sauvegarder les intérêts de la femme, puisse ordonner l'établissement d'un séquestre sur les biens propres de la femme, ou même sur certains biens de la communauté, afin d'empêcher les détournements de la part du mari. Les biens sont ainsi soustraits à l'administration ou aux dilapidations possibles de la part du mari.

Annulabité des actes passés par le mari en fraude des droits de la femme.

Enfin, l'art. 243 contient une sorte de disposition répressive, tandis que celles que nous venons de voir, apposition des scellés ou mise sous séquestre, sont des dispositions préventives. L'art. 243 décide que: "Toute obligation contractée par le mari à la charge de la communauté, toute aliénation par lui faite des immeubles qui en dépendent, postérieurement à la date de l'ordonnance dont il est fait mention

Source : BIU Cujas

à l'article 235 (l'ordonnance permettant d'assigner en conciliation), sera déclarée nulle, s'il est prouvé d'ailleurs qu'elle a été faite ou contractée en fraude des droits de la femme".

En un mot, le mari ne perd pas pendant l'instance ses droits d'administrateur de la communauté et même d'administrateur des biens personnels de la femme, mais les obligations qu'il pourrait contracter en fraude des droits de sa femme ou les aliénations qu'il pourrait consentir en fraude des droits de cette dernière pourront être annulées à la demande de celle-ci, du moment que ces obligations ont été contractées, que ces aliénations ont eu lieu après l'ordonnance permettant à l'époux demandeur de citer en conciliation.

4° Garde des enfants.

Enfin, il est une dernière catégorie de mesures provisoires permises par la loi et sur lesquelles nous aurons l'occasion d'insister par la suite. Ce sont les mesures provisoires relatives à la garde des enfants. Pour le moment nous ne nous occupons pas de ce qui concerne les enfants au cours de l'instance en divorce; nous retrouverons la question en étudiant la puissance paternelle.

§ 2 - Les formalités consécutives au jugement.

Mesures de publicité.

La première et la plus importante de ces formalités consécutives au jugement de divorce c'est la transcription.

En quoi consiste la transcription? Elle est prévue par l'art. 251. Elle consiste dans la transcription du dispositif du jugement ou de l'arrêt sur les registres de l'état civil du lieu où le mariage a été célébré. En outre, mention doit être faite de ce jugement ou de cet arrêt en marge de l'acte de naissance de l'époux.

A - Transcription du dispositif du jugement comment elle est obtenue.

Voyons d'abord les formalités de la transcription. Aux termes de l'art. 252, la transcription est faite au nom de l'époux qui a obtenu le divorce et à la diligence de son avoué, sous peine d'une amende de cent francs à la charge de l'avouéqui n'observerait pas la loi.

A cet effet, la décision qui prononce le divorce est signifiée (dans son dispositif, bien entendu, on n'indique pas les motifs) à l'officier de l'état civil compétent pour être transcrite sur les registres; elle est signifiée par ministère d'huissier. La signi-

Source : BIU Cujas

fication doit avoir lieu dans le délai de quinze jours à compter de la date où la décision est devenue définitive.

A défaut par l'avoué de la partie qui a obtenu le divorce de faire la signification dans le délai de quinze jours, l'autre partie a le droit de faire cette signification et de réquérir la transcription?

La transcription et son rôle pour la détermination du moment auquel commencent les effets du divorce.

Mais qu'arriverait-il si la transcription n'était pas faite? Aujourd'hui, il n'y aurait aucune sanction en ce sens que le divorce existe entre les époux même lorsqu'il n'a pas été transcrit.

Quel est le rôle de cette transcription? Incontestablement, c'est un acte de l'état civil, destiné par conséquent à renseigner les tiers sur la situation des époux qui sont désormais divorcés.

Mais la transcription joue encore un autre rôle. Pour comprendre le rôle que joue actuellement la transcription, il est nécessaire de retracer rapidement l'historique de la question depuis le Code civil.

La question qui se pose en effet est celle de savoir à quel moment exact les époux sont divorcés. Notre législation a passé sur ce point par trois systèmes : système du Code civil, qui avait été repris en I884 lors du rétablissement du divorce; système de la loi de I886; et enfin le système actuel qui date d'une loi du 26 Juin I9I9.

Point de départ des effets du divorce. I) Système du C.C. prononcé du divorce par l'officier de l'état civil.

Dans les deux premiers systèmes, système du Code civil et système de la loi de I886, les époux ne sont pas divorcés par le seul fait qu'un jugement ou arrêt a prononcé le divorce entre eux et que cette décision est devenue définitive. Le divorce exige encore une formalité supplémentaire. D'après le Code de I804, dont la disposition sur ce point avait été reprise en I884, une fois le jugement ou l'arrêt ayant prononcé le divorce entre les époux, les époux n'était pas encore divorcés. Les époux devaient comparaître devant l'officier de l'état civil accompagnés de quatre témoins, de même qu'ils avaient comparu devant cet officier de l'état civil accompagnés de quatre témoins le jour du mariage. C'était l'officier de l'état civil, qui en vertu du jugement ou de l'arrêt devenu définitif, prononçait le divorce entre les époux, de même qu'il avait prononcé leur mariage. C'était au moment seulement de la prononciation du divorce que les époux étaient considérés comme divorcés, de même que c'est au moment même où l'officier de l'état civil prononce qu'ils sont unis au nom de la loi que les époux sont considérés comme mariés.

La loi, par conséquent, inspirée par un besoin de symétrie bien peu explicable, soumettait le mariage

Source : BIU Cujas

et le divorce aux mêmes formalités. L'officier de l'état civil prononçait le divorce de même qu'il prononçait le mariage. Complication bien inutile, qui donnait lieu parfois à des scènes scandaleuses.

2 - Loi de I886 nécessité de la transcription du divorce pour que celui-ci soit parfait entre les époux.

Aussi la loi de I886 a-t-elle supprimé la nécessité de cette comparution des époux divorcés devant l'officier de l'état civil. Mais la loi de I886 n'avait pas admis pour autant que le divorce résultât du jugement lui-même ou de l'arrêt. La loi de I886 avait substitué à la comparution devant l'officier de l'état civil une autre formalité: la transcription sur les registres de l'état civil, qui seule opérait le divorce. Par conséquent, de ce que le divorce n'existait pas avant la transcription, il résultait que, si l'un des époux venait à mourir entre le jugement ou l'arrêt même devenu définitif et la transcription, le mariage était considéré comme dissous par la mort et non par le divorce; le jugement de divorce était considéré comme non avenu; jusqu'à la transcription les époux restaient mariés, ils restaient tenus à l'obligation de fidélité, et à toutes les obligations résultant du mariage; jusqué-là la femme restait frappée d'incapacité. C'était seulement la transcription du divorce qui opérait la dissolution du lien conjugal.

Dans ce système, la loi, qui ne voulait pas que l'état des époux demeurât indéfiniment en suspens, avait imparti un délai dans lequel les époux étaient tenus de réquérir la transcription, un délai de deux mois à partir du jour où le jugement était devenu définitif. La sanction de ce délai c'est que si le divorce n'était pas transcrit dans le délai imparti par la loi, le divorce était considéré comme non avenu. On discutait d'ailleurs sur le point de savoir ce qu'il fallait entendre par là.

Tel était le système qui était admis par la loi de I886 et qui a subsisté jusqu'à I9I9: les époux n'étaient divorcés qu'au jour où la transcription était opérée sur les registres de l'état civil. Jusque là la loi réservait une dernière possibilité de réconciliation; du moment que les époux n'usaient pas du délai qui leur était imparti pour opérer la transcription, le divorce était considéré comme non avenu.

3 - Loi de I9I9 a) du principe que le divorce existe entre les époux dès que le jugement prononçant le

La loi du 26 Juin I9I9 est venue modifier cette législation. C'est le régime sous lequel nous vivons actuellement. Désormais les époux se trouvent divorcés du jour où le jugement ou l'arrêt est devenu définitif, c'est-à-dire n'est plus susceptible d'une voie de recours; ou bien l'époux contre lequel le divorce a été prononcé a laissé expirer le délai d'appel sans

Source : BIU Cujas

le divorce est devenu définitif.

user de cette faculté, ou bien, ayant fait appel et ayant vu son appel rejeté, il ne s'est pas pourvu en cassation et il a laissé expirer le délai; ou bien encore l'époux contre lequel le divorce a été prononcé a usé de toutes les voies de recours, il a fait appel, il s'est pourvu en cassation, son pourvoi a été rejeté; désormais toutes les voies de recours sont épuisées, le jugement ou l'arrêt est devenu définitif.

Tel a été l'objet essentiel de la loi de 1919, bien que le principe n'ait pas été expressément formulé par elle, mais cette solution, qui ne fait aucun doute, résulte très nettement quoiqu'indirectement, d'un changement de rédaction apporté à l'article 244, alinéa 3, au sujet de la conséquence du décès d'un des époux: "L'action en divorce, dit le texte, s'éteint également par le décès de l'un des époux survenu avant que le jugement ou l'arrêt prononçant le divorce soit devenu définitif", tandis que dans le texte antérieur (système de 1886) l'action en divorce s'éteignait par le décès de l'un des époux survenu avant la transcription. Par conséquent dans le système de 1886 si l'un des époux venait à décéder entre le moment où le jugement était devenu définitif et la transcription, le divorce était considéré comme non avenu, le mariage était dissous par la mort. Aujourd'hui il suffit que le jugement ou l'arrêt soit devenu définitif pour que les époux soient considérés comme divorcés; peu importe que l'un d'eux décède après que le jugement est devenu définitif. Les époux sont divorcés du jour où l'arrêt est devenu définitif.

b) Maintien de la transcription comme moyen de publicité pour rendre le divorce opposable aux tiers en ce qui concerne les rapports pécuniaires des époux avec ceux-ci.

Ce n'est pas à dire que la loi ait supprimé la nécessité de la transcription. Cette transcription s'imposait puisqu'il s'agit d'un acte de l'état civil. Le mariage est inscrit sur les registres de l'état civil, il est tout naturel que le divorce y figure aussi; c'est nécessaire pour renseigner les tiers.

Mais en outre la loi fait produire encore aujourd'hui à la transcription un effet proprement juridique. La loi, en un mot, maintient la transcription comme mesure de publicité destinée à porter le divorce à la connaissance des tiers, et nous verrons qu'au point de vue des intérêts pécuniaires des époux et dans leurs rapports avec les tiers les époux ne sont véritablement divorcés qu'au jour de la transcription.

C'est précisément là qu'est la difficulté sur laquelle il convient de s'expliquer. Dans leurs rapports entre eux, dans leurs rapports personnels, même avec les tiers, les époux sont considérés comme divorcés dès le jour où le jugement est devenu définitif. Au contraire, en ce qui concerne leurs rapports pécuni-

Source : BIU Cujas

aires, et seulement en ce qui concerne les tiers, les époux ne sont divorcés que du jour de la transcription. La transcription joue donc encore aujourd'hui le rôle au point de vue purement juridique. Ce n'est pas un simple acte d'état civil; la transcription rend le divorce opposable aux tiers en ce qui concerne les rapports pécuniaires des époux (v. plus loin)

Publicité du jugement par affichage et insertions dans les journaux.

Il existe d'autres formalités consécutives au jugement, formalités qui n'ont pas la même importance que la transcription, qui sont néanmoins exigées par la loi.

Ce sont d'abord les deux formalités prévues par l'art. 250. L'art. 250 exige dans son alinéa 1er, qu'un extrait du jugement ou de l'arrêt qui prononce le divorce soit inséré aux tableaux exposés dans l'auditoire des tribunaux civils et de commerce. Il y a en effet dans les auditoires des tribunaux civils et de commerce des tableaux destinés à recevoir certaines publications. Formalité bien inutile car personne en général ne consulte ces tableaux.

Autre formalité de publicité, plus efficace: la publicité dans les journaux. L'art. 250, al. 2, exige que l'on insère un extrait indiquant le divorce dans 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

Ces formalités ne comportent pas de sanctions; l'omission de ces mesures n'empêche pas le divorce d'exister.

Mention au registre du commerce.

Enfin, dernière formalité, spéciale aux commerçants: lorsque l'un des époux est commerçant, il doit être fait mention de son divorce au registre du commerce. Tous les commerçants en effet doivent être immatriculés au registre du commerce, registre tenu au tribunal de commerce et qui doit contenir un certain nombre de renseignements sur les époux, notamment sur l'état civil du commerçant; de même que le mariage du commerçant figure au registre du commerce, de même il doit y être fait mention de son divorce.

Section III

Les effets du divorce

Le divorce produit des effets: I° entre les époux, et 2° à l'égard des enfants issus du mariage. Nous n'en-

Source : BIU Cujas

visageons pour le moment que les effets du divorce dans les rapports des époux.

Dissolution pour l'avenir du lien conjugal.

Dans les rapports des époux, le divorce amène la rupture du lien conjugal, mais de même que la mort il n'opère que pour l'avenir. Le mariage a produit ses effets jusqu'au jour où le jugement ou l'arrêt est devenu définitif; le divorce n'existe qu'à partir de ce jour. Le divorce se distingue, sur ce point, de la nullité du mariage qui opère avec une sorte d'effet rétroactif, puis que le mariage est considéré comme n'ayant jamais existé.

A - Rapports personnels des époux. Disparition de toutes les conséquences du mariage et des devoirs réciproques qu'il entraine.

L'état de mariage prend donc fin avec le divorce. Toutes les conséquences du mariage disparaissent. La femme recouvre son entière liberté et sa pleine capacité, dans la mesure où aujourd'hui encore elle perd une partie de son indépendance et une partie de sa capacité en se mariant. D'autre part, disposition que nous avons déjà rencontrée par l'effet du divorce chacun des époux reprend l'usage de son nom.

Prennent également fin les obligations réciproques des époux : conabitation, fidélité, secours et assistance. Toutefois, nous verrons bientôt que le devoir de secours subsiste dans une certaine mesure. Il survit au divorce sous la forme d'une pension alimentaire qui peut être allouée en faveur de l'époux qui a obtenu le divorce.

D'autre part, après le divorce, toute vocation successorale disparaît, est supprimée entre les époux. A la mort de son ex-conjoint, l'époux divorcé ne peut, bien entendu, invoquer les droits successoraux qui sont admis par la loi entre époux; il n'est plus un époux.

Voilà un certain nombre d'effets résultant de la dissolution du lien conjugal opérée par le divorce. Ces effets sont relatifs aux rapports personnels des époux. Il faut nous demander à partir de quel moment se produisent ces effets.

Point de départ de ces effets à dater du jour où le jugement du divorce est devenu définitif.

La réponse est facile aujourd'hui. Ces effets se produisent à partir du jour où la décision est devenue définitive. Autrefois, ils ne se produisaient qu'à partir de la transcription; depuis la loi du 26 juin 1919, c'est au jour où la décision est devenue définitive que les époux ne se doivent plus fidélité, que la femme ne peut plus porter le nom de son mari, etc..., que tous les devoirs réciproques entre époux prennent fin.

C'est encore à partir du jour où la décision est devenue définitive que court le délai de 300 jours au-delà duquel les enfants que la femme mettrait au monde ne seraient plus considérés comme nés du mari.

La solution est donc très simple depuis la loi du 26 Juin 1919.

Remariage de la femme. Nécessité de respecter le délai de viduité et que la transcription ait été opérée.

Mais voici une autre conséquence du divorce, qui, elle, ne va pas se produire au jour où le divorce est devenu définitif, qui ne se produira qu'au jour de la transcription. C'est le remariage des époux. Une des conséquences du divorce c'est que chacun des époux peut désormais contracter un nouveau mariage, sauf pour la femme, bien entendu, l'obligation d'observer le délai de viduité. Mais à partir de quel moment les époux peuvent-ils contracter un nouveau mariage? Il semblerait que ce dût être, tout au moins pour le mari, au jour où le jugement ou l'arrêt est devenu définitif, puisque c'est à partir de ce jour-là que les époux sont divorcés. Il n'en est pas ainsi. Ici la transcription va jouer son rôle. La femme ne peut se remarier immédiatement après le divorce que lorsqu'il s'est écoulé trois cents jours depuis l'ordonnance qui lui a permis d'avoir un domicile séparé, mais supposons qu'il en soit ainsi, peut-elle se remarier aussitôt que le jugement est devenu définitif? Non, l'article 296 décide en effet que la femme divorcée pourra se remarier aussitôt après la transcription du jugement ou de l'arrêt ayant prononcé le divorce, si toutefois il s'est écoulé trois cents jours depuis qu'est intervenue, dans l'instance qui a abouti au divorce, l'ordonnance prévue à l'article 236. La femme ne peut donc pas se remarier immédiatement, elle doit attendre la transcription du jugement de divorce. Par une singulière inconséquence, le législateur ici fait courir le délai du jour de la transcription.

Remariage du mari; nécessité d'attendre que la transcription soit opérée.

Mais comme la loi n'a rien dit du mari, on pouvait se demander si la même solution est applicable au mari. Evidemment oui; puisque la femme ne peut se remarier qu'à dater de la transcription, il faut logiquement admettre la même solution en ce qui concerne le mari. On décide donc que ni le mari ni la femme ne peuvent se remarier tant que la transcription n'a pas été opérée.

Jusqu'ici nous avons étudié les conséquences du divorce en ce qui concerne les rapports personnels des époux. Ces conséquences du divorce se produisent au jour où le règlement est devenu définitif, sauf en ce qui concerne la question du second mariage.

B- Conséquences quant aux rapports pécuniaires des époux.

Voyons maintenant les conséquences du divorce relatives aux intérêts pécuniaires des époux. Ici nous allons rencontrer une complication.

Le régime matrimonial qui unissait les époux va prendre fin avec le mariage; par conséquent, il y aura

Source : BIU Cujas

Dissolution du régime matrimonial et liquidation des droits pécuniaires des époux.

lieu de procéder à la liquidation des droits respectifs des époux; chacun va reprendre la libre disposition de ses biens.

En ce qui concerne la liquidation des intérêts pécuniaires des époux, il existe une règle tout à fait spéciale, touchant la date à laquelle remontent les effets du divorce: à quel moment le régime matrimonial doit-il être considéré comme dissous? La loi ne donne pas ici une réponse uniforme à la question; elle distingue suivant qu'il s'agit des rapports des époux entre eux ou de leurs rapports avec les tiers.

I - Rétroactivité du divorce entre les époux, jusqu'au jour de l'assignation devant le tribunal.

Etudions d'abord la question dans les rapports des époux entre eux. C'est l'art. 252, dernier alinéa, qui pose le principe 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.

Voilà des époux qui sont mariés sous le régime de la communauté; à quel moment dans leurs rapports entre eux, la communauté est-elle réputée dissoute?

Dans les rapports des époux entre eux, la communauté est réputée dissoute au jour de la demande de divorce. C'est ce que la loi exprime en disant 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 effet rétroactif du jugement au jour de la demande. Tandis qu'en ce qui concerne leurs rapports personnels les époux sont divorcés au jour où le jugement est devenu définitif, en ce qui concerne leurs rapports pécuniaires ils sont considérés comme divorcés dès le jour de la demande de divorce.

Cette rétroactivité du jugement de divorce s'explique parce que la loi a entendu qu'un époux n'eût pas à souffrir des lenteurs de la procédure du divorce au point de vue de ses intérêts pécuniaires.

Supposons - c'est le cas le plus fréquent - que les époux soient mariés sous le régime de la communauté légale, et supposons qu'au cours de l'instance en divorce l'un des époux recueille une succession comprenant des valeurs mobilières. Si nous n'avions pas la disposition de l'art. 252, les valeurs mobilières seraient entrées en communauté et l'autre époux, à la dissolution, aurait eu droit à la moitié de ces valeurs. C'est la règle, sous le régime de la communauté légale, que les meubles, et notamment les valeurs mobilières, entrent en communauté. Si les époux n'étaient considérés comme divorcés qu'au jour où le jugement est devenu définitif et que l'un d'eux vienne à recueillir une succession comprenant des valeurs mobilières au cours de l'instance, ces valeurs

Source : BIU Cujas

mobilières seraient partagées entre les deux époux. La loi ne l'a pas voulu, elle entend que la composition de la communauté soit définitivement fixée au jour de la demande en divorce. La communauté doit être considérée comme dissoute au jour de cette demande et par conséquent dans notre exemple, les valeurs mobilières qui sont advenues à l'époux par succession lui appartiendront tout entière, elles seront considérées comme ayant été recueillies par lui après la dissolution du mariage.

Voilà la raison d'être de cette disposition. Mais que faut-il entendre par "demande"? Le jour de la "demande", est-ce le jour où l'époux présente sa requête à fin d'être autorisé à citer en conciliation? est-ce le jour où l'époux ayant comparu en conciliation, et la conciliation n'ayant pas eu lieu, est autorisé par le président à assigner? Est-ce le jour de l'assignation? On pouvait discuter. En pratique, la jurisprudence a décidé que le jour de la demande c'était le jour de l'assignation devant le tribunal (Cass. 27 Mai 1921, Dalloz 1923,I,65).

C'est donc au jour de l'assignation devant le tribunal que la communauté, et d'une manière générale le régime matrimonial est réputé avoir pris fin, dans les rapports des époux entre eux.

2. A l'égard des tiers: au jour de la transcription.

Il nous faut maintenant envisager leurs rapports avec les tiers. C'est une autre règle qui est également indiquée dans l'art. 252, alinéa final. Après avoir dit que le jugement ou l'arrêt remonte, dans les rapports des époux, en ce qui concerne leurs biens, au jour de la demande, le même texte ajoute: mais le jugement ou l'arrêt ne produira effet au regard des tiers que du jour de la transcription. En ce qui concerne les rapports pécuniaires entre les époux, on ne tient donc pas compte du tout du jour où le jugement est devenu définitif. Dans les rapports des époux entre eux, c'est le jour de la demande, dans les rapports avec les tiers c'est le jour de la transcription, mesure de publicité qui est destinée à avertir les tiers; les tiers sont censés ne connaître le divorce qu'au jour de la transcription.

Conséquences en ce qui concerne les droits des créanciers sur les biens communs et en ce qui concerne les actes du mari sur les

Quelles conséquences en résultent? Il peut y avoir des conséquences fort importantes. En particulier vis-à-vis des tiers la communauté n'est réputée dissoute qu'au jour de la transcription du divorce. En conséquence, les créanciers du mari pourront saisir les biens communs jusqu'au jour de la transcription, parce que vis-à-vis d'eux la communauté est toujours existante tant que le divorce n'est pas transcrit. Or, c'est un principe que les créanciers du mari peuvent

Source : BIU Cujas

biens communs et sur les propres de la femme.

saisir les biens de la communauté, et notamment les valeurs mobilières recueillies par succession par la femme au cours de l'instance.

D'autre part, tant que la transcription n'a pas eu lieu, le mari pourra faire avec des tiers des actes d'administration sur les biens communs, et même sur les biens personnels de sa femme, et ces actes seront opposables en principe à la femme, sauf le cas de fraude du mari.

Par contre les époux ne pourraient opposer le défaut de transcription à l'encontre des biens. Par exemple une femme séparée de biens qui aurait vendu un de ses immeubles après le jour où le jugement du divorce est devenu définitif ne pourrait excéper de son incapacité à l'encontre de l'acheteur sous prétexte que le jugement n'était pas transcrit au jour de la vente. La transcription est exigée dans l'intérêt des tiers, mais son absence ne peut leur nuire.

Déchéance de l'époux coupable à l'égard des libéralités et avantages matrimoniaux.

Une autre conséquence du divorce, ce sont les déchéances qui résultent du divorce, déchéances pécuniaires à l'encontre de l'époux contre lequel le divorce a été prononcé.

La loi frappe en effet d'une déchéance l'époux contre lequel le divorce a été prononcé. Cette déchéance résulte des articles 299 et 300. Ici encore, il faut faire appel à la législation des régimes matrimoniaux.

Article 299: "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".

Article 300: "L'époux qui aura obtenu le divorce conservera les avantages à lui faits par l'autre époux, encore qu'ils aient été stipulés réciproques et que la réciprocité n'ait pas lieu".

Si les époux se sont fait une donation par contrat de mariage, ou s'ils se sont assuré par contrat de mariage certains avantages, l'époux qui a obtenu le divorce conserve ces avantages; l'époux contre lequel le divorce est prononcé au contraire en est déchu de plein droit.

Supposons que le divorce ait été prononcé aux torts réciproques des époux; ils sont déchus l'un et l'autre des avantages qu'ils se sont consentis unilatéralement ou réciproquement. Tous les avantages sont déclarés non avenus; et c'est une des raisons pour lesquelles les tribunaux admettent si facilement les divorces aux torts réciproques; la situation est nette.

Source : BIU Cujas

Nature de cette déchéance

Il s'agit d'une véritable peine civile, qui frappe l'époux aux torts duquel le divorce a été prononcé. Il est déchu des avantages qui lui ont été consentis par l'autre, tandis que l'autre conserve ces avantages, bien qu'ils aient été stipulés réciproques.

Avantages atteints par la déchéance. I- Libéralités faites à l'époux coupable par contrat de mariage ou pendant le mariage

Mais à quels avantages s'applique cette disposition des articles 299 et 300? La loi s'applique: I° aux libéralités proprement dites faites par l'un des époux à l'autre soit dans le contrat de mariage soit au cours du mariage. Il est fréquent que les époux se fassent des libéralités dans leur contrat de mariage, par exemple se donnent l'usufruit de leurs biens au profit du survivant d'entre eux; ou bien des époux se font une donation au cours du mariage.

Les art. 299 et 300 s'appliquent aux libéralités testamentaires comme aux libéralités entre vifs. Par conséquent, la disposition de la loi s'applique d'une manière générale et en premier lieu à toutes les libéralités que les époux ont pu se faire soit dans le contrat de mariage, soit depuis le mariage.

Maintien des libéralités antérieures au mariage ou faites par un tiers

Par contre les libéralités antérieures au mariage ne sont pas atteintes. Supposez qu'avant d'être marié l'un des époux ait fait une libéralité à l'autre, cette libéralité n'ayant pas été faite au cours du mariage ni dans le contrat de mariage n'est pas atteinte par la déchéance. La déchéance ne frappe pas davantage les libéralités qui auraient été faites par un tiers à l'un des futurs époux: ces libéralités subsistent. La loi ne frappe de déchéance que les libéralités faites par un des époux à l'autre, par l'époux outragé à l'époux coupable.

Des libéralités que conserve l'époux innocent.

L'article 300 décide que l'époux qui a obtenu le divorce conserve ses libéralités; seulement il faut bien s'entendre, il ne les conserve pas toutes en fait et cela parce qu'il y a un certain nombre de ces libéralités qui sont essentiellement révocables.

D'abord les libéralités testamentaires: l'époux coupable avait fait son testament en faveur de son époux. Evidemment rien de plus facile pour lui que de révoquer son testament: c'est ce qu'il fera.

D'autre part; il est une autre catégorie de donations entre époux qui sont révocables: ce sont les donations entre époux pendant le mariage. L'époux coupable conserve le droit de révoquer la donation qu'il avait faite à l'époux qui a obtenu le divorce. Il ne manquera pas de faire cette révocation.

Finalement, l'époux qui a obtenu le divorce bénéficie d'une façon certaine des libéralités qui lui ont été faites par contrat de mariage. Quant aux donations

Source : BIU Cujas

qui lui ont été faites par l'époux coupable pendant le mariage, il est très vraisemblable que l'époux coupable va les révoquer, et de même son testament.

2 - Déchéances des avantages matrimoniaux.

2° - Par "avantages" il ne faut pas entendre seulement les libéralités qu'ont pu se consentir les époux; il faut entendre encore par là les <u>avantages matrimoniaux.</u> Il s'agit par exemple d'une clause de partage inégal de la communauté, il peut être prévu par exemple dans le contrat de mariage que l'un des époux ou l'époux survivant aura droit aux trois quarts de la communauté. Ou bien on peut prévoir ce que l'on appelle une clause de préciput: il est dit qu'à la dissolution du mariage, l'un des époux, généralement le survivant, pourra prélever une partie du mobilier ou une somme déterminée en sus de sa part de communauté. L'époux contre lequel le divorce a été prononcé perd cet avantage. Si c'est lui en faveur duquel joue la clause de partage de communauté, il perd cet avantage en ce sens qu'il aura droit à la moitié de la communauté et non aux trois quarts; il n'aura donc pas le droit de bénéficier de la clause de préciput.

La pension alimentaire de l'art. 301 au profit de l'époux innocent s'il est dans le besoin.

La loi prévoit le cas où, la liquidation des droits des époux étant faite, l'un d'eux se trouve sans ressources suffisantes pour vivre. Si l'époux sans ressources est celui contre qui le divorce a été prononcé, il ne lui est rien dû par l'époux qui a obtenu le divorce; le mariage étant dissous, l'obligation de secours et d'assistance prend fin également.

Mais, par contre, l'art. 301 admet la solution contraire lorsque l'époux dénué de ressources est celui qui a obtenu le divorce. Bien que les époux ne soient plus mariés, l'époux qui a obtenu le divorce a le droit, s'il est dénué de ressources, d'exiger une pension alimentaire qui lui sera allouée par le jugement ou l'arrêt ayant prononcé le divorce.

La disposition dont il s'agit est celle de l'art. 301: "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. Cette pension sera révocable dans le cas où elle cesserait d'être nécessaire". L'époux contre lequel a été prononcé le divorce n'a donc droit à rien? Si le divorce a été prononcé aux torts réciproques, les époux n'ont droit à rien ni l'un, ni l'autre. Mais si le divorce a été prononcé en faveur de l'un d'eux, celui-ci a droit à une pension alimentaire s'il est

Source : BIU Cujas

privé de ressources.

Fondement juridique de la pension de l'art. 301. Combinaison du caractère alimentaire et du caractère indemnitaire

Quelle est la base juridique de cette pension alimentaire qui est due à l'époux ayant obtenu le divorce? Comment expliquer que l'obligation alimentaire entre époux survive au mariage?

On s'accorde aujourd'hui, en jurisprudence et en doctrine, à voir dans cette pension une conséquence du principe posé par l'art. 1382 C.C. qui oblige celui a causé un préjudice par sa faute à le réparer. C'est une application du principe de la responsabilité civile.

On raisonne de la façon suivante: c'est par la faute de l'époux coupable que le mariage a été dissous et que l'époux qui a obtenu le divorce se trouve privé du droit au secours et à l'assistance qui lui aurait appartenu si le mariage avait subsisté. Le préjudice que cet époux subit de ce chef doit être réparé par l'époux coupable, et la meilleure manière de le réparer c'est de l'obliger à payer une pension alimentaire à son conjoint.

En définitive, on est ici en présence d'une pension alimentaire payée à titre de dommages et intérêts Tel est le principe qui a été posé par la Cour de cassation dans un arrêt du 15 Décembre 1909 (Sirey, 1912, 1,313).

Mais ici deux caractères vont s'opposer et la conciliation de ces deux caractères ne sera pas toujours facile.

Dans ses arrêts les plus récents, la Cour de cassation nous déclare en effet que la pension fondée sur l'art. 301 a tout ensemble un caractère alimentaire et un caractère indemnitaire. Mais l'obligation alimentaire et l'obligation de réparer un préjudice n'obéissent pas aux mêmes règles; de là la difficulté parfois de les concilier. Ainsi s'expliquent les difficultés qui se sont présentées en pratique à cet égard. Il a fallu concilier les caractères de la pension alimentaire avec ceux des dommages-intérêts. Comment la jurisprudence est-elle arrivée à faire cette conciliation?

I - Conséquences du caractère alimentaire.

Voici les conséquences que la jurisprudence a tirées du caractère alimentaire de la pension?

a) Fixation de la pension d'après les besoins du créancier et les res-

a) La pension de l'art. 301 ne sera accordée, comme toute pension alimentaire, qu'en considération de la situation de l'époux créancier et de celle de l'époux débiteur. Quand il s'agit de fixer une pension alimentaire, on prend en considération tout à la fois la situation pécuniaire de celui qui demande des aliments, le créancier d'aliment, et les ressour-

Source : BIU Cujas

sources du débiteur.

ces de celui qui en doit (débiteur d'aliments). Ici, s'agissant d'une pension alimentaire, il faudra prendre en considération la situation pécuniaire tout à la fois de l'époux qui a obtenu le divorce, qui est le créancier de la pension, et la situation de l'époux débiteur, c'est-à-dire, de l'époux coupable.

La pension alimentaire de l'art. 301 ne sera accordée que si l'époux qui a obtenu le divorce est dans le besoin au moment du divorce et dans la mesure de ce besoin. Si cet époux vient par la suite à cesser d'être dans le besoin, la pension sera supprimée.

Par ailleurs, il faut prendre en considération la situation de l'époux débiteur, c'est-à-dire de l'époux contre lequel le divorce a été prononcé. On ne peut pas exiger d'un débiteur d'aliments qu'il donne plus qu'il ne peut; on ne peut pas le réduire lui-même à la misère. C'est le principe qu'il faut appliquer ici: proportionner la pension alimentaire non seulement aux besoins de l'époux créancier, mais aux ressources de l'époux débiteur.

Maximum de la pension

Mais ici il y a une règle particulière à la pension alimentaire de l'art. 301: de toute manière la pension ne pourra excéder le tiers des revenus de l'époux coupable, quels que soient les besoins de l'époux créancier, et les ressources de l'époux coupable.

b) Révision du montant de la pension.

b) Comme toute pension alimentaire, la pension de l'art. 301 est susceptible d'être révisée suivant la variation des ressources respectives du créancier et du débiteur. C'est l'application des règles que nous verrons par la suite en matière de pension alimentaire. Si la situation de fortune de l'époux créancier, celui qui a obtenu le divorce, s'amoindrit, il pourra obtenir un relèvement de la pension qui lui avait été accordée, à la condition bien entendu de rester dans la limite du tiers des revenus de l'époux coupable (Cass. 12 Mai 1936; Dalloz 1936,I,109). Si au contraire, la situation de l'époux créancier s'améliore, l'époux débiteur pourra obtenir une diminution de la pension ou même la suppression de celle-ci.

A l'inverse, il y aura lieu à révision si la situation de l'époux débiteur se modifie. En cas d'augmentation des revenus de l'époux débiteur, l'époux créancier pourra demander le relèvement de la pension, à la condition de démontrer que celle-ci avait été restreinte par la limite du tiers des revenus. Au contraire, en cas de diminution des ressources de l'époux coupable, celui-ci pourra faire réduire la pension en invoquant la limite du tiers des revenus.

C'est au moment du divorce que cette pension est fixée suivant les règles habituelles de la pen-

Reproduction interdite

sion alimentaire, avec limite du tiers, mais cette pension est susceptible de révision suivant que la situation de l'un ou de l'autre s'améliore ou s'amoindrit. C'est une conséquence du caractère alimentaire de la pension de l'art. 301.

c) Application de la loi sur l'abandon de famille.

c) Voici une autre conséquence qui a été controversée mais qui aujourd'hui est admise en jurisprudence. On s'est demandé pendant un certain temps si le refus de paiement de la pension alimentaire due par l'époux coupable à l'époux qui a obtenu le divorce constituait le délit d'abandon de famille. Une loi du 7 Février 1924, que nous retrouverons en étudiant l'obligation alimentaire réprime par une peine d'emprisonnement ou d'amende le fait pour toute personne, au mépris d'une décision rendue contre elle, de s'abstenir de payer la pension alimentaire à laquelle elle a été condamnée au profit de son conjoint de ses descendants ou de ses ascendants. Le refus volontaire et persistant pendant trois mois constitue un délit pénal; c'est le délit d'abandon de famille. On s'est demandé si le refus par l'époux coupable de verser la pension alimentaire à laquelle il a été condamné envers l'époux qui a obtenu le divorce constituait le délit d'abandon de famille.

Certains auteurs et certains arrêts considéraient qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer ici la loi de 1924. Après le divorce, disait-on, il n'est plus question d'obligations alimentaire entre les anciens époux. Mais la Cour de Cassation s'est avec raison prononcée en sens contraire. On considère par conséquent que le refus de payer la pension dans les conditions prévues par la loi de 1924 constitue le délit d'abandon de famille (Cass. Cr. 11 Février 1928; Dalloz hebd. 1928, page 201) C'est bien en qualité d'époux que l'époux coupable doit la pension; celle-ci remplace en un mot l'obligation de secours disparue, elle est substituée à l'obligation de secours.

Telles sont les conséquences que la jurisprudence a tirées du caractère alimentaire de la pension prévue par l'art. 301.

2- Conséquences du caractère indemnitaire de la pension.

Voici maintenant d'autres solutions qui résultent de l'idée que cette pension alimentaire est accordée à titre de dommages-intérêts. Elles découlent du caractère indemnitaire de la pension.

a) relation entre la situation de l'époux et la prononciation du divorce

a) Des dommages-intérêts ne sont dûs que lorsqu'il y a relation de cause à effet entre la faute commise et le préjudice. Il faut en un mot que le préjudice résulte de la faute commise. C'est une règle absolue en matière de réparation civile. Si le préjudice ne résulte pas de la faute, il n'y a pas lieu à

Source : BIU Cujas

réparation; c'est le principe qu'il va falloir appliquer ici.

L'époux n'aura droit à la pension alimentaire prévue par l'art. 301 que si le besoin dans lequel il se trouve est la conséquence directe du divorce. Si cet époux, qui n'est pas dans le beoin au moment du divorce, est par la suite dans une situation embarrassée, il ne pourra plus obtenir la pension de l'art. 301, parce qu'il ne sera plus certain alors que le divorce soit la cause de son dénument; il n'y aura pas de lien de cause à effet entre le divorce et le dénûment actuel dans lequel se trouve l'époux divorcé. Il faut que les juges se placent au moment même du divorce, qu'ils prennent en considération l'état de dénûment et qu'ils recherchent si ce dénûment résulte du divorce.

Si c'est seulement beaucoup plus tard que l'époux se trouve dans le besoin, en pareil cas sa demande sera rejetée parce qu'il ne pourra pas établir qu'il y a rapport de cause à effet entre son dénûment actuel et le divorce qui a été prononcé. Comme il n'y a plus en pareil cas de lien matrimonial, cet époux ne pourra rien obtenir de son ex-conjoint.

Possibilité de demander la pension alimentaire par un jugement postérieur.

Il y a d'ailleurs des difficultés sur ce point. Le principe que nous venons d'indiquer n'empêche pas que la pension alimentaire puisse être demandée après le jugement de divorce. En principe c'est dans le jugement de divorce que la pension sera fixée; mais rien n'empêche que la pension alimentaire de l'art. 301 soit demandée après le jugement de divorce; cette demande ne sera recevable qu'à la condition que l'époux soit en mesure de démontrer que son état de besoin est la conséquence du divorce. Il ne lui sera pas toujours facile de faire la démonstration. (Cass. 18 Oct. 1926; Dalloz, 1927, I, 101).

b) Survie de la pension à la mort du débiteur.

b) Puisque la pension de l'art. 301 est une pension due à titre de dommages-intérêts, elle ne cesse pas d'être due alors même que l'époux coupable viendrait à mourir. En effet, lorsqu'un personne a causé un préjudice à une autre, la mort de l'auteur du préjudice n'empêche pas la victime de demander des dommages-intérêts à ses héritiers, ou, à supposer que l'auteur du préjudice ait été condamné à des dommages-intérêts avant son décès, la victime pourra en réclamer le paiement aux héritiers.

C'est la même règle qu'il faut appliquer ici. La mort de l'époux coupable n'empêche pas l'époux qui a obtenu le divorce de réclamer le paiement de la pension alimentaire aux héritiers de l'époux coupable, qui en doivent le service jusqu'à la mort de l'époux

Source : BIU Cujas

créancier ou jusqu'à ce que ce dernier revienne à meilleure fortune. Il y a une différence ici avec une obligation alimentaire ordinaire qui prend fin au décès du débiteur d'aliments. Ici au contraire il s'agit bien d'une pension alimentaire, mais d'une pension due à titre de dommages-intérêts. L'époux créancier pourra donc réclamer le paiement des dommages-intérêts aux héritiers de l'époux débiteur.

c) Renonciation ou transaction quant à la pension alimentaire.

c) Enfin, une dernière conséquence, bien que discutée, est généralement admise par la jurisprudence. La jurisprudence fait prévaloir le caractère indemnitaire de la pension lorsqu'elle décide que celle-ci peut être l'objet d'une renonciation de la part de l'époux créancier ou d'une transaction entre les deux époux. Voilà une solution qui ne s'applique pas en matière d'obligation alimentaire ordinaire. On peut discuter sur le point de savoir si une obligation alimentaire ordinaire est susceptible de transactions, mais à coup sûr elle n'est pas susceptible de renonciation de la part du créancier d'aliments parce que c'est une matière d'ordre public. Une personne qui peut réclamer des aliments à une autre en vertu de la loi n'a pas le droit de renoncer, par un acte quelconque, à sa créance d'aliments.

Ici, au contraire, s'agissant d'une pension alimentaire due à titre de dommages-intérêts, la jurisprudence admet très bien que non seulement les époux puissent transiger sur cette pension, mais même que l'époux qui a obtenu le divorce puisse y renoncer par un acte formel. En effet on peut toujours renoncer à réclamer des dommages-intérêts, y renoncer non pas d'avance mais y renoncer lorsque la créance de dommages-intérêts a pris naissance..

D.L. de 1938 permettant à la femme de renoncer à l'hypothèque légale garantissant sa pension alimentaire.

Mais il y a une difficulté dans le cas où la pension est due à la femme. Jusqu'à un décret-loi de 1938, la renonciation de la femme à la pension alimentaire de l'art. 301 ne pouvait prendre la forme de renonciation à son hypothèque légale. Il faut savoir en effet que toutes les créances qu'une femme peut avoir contre son mari sont garanties par une hypothèque légale qui lui appartient sur les immeubles de ce mari. Or, on admet que la femme créancière de la pension alimentaire de l'art. 301 voit sa créance garantie par son hypothèque légale sur les immeubles de son mari, hypothèque qui prend rang au jour du mariage. Or, il est une institution qui est admise par notre droit, c'est la renonciation par la femme de son hypothèque légale sur les immeubles de son mari; elle peut y renoncer en faveur d'un créancier de son mari ou d'un acheteur d'un immeuble de son mari. Mais

Source : BIU Cujas

comme la pension alimentaire de l'art. 301 a un caractère d'ordre public, la Cour de Cassation décidait que la femme pouvait bien renoncer à son hypothèque légale pour toutes autres créances qui lui appartenaient contre son mari, mais pas pour la pension alimentaire. La question ne peut plus se poser depuis un décret-loi du 14 Juin 1938 qui a modifié l'art. 2135 du Code civil. Aux termes de ce texte nouveau, les effets de l'hypothèque légale de la femme mariée, même en tant qu'elle garantirait la pension alimentaire judiciairement allouée à la femme pour elle ou ses enfants, ou toute autre charge née du mariage, ne peuvent en aucun cas être opposés aux tiers acquéreurs, etc... Cela veut dire que la renonciation de la femme à son hypothèque légale est valable même en ce qui concerne la pension alimentaire de l'art. 301.

Indemnité supplémentaire pouvant être allouée à l'époux innocent à raison d'un dommage distinct causé par les faits motivant le divorce.

En plus de la pension alimentaire prévue par l'art. 301, l'époux qui a obtenu le divorce et qui subit de ce chef un préjudice indépendant de la suppression du devoir de secours peut obtenir des dommages-intérêts supplémentaires. A quoi répond la pension alimentaire de l'art. 301. Elle répare la suppression du devoir de secours, mais cela seulement. Or, il peut arriver que l'époux, qui a obtenu le divorce, subisse un préjudice indépendant de la suppression du devoir de secours. Par exemple cet époux a été victime d'excès, de sévices de la part de son conjoint; il lui en est resté une infirmité. Cet époux a droit en pareil cas à des dommages-intérêts supplémentaires. Cet époux subit dans sa santé, dans sa personne physique, quelquefois même dans sa personnalité morale, une diminution, un préjudice; l'époux qui a obtenu le divorce peut obtenir des dommages-intérêts supplémentaires, et en ce cas le tribunal peut accorder ces dommages-intérêts soit sous forme de pension viagère, soit sous forme d'allocation d'un capital. Dès lors, si le tribunal accorde une pension viagère, il peut très bien accorder une pension excédant le tiers des revenus de l'époux coupable, parce qu'ici il ne s'agira pas seulement de réparer le préjudice résultant de la suppression du devoir de secours, mais encore le préjudice résultant d'une atteinte à la personne physique, conséquence des excès ou des sévices dont l'époux a été victime de la part de son conjoint (Cas. 13 Mai 1924, D.H. 1924, p. 389).

La Cour de Cassation a décidé récemment, avec raison, que l'action résultant du préjudice spécial, indépendant de la suppression du devoir de secours, peut, après décès de la femme en cours d'instance, être

Source : BIU Cujas

reprise par ses héritiers (29 Mars I938; Dalloz hebdomadaire I938, p. 355).

III - LA SEPARATION DE CORPS.

Relâchement du mariage par la séparation de corps.

La séparation de corps est l'état de deux époux qui ont été dispensés par une décision judiciaire de l'obligation de mener la vie commune.

Cette institution n'est pas une cause de dissolution du mariage, elle en relâche simplement les liens. Les obligations qui résultent de la vie commune prennent fin, notamment l'obligation de cohabitation ou l'obligation d'assistance , mais les autres obligations qui naissent du mariage subsistent, en particulier l'obligation de fidèlité et l'interdiction de contracter un nouveau mariage.

Historique

Avant la Révolution la séparation de corps existait seule. La législation révolutionnaire abolit la séparation de corps et admit le divorce. Le Code civil maintint le divorce mais rétablit la séparation de corps, donnant le choix à l'époux offensé entre les deux solutions. Puis, quand le divorce fut supprimé en I8I6, seule subsista la séparation de corps. Depuis I884 le divorce a été rétabli, mais la séparation de corps subsiste également, et ils peuvent être demandés pour les mêmes causes.

Caractères de la séparation de corps en droit français.

En un mot, le divorce et la séparation de corps constituent dans notre droit deux procédés de sanction des obligations naissant du mariage, deux procédés que la loi offre au choix de l'époux offensé.

C'est ce qui résulte de l'art. 306: "Dans le cas où il y a lieu à demande en divorce, il sera libre aux époux de former une demande en séparation de corps" Par conséquent l'époux offensé peut imposer à son conjoint coupable soit la dissolution du mariage résultant du divorce, soit une simple cessation de la vie commune avec maintien des autres obligations du mariage et notamment l'interdiction de contracter une nouvelle union.

Toutefois, la séparation de corps n'est pas dans notre droit un état que l'un des époux puisse imposer à l'autre indéfiniment. Le Code admet en effet que, lorsque la séparation de corps a duré trois ans, l'un des époux peut demander qu'elle soit convertie en divorce et la conversion est de droit.

Par conséquent dans notre législation la séparation peut être un état définitif si aucun époux ne demande la conversion et si les époux ne se récon-

Source : BIU Cujas

cilient pas. Elle peut aussi n'être qu'un état provisoire, temporaire. C'est ce qui arrive si l'un des époux demande la conversion de la séparation de corps en divorce, ou si au contraire les deux époux se réconcilient et reprennent la vie commune. La séparation de corps apparait alors soit comme l'antichambre du divorce, soit comme une sorte de pénitence imposée à l'époux coupable en cas de réconciliation.

La réglementation de la S. de C. dans le C.C.

Alors que le Code a consacré de nombreux textes au divorce, la séparation de corps n'est régie que par quelques articles, 306 et suivants. Mais comme, dans l'esprit de la loi, la séparation de corps est l'équivalant du divorce et ne peut être obtenue que pour les mêmes causes, on s'accorde à décider que sur les points qui n'ont pas été expressément réglés par la loi en matière de séparation de corps on peut appliquer les dispositions du Code sur le divorce, notamment en ce qui concerne la procédure.

Toutefois, il est des règles du divorce qui ne sont pas applicables à la séparation de corps; ce sont toutes celles qui sont en opposition avec la nature même de la séparation de corps, qui laisse subsister le mariage tandis que le divorce amène la rupture.

Nous allons étudier la séparation de corps en trois paragraphes

I° - la demande en séparation de corps, et la procédure de séparation de corps

2° - Les effets de la séparation.

3° - La cessation de la séparation de corps.

§ I - La demande en séparation de corps.

La séparation de corps, comme le divorce est subordonnée à des conditions de fond et à des conditions de procédure.

Identité de causes avec le divorce.

A) Conditions de fond, causes de la séparation de corps. La réponse nous est donnée dans l'art. 306: "Dans le cas où il y a lieu à demande en divorce, il sera libre aux époux de former une demande en séparation de corps".

Il résulte de là que les causes de la séparation de corps sont identiquement les mêmes que celles du divorce; il n'y en a pas d'autres. Ce sont les mêmes faits qui, pour le législateur, constituent une infraction suffisamment grave aux obligations réciproques des époux et qui peuvent motiver, au choix de l'époux demandeur, soit le divorce, soit la séparation de corps

Source : BIU Cujas

Tout ce qui a été dit des causes du divorce peut être répété en ce qui concerne la séparation de corps.

Cependant il y a lieu de signaler un état d'esprit qui existe dans le public et qui a été partagé dans une certaine mesure pendant un certain temps par la jurisprudence, état d'esprit suivant lequel la séparation de corps pourrait être admise plus facilement que le divorce, parce qu'elle entraîne des conséquences moins graves et laisse la possibilité d'une réconciliation.

C'est en matière d'excès, sévices et injures graves que cet état d'esprit établit une sorte de hiérarchie entre les deux institutions. Certains faits insuffisamment graves pour motiver le divorce pourraient justifier la séparation de corps.

La Cour de Cassation a appliqué cette conception dans les conditions suivantes. Il faut savoir que l'époux qui a demandé le divorce peut en tout état de cause, même en appel, transformer sa demande en divorce en demande en séparation de corps, ce qui revient à atténuer sa demande, puisque la séparation de corps a des effets moins graves que le divorce. Dans le cas où il s'agissait d'un demandeur en divorce qui avait été débouté de sa demande en première instance, qui avait fait appel et qui devant la cour d'appel avait transformé sa demande en divorce en demande en séparation de corps, la cour de cassation a jugé que les juges d'appel ne pouvaient pas rejeter la demande de séparation de corps en adoptant purement et simplement les motifs qui avaient permis au tribunal de rejeter la demande en divorce, parce que, dit l'arrêt de la Cour de Cassation, des griefs insuffisants pour justifier le divorce peuvent être jugés assez graves pour légitimer une séparation de corps (Cas. 8 Janv. I900, Dalloz I900,I,I93).

C'est certainement là une erreur, et il semble bien qu'à l'heure actuelle la Cour de Cassation ne jugerait plus ainsi. C'est qu'en effet un fait nouveau est survenu depuis l'arrêt de I900. La jurisprudence de toute manière, même en I900, méconnaissait la loi qui ne fait aucune distinction entre les causes de divorce et les causes de séparation de corps, et n'établit aucune hiérarchie entre les deux institutions; il n'y a de hiérarchie que dans leurs effets, mais pas dans leurs causes. Aujourd'hui une telle jurisprudence pourrait aboutir à des conséquences particulièrement graves, depuis I908 où la séparation de corps est obligatoirement convertie en divorce après un délai de trois ans du moment qu'un quelconque des époux demande cette conversion.

Source : BIU Cujas

Qu'arriverait-il aujourd'hui si on maintenait cette jurisprudence de 1900? Qu'un époux ayant des griefs insuffisants pour motiver le divorce ferait d'abord une demande de séparation de corps, qu'il obtiendrait plus facilement; puis, après trois ans, il demanderait la conversion de la séparation de corps en divorce, et il arriverait ainsi à tourner la loi. Par conséquent, la jurisprudence qui était déjà erronée dès 1900 n'est certainement plus applicable depuis 1908, date à laquelle la conversion de la séparation de corps en divorce est devenue obligatoire à la demande d'un des époux.

Preuves et fins de non recevoir

Rien de particulier en ce qui concerne la preuve des causes de la séparation de corps. Les règles sont exactement les mêmes que celles que nous avons vues en étudiant la preuve des faits allégués à l'appui d'une demande en divorce.

De même pour les fins de non recevoir; en particulier la réconciliation survenue en cours d'instance constituera une fin de non recevoir à la demande en séparation.

B - Procédure de la séparation de corps.

Application de la procédure du divorce sauf quelques particularités

Cette procédure est réglée dans un petit nombre de textes, les articles 307 et 308 du Code civil, et les articles 875 et suivants du Code de procédure, textes insuffisants à trancher toutes les questions, mais l'art. 307 renvoie expressément à un certain nombre de textes, les articles 236 à 244, sur la procédure du divorce. Bornons-nous à indiquer les points sur lesquels la procédure de la séparation de corps se différencie de la procédure du divorce.

1) Demande intentée par le tuteur de l'interdit judiciaire.

I) Tout d'abord si l'époux demandeur est un interdit judiciaire, l'art. 307, al. 2, décide que son tuteur peut présenter la requête en séparation de corps et suivre l'instance du moment qu'il a l'autorisation du conseil de famille. Nous avons vu que cette règle ne s'applique pas en matière de divorce; on n'admet pas que le tuteur de l'interdit puisse, même avec l'autorisation du conseil de famille, prendre l'initiative de former une demande en divorce au nom de cet interdit. Au contraire, la séparation de corps produisant des effets moindres, la loi autorise expressément le tuteur de l'interdit judiciaire à présenter la requête en séparation de corps, du moment qu'il a l'autorisation du conseil de famille.

2) Présentation de la requête par avoué.

La procédure se déroule exactement comme la procédure de divorce. Elle débute par une requête présentée par l'époux demandeur au président du tribunal, mais à la différence de ce qu'exige la procédure du

divorce, il n'est pas nécessaire que l'époux demandeur présente sa requête en personne. Il suffit que la requête soit présentée par l'avoué du demandeur.

Lorsque l'époux obtient le permis de citer en conciliation, la procédure de conciliation se fait suivant les règles ordinaires. Si les époux ne se réconcilient pas, il y a assignation devant le tribunal et la procédure se déroule comme une procédure de divorce.

3) pas de survie au jugement.

Cependant l'art. 246, texte spécial au divorce, ne peut être étendu à la séparation de corps. L'art. 307 qui renvoie à certains textes en matière de procédure de divorce, a exclu implicitement l'art. 246. L'art. 246 est celui qui permet au tribunal de surseoir à statuer au prononcé du jugement pendant six mois. Ce texte est applicable en matière de divorce, il est exclu en matière de séparation de corps.

Mais voici maintenant des difficultés qui proviennent de la coexistence dans notre droit des deux mesures qui sont la sanction de la violation des devoirs d'un époux l'un vis-à-vis de l'autre, la séparation de corps et le divorce.

Converstion d'une demande en divorce en demande en s. d. c. en tout état de cause.

Première question : est-il possible qu'un époux en cours d'instance, modifie sa demande, transforme sa demande de séparation de corps en une demande de divorce, ou à l'inverse sa demande de divorce en demande en séparation de corps?

Il est possible qu'un époux qui a d'abord formé une demande en divorce transforme au cours de la procédure sa demande en demande de séparation de corps. L'art. 239 le dit formellement: le demandeur peut, en tout état de cause, transformer sa demande en divorce en demande en séparation de corps." En tout état de cause", par conséquent, même en appel. L'époux demandeur qui a été débouté par le tribunal, qui fait appel, peut très bien transformer devant la cour d'appel sa demande en divorce en demande de séparation de corps. Par contre, on n'admet pas dans les mêmes conditions la transformation inverse. Si un époux a formé d'abord une demande en séparation de corps et s'il veut y substituer une demande en divorce, il ne peut le faire en tout état de cause. Il doit se désister de sa demande en séparation de corps et former ensuite une demande en divorce, suivant la procédure habituelle du divorce.

Cette différence s'explique parce que les effets du divorce étant plus graves que ceux de la séparation de corps, la loi se montre plus favorable à une solution qui est susceptible de maintenir le mariage. Elle permet facilement de substituer une demande de séparation de corps à une demande en divorce, mais elle

Source : BIU Cujas

n'admet pas la substitution inverse.

Il y a une autre raison qui fait comprendre qu'on ne puisse pas substituer une demande de divorce à une demande primitive de séparation de corps: c'est que la procédure de conciliation du divorce exige la comparution personnelle du demandeur devant le président qui lui fait toutes observations utiles. On ne veut pas que le demandeur en séparation de corps qui demanderait ensuite le divorce au cours de la procédure puisse se soustraire à cette comparution.

Des demandes reconventionnelles

Mais voici maintenant une complication qui résulte de ce qu'il y a fréquemment dans une procédure de divorce ou de séparation de corps une demande reconventionnelle formée par l'époux défendeur. Dans la grande majorité des cas, l'époux défendeur ayant lui aussi des griefs à opposer au demandeur se porte demandeur reconventionnel. Pas de difficulté lorsque, à une demande de séparation de corps, l'époux défendeur oppose une demande reconventionnelle en séparation de corps également. Il est très possible que le tribunal juge que les griefs de l'un et de l'autre époux soient fondés et il prononcera la séparation de corps aux torts réciproques. En pareil cas, c'est l'art. 239, alinéa 3, qui est déclaré applicable; la demande reconventionnelle en séparation de corps pourra être formée par simple acte de conclusion.

a) demande reconventionnelle en s. de c. opposée à une demande en s. de c.

Mais deux autres hypothèses doivent être envisagées.

b) demande reconventionnelle en s. de c. opposée à une demande en divorce.

Première hypothèse : l'époux demandeur le mari par exemple a introduit une action en divorce. L'époux défendeur, la femme, peut-elle riposter par une demande reconventionnelle en séparation de corps, et cette demande peut-elle être introduite par voie de simple conclusion? En pratique, on admet l'affirmative. L'époux défendeur peut très bien, à une demande principale en divorce, riposter par une demande reconventionnelle en séparation de corps, et le faire par simple acte de conclusion déposé par son avoué.

Mais qu'arrive-t-il lorsque les griefs de l'un et de l'autre sont reconnus fondés? Les juges vont prononcer le divorce au profit du demandeur principal et la séparation de corps au profit de l'époux demandeur reconventionnel. Mais quelle sera la situation? Pratiquement, c'est le divorce qui l'emporte; le mariage sera considéré comme dissous vis-à-vis des deux époux; aucune autre solution n'était admissible.

Mais alors à quoi sert la demande reconventionnelle en séparation de corps? D'abord peut-être à calmer les scrupules de l'époux demandeur reconventionnel qui n'est pas partisan du divorce. Il peut aussi

Source : BIU Cujas

y avoir un avantage pour cet époux à former une demande reconventionnelle en séparation de corps et à obtenir satisfaction sur ce point ; il n'est pas indifférent que les juges prononcent la séparation de corps au profit de l'époux demandeur reconventionnel parce que cet époux, ayant obtenu la séparation de corps à son profit, pourra opposer à son conjoint les déchéances, et notamment celles qui sont admises par l'art. 299 en matière d'avantages matrimoniaux.

c) demande reconventionnelle en divorce opposée à une demande en séparation de corps nécessité d'une action principale en divorce.

Deuxième hypothèse : l'époux demandeur a introduit une action en séparation de corps, l'époux défendeur peut-il opposer par voie de demande reconventionnelle une demande en divorce et le faire par voie de simple conclusion? Ici la demande principale c'est la demande en séparation de corps. On n'admet pas que le défendeur riposte à cette demande principale en séparation de corps par une demande reconventionnelle en divorce. Ce serait en effet un moyen pour le demandeur reconventionnel d'échapper aux règles particulières de la procédure de conciliation en matière de divorce.

Mais alors cet époux, s'il a des griefs à invoquer quel moyen lui est offert? Il doit intenter une action principale en divorce, suivant la procédure fixée par le Code. Le tribunal pourra statuer sur les deux demandes si elles sont instruites à peu près en même temps, il les joindra et il statuera par le même jugement sur l'une et l'autre. Mais il est très possible si par exemple la demande en divorce exige une enquête tandis que la demande de séparation de corps peut recevoir une solution immédiate, que le tribunal prononce d'abord la séparation de corps au profit de l'époux demandeur et ensuite, par un jugement rendu ultérieurement, prononce le divorce en faveur de l'époux qui était défendeur en matière de séparation de corps. Le divorce l'emportera, mais l'époux demandeur aura obtenu la séparation de corps à son profit.

Publicité uniquement par affichage et si les époux sont commerçants, par mention au registre de commerce.

Le jugement de séparation de corps. Nous arrivons à la fin de l'instance, le jugement prononce la séparation de corps. Y a-t-il des formalités de publicité? En principe non. A la différence du divorce, la séparation de corps existe indépendamment de toute transcription sur les registres de l'état civil. La séparation de corps résulte par conséquent du jugement devenu définitif. Aucune transcription ne doit avoir lieu sur les registres de l'état civil, aucune mention en marge de l'acte de mariage.

C'est une lacune de la loi, parce que la séparation de corps modifie les effets du mariage, et no-

Source : BIU Cujas

tamment elle modifie dans une certaine mesure la capacité de la femme, par conséquent elle intéresse les tiers.

La seule formalité qui soit prescrite par l'art. 880 C.Pr.C. et qui est d'ailleurs une formalité inopérante, c'est l'affichage dans l'auditoire du tribunal de première instance du tribunal de commerce. En outre, lorsque l'un des époux est commerçant, il faut que la séparation de corps soit mentionnée au registre du commerce.

Voies de recours Caractère non suspensif des délais.

Les voies de recours ouvertes contre un jugement de séparation de corps sont les voies ordinaires : opposition en cas de défaut: appel: l'arrêt d'appel peut être déféré à la Cour de cassation. Mais à la différence du divorce, le délai d'appel et le délai du pourvoi ne sont pas suspensifs, mais par contre l'appel interjeté est suspensif (ce qui est normal) et le recours en cassation interjeté est également suspensif (ce qui est exceptionnel); les époux ne peuvent pas se considérer comme séparés tant que la Cour de cassation n'a pas rejeté le pourvoi (art. 248, in fine).

Acquiescement

Autre différence avec le divorce: la jurisprudence admet que le jugement qui prononce la séparation de corps est susceptible d'acquiescement. Nous avons vu qu'on ne peut pas acquiescer à un jugement qui prononce le divorce.

2 - Les effets de la séparation de corps.

La séparation de corps comme le divorce produit des effets : 1)dans les rapports des époux entre eux, et 2°) à l'égard des enfants issus du mariage. C'est au premier point de vue que nous nous plaçons ici; les effets à l'égard des enfants seront étudiés lorsque nous nous occuperons de la puissance paternelle.

Disparition du devoir de cohabitation et de ses conséquences.

La séparation de corps, à la différence du divorce, ne rompt pas le lien conjugal; elle relâche simplement les liens matrimoniaux en dispensant les époux du devoir de cohabitation. La vie commune cesse et toutes les obligations qui en découlent prennent fin, notamment l'obligation de contribuer aux charges du ménage. Les époux cessent de se devoir mutuellement l'assistance, c'est-à-dire les soins personnels. La femme peut fixer son domicile là où il lui plaît; elle cesse d'avoir pour domicile légal le domicile de son mari.

La femme peut continuer à porter le nom de son

Source : BIU Cujas

mari, puisqu'elle reste mariée, mais le juge peut, à la demande du mari, lui interdire de porter le nom de celui-ci, et à l'inverse la femme peut obtenir du tribunal l'autorisation de ne pas porter le nom de son mari.

Pleine capacité de la femme séparée de corps

Une loi du 6 février I893 modifiant l'art. 3II du Code civil a accordé à la femme séparée de corps sa pleine et entière capacité civile, mais la loi du I8 février I938 a supprimé ce texte; le législateur s'étant imaginé qu'il avait, pour toutes les femmes mariées, admis pleine et entière capacité. On se demande si cette abolition n'a pas eu pour résultat de supprimer la pleine et entière capacité qu'avait autrefois la femme séparée de corps et de la ramener à l'état de femme séparée de biens. Nous avons vu ce point en étudiant la loi du I8 Février I938; il faut admettre que rien n'est changé et que la femme séparée de corps reste aujourd'hui comme avant, pleinement capable.

Persistance du mariage et des obligations de fidélité et de secours.

Par contre, le mariage, étant maintenu, certaines obligations subsistent, même après la séparation de corps. Il en est ainsi tout d'abord de l'obligation de fidélité; l'adultère de l'un des époux pourrait justifier une demande de divorce de la part de l'autre. La femme séparée de corps peut encourir une condamnation pour adultère, mais non le mari, parce que le mari n'est punissable que s'il y a entretien de la concubine au domicile conjugal; or, ici il n'y a plus de domicile conjugal.

Au sujet de l'obligation de fidélité rappelons que la présomption de paternité du mari continue à s'appliquer aux enfants que la femme séparée de corps met au monde, mais la présomption est ici très atténuée puisque le désaveu est admis par simple dénégation du mari.

Disparition du devoir d'assistance. Persistance du devoir de secours et en conséquence du droit même pour l'époux coupable de réclamer en cas de besoin une pension alimentaire fondée sur l'art. 2I2

Que devient en cas de séparation de corps le devoir de secours? On sait que les époux se doivent secours et assistance. L'assistance, c'est-à-dire l'obligation pour les époux de s'assurer des soins personnels, disparaît Mais l'obligation de secours survit à la séparation de corps.

De la survivance du devoir de secours il résulte que si l'un des époux séparé est dans le besoin et hors d'état de se procurer des ressources, il peut réclamer des secours pécuniaires à l'autre. Ce droit appartient même à l'époux contre qui la séparation de corps a été prononcée.

C'est une différence considérable avec le divorce puisque, aux termes de l'art. 30I, seul l'époux qui a obtenu le divorce peut demander et obtenir une pension alimentaire. Ici au contraire, comme les époux demeurent unis par le mariage, comme le devoir de secours

Source : BIU Cujas

subsiste, l'un quelconque des époux, même l'époux coupable s'il est dans le besoin et hors d'état de se procurer des ressources, peut demander des secours à l'autre sous forme de pension alimentaire. Ici par conséquent la pension alimentaire est fondée sur le devoir de secours qui s'impose aux époux, et non, comme en cas de divorce, sur l'idée d'un préjudice causé par l'époux coupable à l'époux offensé.

Conséquences du fondement de cette pension sur l'art. 212; différences avec la pension de l'art. 301

Du fondement ainsi reconnu à la pension alimentaire, c'est-à-dire l'art. 212 C.C. aux termes duquel les époux se doivent secours résultent plusieurs conséquences.

1° - L'un des époux, même l'époux coupable, peut demander à l'autre et obtenir une pension alimentaire au cours de la séparation, à quelque moment qu'il devienne indigent. Ici on n'éprouve pas les mêmes difficultés qu'en matière de divorce. Pour justifier la pension alimentaire de l'art. 301 en cas de divorce, il faut que l'époux démontre que son dénûment a pour cause le divorce. Ici, rien de pareil; l'état de dénûment suffit à lui seul à justifier l'obtention d'une pension alimentaire, à quelque moment que cet état de dénûment s'avère.

2° La pension alimentaire, même celle qui est accordée par le jugement de séparation à l'époux qui a obtenu celle-ci, étant fondée sur l'art. 212 (obligation de secours entre époux) le tribunal n'est pas limité quant à sa fixation, comme cela a lieu en matière de divorce, au tiers des revenus de l'époux débiteur; le tribunal peut accorder à l'époux qui a obtenu la séparation une pension alimentaire supérieure au tiers des revenus de l'époux coupable.

3° - Enfin, cette pension alimentaire, à la différence de celle de l'art. 301, qui est une pension indemnitaire, est intransmissible aux héritiers de l'époux débiteur. Le paiement de la pension de l'art. 301 s'impose aux héritiers de l'époux débiteur parce que c'est une pension payée à titre d'indemnité. Ici, s'agissant du devoir de secours, le devoir de secours disparaît lorsque le mariage est dissous par la mort. La pension en cas de séparation de corps, fondée sur l'art. 212 est intransmissible aux héritiers de l'époux débiteur, sauf à l'époux créancier à demander des aliments à la succession de l'époux débiteur, comme le lui permet l'art. 205.

Il y a donc des différences considérables entre la pension due en cas de séparation de corps et la pension due en cas de divorce. La pension due en cas de séparation de corps repose sur l'art. 212; c'est une conséquence de l'obligation de secours qui subsiste

Source : BIU Cujas

La pension de l'art. 301 est une pension indemnitaire, qui a pour objet de remplacer le devoir de secours, de réparer le préjudice causé par la disparition du devoir de secours. Ces solutions sont admises par la jurisprudence (Cassation 20 Janvier 1920, Sirey 1920, I,75).

Des dommages intérêts auxquels peut être condamné l'époux coupable en cas de séparation de biens. Erreur de la jurisprudence fondant la pension accordée de ce chef sur l'art. 301

Mais la jurisprudence a commis une confusion : entraînée par les solutions admises par la loi en matière de divorce, la jurisprudence reconnaît aux tribunaux le droit d'allouer à l'époux en faveur de qui la séparation a été prononcée une pension alimentaire fondée sur l'art. 301, à raison du préjudice que la séparation cause à cet époux. Mais en ce cas, bien entendu, lorsqu'il alloue la pension en vertu de l'article 301, le tribunal est limité au tiers des revenus de l'époux débiteur; c'est ce que décide la Cour de cassation dans un arrêt du 2 Juillet 1919 (Sirey 1920,I,74).

Cette jurisprudence est critiquable. Sans doute le tribunal peut accorder à l'époux qui a obtenu la séparation des dommages-intérêts à raison du préjudice spécial que peut lui causer la séparation; ces dommages-intérêts peuvent se présenter sous forme d'allocation d'un capital, ou sous forme d'allocation d'une pension viagère. Mais la pension ne peut être fondée sur l'article 301; c'est par une véritable confusion que dans certains cas le tribunal accorde à l'époux qui a obtenu la séparation de corps une pension fondée sur l'art. 301. Nous savons en effet que la pension de l'art. 301 est destinée à réparer le dommage qui consiste pour l'époux qui a obtenu le divorce en la suppression du devoir de secours; or, s'il y a séparation de corps, le devoir de secours subsiste tout entier, il peut être invoqué par l'un quelconque des époux à tout instant. La jurisprudence commet une confusion qui peut, dans certains cas, aboutir à certaines difficultés et même à des injustices.

Effets de la séparation de corps en ce qui concerne les intérêts pécuniaires des époux.

I- Substitution au régime matrimonial existant du régime de séparation de biens.

I° - La séparation de corps emporte de plein droit la séparation de biens (art. 311, al. 2). Que les époux soient mariés sous le régime de la communauté ou sous le régime dotal, le régime est transformé en séparation de biens? Si donc les époux étaient mariés sous la communauté, celle-ci est dissoute. D'une façon générale, la femme rentre en possession de ses biens, elle les administre et en jouit librement.

Rétroactivité au jour de la

A partir de quel moment la communauté sera-t-elle réputée dissoute? La loi en cas de divorce décide que

Source : BIU Cujas

demande.

la communauté est réputée dissoute non pas au jour où le jugement de divorce devient définitif, mais au jour de la demande. Une jurisprudence constante, bien que ne reposant sur aucun texte précis, admet la même solution en matière de séparation de corps. La jurisprudence fait remonter les effets de la séparation de corps au point de vue des intérêts pécuniaires au jour de la demande (Cassation, 27 Mai I92I, Dallez I923,I, 65).

2° - Déchéances contre l'époux coupable

2°) En ce qui concerne les intérêts pécuniaires, la séparation de corps entraîne certaines déchéances de même que le divorce, à l'égard de l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée; mais il y a des dispositions spéciales à la séparation de corps.

Avantages matrimoniaux.

Tout d'abord, on étend à la séparation de corps la disposition de l'art. 299, qui décide que 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. Il n'y a aucun texte de ce genre pour la séparation de corps, mais depuis un arrêt de la Cour de cassation (chambres réunies) du 23 mai I845, on est d'accord pour étendre la déchéance de l'art. 299 à la séparation de corps. Cette déchéance est commune à la séparation de corps et au divorce.

Déchéances spéciales à la séparation de corps

Mais voici maintenant les déchéances qui sont spéciales à la séparation de corps et qui s'expliquent par le fait que les époux séparés demeurent unis par le mariage, tandis que les questions que nous allons examiner ne se posent pas lorsque les époux sont divorcés, parce qu'alors il n'y a plus d'époux.

Déchéance de l'époux coupable du droit de succession à l'égard de son conjoint.

En premier lieu l'époux contre lequella séparation de corps a été prononcée ne peut plus invoquer en cas de décès de son époux les droits de succession que lui ouvre l'article 767. Lorsque le défunt ne laisse ni parents au degré successible, ni enfants naturels, les biens de sa succession reviennent à son conjoint, mais si le conjoint est celui contre lequel la séparation de corps avait été prononcée, il est déchu de ce droit de succession. De même l'usufruit du conjoint survivant est refusé expressément par l'art. 767 à l'époux contre lequel la séparation de corps avait été prononcée. Si la séparation de corps a été prononcée aux torts réciproques, aucun des époux ne peut invoquer l'usufruit du conjoint survivant.

Déchéance de la jouissance du droit de propriété littéraire.

D'autre part, il est une loi du I4 juillet I866 qui accorde à l'époux d'un auteur, compositeur ou artiste le droit de jouir pendant cinquante ans à partir du décès des droits de propriété artistique ou littéraire, à raison des oeuvres du défunt. Ce droit est sup-

Source : BIU Cujas

primé lorsque l'époux survivant avait, par ses torts, donné lieu à la séparation de corps.

Ces questions ne se posent pas entre époux divorcés puisqu'il n'y a plus d'époux en pareil cas et il ne peut être question d'un droit de succesaion au profit d'un époux qui n'existe plus.

Signalons en terminant - ceci est commun au divorce et à la séparation de corps - que les lois sur les pensions civiles ou militaires privent la veuve d'un fonctionnaire de son droit à pension en cas de séparation de corps prononcée ou de divorce prononcé sur la demande du mari. Voyez loi du 14 Avril 1924, article 26.

La cessation de la séparation de corps.

Les 3 faits mettant fin à la séparation de corps

La séparation de corps peut prendre fin d'abord par la réconciliation des époux.

D'autre part elle prend fin en cas de survenance d'un des deux évènements qui entraînent la dissolution du mariage, c'est-à-dire la mort ou le divorce.

Nous avons donc trois sortes d'évènements qui vont mettre fin à la séparation de corps: la réconciliation des époux, la mort de l'un d'eux et le divorce.

A) La réconciliation des époux.

Nous nous sommes occupés jusqu'ici de la réconciliation en tant qu'elle constitue une fin de non recevoir à l'action en divorce ou en séparation de corps. La réconciliation survenant en cours d'instance constitue une fin de non recevoir à l'action. Une fois que le divorce a été prononcé, il ne peut plus s'agir de réconciliation. Les époux peuvent contracter entre eux un nouveau mariage, cela leur est permis aujourd'hui, mais cela ne peut pas constituer une réconciliation. Au contraire, il y a une réconciliation possible après la séparation de corps puisque le mariage subsiste.

Cette réconciliation met fin à l'état de séparation de corps. Mais de quel évènement résultera la réconciliation? La loi ne nous dit rien à cet égard. L'art. 311, dernier alinéa, fait bien mention de la réconciliation, mais pour la soumettre, le cas échéant à une formalité de publicité. Le texte ne nous dit rien des faits qui constituent la réconciliation.

Nécessité d'un accord de volontés des époux, indépendamment de

On s'accorde à reconnaître que pour produire la réconciliation la condition nécessaire et suffisante c'est l'accord des volontés des époux. La volonté d'un seul des époux ne suffirait pas à elle seule pour amener la réconciliation, notamment l'époux qui a obtenu

Source : BIU Cujas

toute formalité.

la séparation de corps ne pourrait pas, en déclarant qu'il pardonne, contraindre l'autre à reprendre la vie commune. La réconciliation suppose l'accord des époux, mais un accord de volontés est suffisant, sous quelque forme, expresse ou tacite, qu'il se réalise.

Aucune formalité n'est nécessaire. Le plus souvent la réconciliation résultera du seul fait du rétablissement de la vie conjugale, mais elle peut résulter de tout autre fait laissé à l'appréciation des tribunaux (Cas. 24 Février 1908, D. 1908,I,410).

Disparition de la séparation et rétablissement des effets du mariage.

Quels sont les effets de la réconciliation? Le principe est que la réconciliation entraîne cessation de la séparation de corps et rétablissement des effets du mariage dans leur force primitive. Par conséquent les époux doivent reprendre la vie commune, la femme doit cohabiter avec son mari; elle a désormais comme domicile légal, le domicile de son mari. Tous les effets du mariage se rétablissent.

Mais ce principe que la réconciliation fait cesser complètement les effets de la séparation de corps comporte une double restriction.

Persistance malgré la réconciliation, de la séparation de biens, sauf faculté pour les époux de rétablir leur régime primitif.

La première restriction est relative au régime matrimonial des époux réconciliés. Si les époux étaient mariés sous le régime de la communauté ou sous le régime dotal, la séparation de corps entraîne la séparation de biens. La réconciliation n'emporte pas de plein droit le rétablissement du régime primitif. La séparation de biens survit à la réconciliation. Par conséquent il ne suffit pas aux époux réconciliés de reprendre la vie commune pour rétablir le régime primitif, la séparation de biens subsiste.

Formalités requises pour rétablir l'ancien régime matrimonial (acte notarié, affichage)

Toutefois, la loi permet aux époux, s'ils le veulent, de rétablir leur régime primitif. Mais elle impose pour cela l'observation de formalités minutieuses qui sont indiquées par l'art. 1451 du Code civil : "La communauté dissoute par la séparation de corps, soit de biens seulement, peut être rétablie du consentement des deux parties. Elle ne peut l'être que par un acte passé devant notaires et avec minute, dont une expédition doit être affichée dans les auditoires des tribunaux civils et de commerce". En ce cas la communauté rétablie reprend son effet du jour du mariage, comme si la séparation de biens n'avait pas eu lieu, sauf bien entendu les droits acquis aux tiers.

Voilà à quelles conditions les époux peuvent rétablir le régime primitif, mais ils ne sont nullement obligés de le faire.

Une seconde restriction concerne la capacité de la femme. La femme séparée de corps recouvre sa pleine et entière capacité, tout au moins c'est la solution

Source : BIU Cujas

que nous avons admise, bien que la loi du 18 Février 1938 ait abrogé le texte de l'art. 311 qui le disait expressément. La femme séparée de corps a pleine et entière capacité comme si elle n'était pas mariée.

Capacité de la femme après la réconciliation. Condition de publicité pour que sa capacité de femme séparée de biens soit opposable aux tiers.

Que va-t-il advenir en cas de réconciliation? L'art. 311, dernier alinéa, nous répond: "S'il y a cessation de la séparation de corps, par la réconciliation des époux, la capacité de la femme est modifiée pour l'avenir et réglée par les dispositions de l'art. 1449". L'art. 1449 est celui qui fixe la capacité de la femme séparée de biens. Donc, en cas de réconciliation des époux, la femme qui avait pleine et entière capacité n'a plus désormais que la capacité d'une femme séparée; notamment elle ne peut plus aliéner ses immeubles sans l'autorisation de son mari. La loi se place évidemment dans le cas où les époux n'ont pas rétabli leur régime primitif. S'ils ont rétabli leur régime primitif par exemple la communauté, en observant les formalités de l'art. 1451, la femme n'a plus que la situation d'une femme commune en biens elle peut disposer de la nue propriété de ses biens propres, mais pas de l'usufruit.

Laissons de côté cette hypothèse. Supposons que les époux n'aient pas rétabli leur régime primitif; ils restent séparés de biens. Désormais, dès le jour de la réconciliation la femme qui était entièrement capable n'a plus que la capacité d'une femme séparée de biens. Seulement cette modification dans la capacité de la femme qui n'est plus que la capacité de la femme séparée de biens - si elle existe sans formalités dans les rapports des époux, n'est opposable aux tiers qu'à certaines conditions qu'indique l'art. 311.

Cette modification, dit l'art. 311, n'est opposable aux tiers que si la reprise de la vie commune a été constatée par acte passé devant notaire avec minute, dont un extrait devra être affiché en la forme indiquée par l'art. 1445, c'est-à-dire dans les auditoires des tribunaux. De plus la loi exige qu'il soit fait mention de la réconciliation en marge du jugement ou de l'arrêt qui a prononcé la séparation. Enfin, la loi exige qu'il y ait publication de la réconciliation en extrait dans un journal du département.

Voilà à quelles conditions cette réduction de la capacité de la femme est opposable aux tiers. Il est curieux de constater que la loi, qui n'exige aucune publicité de la séparation de corps, se montre aussi formaliste en cas de réconciliation.

C'est à cette condition-là seulement que les époux pourront opposer la capacité restreinte de la

Source : BIU Cujas

femme séparée aux tiers. Si ces formalités ne sont pas observées, si l'une d'elle est admise, les tiers qui traitent avec la femme sont en droit de la considérer comme pleinement capable, comme l'est une femme séparée de corps avant la réconciliation. La femme qui aurait aliéné un immeuble sans l'autorisation de son mari, ne pourrait demander la nullité de l'acte qu'elle a fait.

Les trois situations dans lesquelles la femme peut se trouver après la réconciliation.

Finalement, en cas de réconciliation après séparation de corps, la femme a le choix entre trois solutions: I° se réconcilier avec son mari en s'abstenant de toute publicité, elle conserve alors pleine et entière capacité dans ses rapports avec les tiers; elle doit bien demander l'autorisation au mari, mais si elle ne la demande pas elle ne pourra pas opposer son incapacité aux tiers,

2° - Deuxième solution : publier la réconciliation suivant les formes compliquées de l'art. 311, mais sans rétablissement du régime matrimonial primitif. La femme a alors vis-à-vis des tiers la capacité d'une femme séparée de biens.

3° - Enfin, troisième solution possible, rétablir le régime matrimonial primitif, communauté ou régime dotal, suivant l'art. 1451; la femme a la situation résultant du régime matrimonial.

B) La séparation de corps peut prendre fin par la mort des époux, qui entraîne la dissolution du mariage. Rien de particulier à signaler, sauf que si le survivant est l'époux coupable il subira les déchéances prévues par la loi.

Le divorce entre époux séparés de corps. Les deux cas où il peut intervenir.

C) Enfin, la séparation de corps peut prendre fin par le divorce prononcé entre les époux, mais le divorce peut être prononcé entre les époux de deux manières: I° sur la base des faits qui ont motivé la séparation de corps; c'est l'hypothèse de la conversion de la séparation de corps en divorce; 2° le divorce peut être prononcé entre les époux en vertu d'un fait nouveau.

I° Conversion de la séparation de corps en divorce

Le législateur voit sans faveur le maintien indéfini de la séparation de corps, qui supprime la vie commune tout en laissant subsister les liens du mariage, notamment en interdisant à chacun des époux de contracter une nouvelle union. Situation pénible et qui aurait été sans issue peut-être, sauf le cas de réconciliation, si le législateur n'avait imaginé la faculté de convertir la séparation de corps en divorce.

Depuis la rédaction du Code civil, notre légis-

Source : BIU Cujas

Historique de la conversion de la s. d. c. en divorce.

lateur a passé sur ce point par trois conceptions.

D'après le texte primitif du Code civil, lorsque la séparation de corps avait duré trois ans, l'époux défendeur, c'est-à-dire celui contre lequel la séparation avait été prononcée, pouvait s'adresser au tribunal pour faire convertir la séparation en divorce, et le tribunal était obligé de faire droit à sa demande. Mais par contre l'époux, qui avait obtenu la séparation, pouvait arrêter cette demande de conversion en divorce en offrant à son conjoint de reprendre la vie commune.

Lors du rétablissement du divorce en 1884, le législateur adopta une autre conception. Cette fois c'était l'un quelconque des époux, qui, après trois ans, pouvait demander la conversion de la séparation en divorce. Mais cette demande le tribunal n'était pas obligé de l'admettre. Le tribunal pouvait, s'il estimait qu'une chance de réconciliation subsistait, refuser de prononcer la conversion. Tout était laissé par conséquent ici à l'arbitraire du tribunal.

La loi de 1908. La conversion de droit, au bout de 3 ans, à la demande d'un des époux.

Ce système a été modifié par une loi du 6 juin 1908, qui a modifié l'art. 310 et qui nous régit actuellement. Dans le système actuel, l'un quelconque des époux peut demander la conversion, aussi bien celui contre qui la séparation a été prononcée, que celui qui l'a obtenue. Mais à la différence du système antérieur, le tribunal est obligé de faire droit à cette demande.

Par conséquent, la séparation de corps n'est plus, dans notre droit, un état définitif ou en tout cas elle n'est un état définitif que si les époux le veulent bien. Aucun d'eux ne peut imposer la séparation de corps à l'autre au-delà d'un délai de trois ans. A l'expiration de ce délai, l'un des époux peut obtenir la conversion de la séparation en divorce, et l'époux qui a obtenu la séparation de corps ne pourrait arrêter cette demande de conversion en offrant de reprendre la vie commune.

Quel est le point de départ du délai de trois ans? C'est le jour où le jugement de séparation de corps est devenu définitif. La séparation de corps existe en effet au jour où l'arrêt est devenu définitif. C'est de ce jour que commence à courir le délai de trois ans, à l'expiration duquel il doit être fait droit par le tribunal à la demande de conversion. Le tribunal n'a aucun pouvoir d'appréciation; du moment que le délai de trois ans est écoulé, le tribunal doit prononcer la conversion.

On dit quelquefois que la conversion est automatique. C'est une expression qu'il est préférable de

Source : BIU Cujas

ne pas employer. Dire que la conversion est automatique, cela voudrait dire, semble-t-il, qu'après trois ans, même sans demande, la conversion a lieu. Ce n'est pas le cas; la conversion exige que l'un des époux la demande; si aucun d'eux ne fait la demande, la séparation de corps subsiste.

Procédure de la conversion

La conversion est de droit; aussi a-t-il paru inutile au législateur d'imposer aux époux la procédure de divorce tout entière. Ce serait bien inutile, il n'y a pas de discussion possible. Aussi la loi admet-elle en cette matière une procédure simplifiée et rapide. L'art. 310, al. 4, dit que la demande de conversion sera introduite par assignation à huit jours francs, en vertu d'une ordonnance rendue par le président. L'époux demandeur présente requête au président, qui rend une ordonnance à la suite de laquelle l'époux demandeur assigne l'autre à huit jours francs devant le président du tribunal. La question est débattue en chambre du conseil, dit le texte. En général, les procès sont débattus en audience publique, la publicité des audiences est une des règles essentielles de notre organisation judiciaire. Au contraire, dans notre matière, c'est le tribunal siégeant en chambre du conseil, c'est-à-dire à huis clos, qui est compétent. On ne veut pas renouveler en audience publique tout ce procès qui a abouti à une séparation de corps. C'est pourquoi tout sera débattu en chambre du conseil; il n'y aura pas de discussion publique; le président nommera un juge rapporteur, le ministère public devra donner ses conclusions, et le jugement sera rendu en audience publique (seuls les débats ont lieu à huis clos).

du jugement de conversion: substitution du divorce à la s.de, dans les conditions où celle-ci a été prononcée. Conséquence quant aux dépens

Le tribunal va donc prononcer la conversion par cela seul qu'il constate que le délai de trois ans est écoulé. Il va convertir la séparation de corps en divorce. Seulement, pour prononcer le divorce, le tribunal prendra pour base les faits qui ont motivé la séparation de corps. Le divorce sera prononcé aux torts de l'époux contre lequel la séparation de corps avait été prononcée, et cela quand bien même cet époux serait demandeur en conversion. Si la séparation avait été prononcée aux torts réciproques, le divorce sera prononcé aux torts réciproques des époux.

En un mot, le tribunal qui prononce la conversion ne fait en quelque sorte que changer le dispositif du jugement en substituant le divorce à la séparation de corps. Quant aux motifs, ce sont ceux qui avaient amené le tribunal à prononcer la séparation de corps. En prononçant la conversion le tribunal n'a pas le droit de changer quoi que ce soit à ces motifs.

Source : BIU Cujas

C'est une conséquence de cette idée que consacre l'art. 310, alinéa 2, en ce qui concerne les dépens. Qui va payer les dépens de la demande de l'instance en conversion? Les dépens seront mis pour le tout à la charge de celui des époux, même demandeur, contre lequel la séparation a été prononcée. C'est l'époux coupable qui avait été condamné aux dépens du jugement de séparation de corps, c'est lui encore qui sera, même demandeur en conversion, condamné aux dépens de l'instance en conversion. Si la séparation avait été prononcée aux torts réciproques, le texte dit que les dépens seront mis pour moitié à la charge de chacun des époux.

En un mot, le jugement de séparation de corps est la base sur laquelle est prononcée la conversion. Le tribunal qui prononce la conversion ne pourrait rien y changer. Le divorce est motivé uniquement par les faits qui ont motivé la séparation. C'est donc une simple formalité que la conversion; le tribunal n'a pas le droit de s'y opposer et il ne fait qu'appliquer ici purement et simplement le jugement de séparation de corps.

Acquiescement au jugement de conversion.

C'est ce qui explique que le jugement qui prononce la conversion de la séparation en divorce soit susceptible d'acquiescement. Nous avons vu que le jugement de divorce n'est pas susceptible d'acquiescement, parce que la loi espère toujours qu'il y aura une réconciliation possible, mais ici il n'y a aucune réconciliation possible, la conversion est de droit. L'art. 249 qui nous dit que le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce n'est pas susceptible d'acquiescement, ajoute: "à moins qu'il n'ait été rendu sur conversion de séparation de corps".

Transcription du jugement de conversion.

Lorsque la conversion est prononcée, le divorce avec toutes ses conséquences, est substitué à la séparation de corps. Par conséquent, il faudra transcrire le jugement de conversion et observer toutes les formalités exigées par la loi pour le divorce.

Conséquence de la conversion sur la pension alimentaire.

Le divorce est désormais substitué à la séparation de corps; il en résulte des conséquences importantes quant au droit aux aliments. Les époux cessant d'être mariés ne se doivent plus en principe d'aliments L'époux coupable, s'il est dans le besoin et s'il bénéficiait d'une pension alimentaire, cesse désormais d'y avoir droit; il n'y a plus de pension alimentaire au profit de l'époux coupable après le divorce. Si la séparation de corps a été prononcée aux torts réciproques des époux, tous deux cessent d'avoir droit à une pension alimentaire.

Mais par contre, art. 310, alinéa 3, les dispo-

Source : BIU Cujas

sitions du jugement de séparation de corps accordant une pension alimentaire à l'époux qui a obtenu la séparation conservent en tout cas leur effet. La loi suppose que le jugement de séparation de corps avait alloué une pension à l'époux qui avait obtenu cette mesure; après la conversion la pension alimentaire subsiste. Le législateur a entendu dispenser l'époux qui avait obtenu la séparation de corps de plaider de nouveau sur la pension alimentaire. La partie du dispositif du jugement qui accordait une pension alimentaire à cet époux subsiste, elle conserve tous ses effets, nous dit la loi. Seulement, il y a ici une difficulté: c'est que la pension alimentaire en cas de divorce est fondée sur l'art. 30I, elle n'a pas le même fondement que la pension alimentaire en cas de séparation de corps, qui repose sur la persistance du devoir de secours. Dès lors, il faut admettre, semble-t-il, que désormais la pension alimentaire qui est due à l'époux qui avait obtenu la séparation est désormais fondée sur l'art. 30I et non plus sur l'art. 2I2. Il résulte de là que, si cette pension excédait le tiers des revenus de l'autre époux, elle devrait être réduite à ce tiers. La pension qui autrefois était fondée sur l'art. 2I2 se transforme en pension de l'art. 30I, mais avec toutes ses conséquences, et notamment la limitation au tiers des revenus de l'époux coupable.

Cependant, il y a des auteurs (Beudant) qui admettent que la pension doit rester telle qu'elle a été fixée par le jugement de séparation de corps, même si elle est supérieure au tiers. Ces auteurs se fondent sur le texte qui décide que les dispositions du jugement de séparation de corps conservent en tout cas leurs effets; il n'y aura rien de changé.

En tout cas la Cour de Cassation décide que si le jugement de conversion est muet sur la pension, celle-ci subsiste et l'époux qui ne s'en acquitte pas peut être poursuivi pour abandon de famille (Cass. 22 juin I935, Sirey, I936,I,353).

2° - La séparation de corps peut cesser en cas de <u>divorce prononcé en vertu d'un fait nouveau.</u>

Divorce pour fait nouveau.

Pendant la séparation, l'un quelconque des époux peut former contre l'autre une demande en divorce fondée sur un fait nouveau, par exemple l'adultère de son conjoint, puisque les conjoints continuent à se devoir fidélité. En pareil cas, la procédure à suivre est la procédure ordinaire du divorce. Cette demande en divorce peut être formée moins de trois ans après la séparation; rien de commun avec la conversion:

Source : BIU Cujas "Les Cours de Droit" Y Répétitions Ecrites et Orales
3, Place de la Sorbonne, 3 Reproduction interdite

(Cassation, 4 août 1913, Dalloz 1917,I,65).

La séparation de fait des époux.

Il est assez fréquent que des époux ne fassent plus ménage commun sans que cependant le divorce, ou même la séparation de corps, ait été prononcé entre eux; il y a simple séparation de fait.

Il ne s'agit pas bien entendu du cas où la séparation n'est que temporaire et motivée par l'éloignement momentané d'un des époux. Le cas que nous envisageons est celui où la séparation de fait est provoquée par le mésintelligence des époux.

La situation peut se présenter sous deux formes.

Séparation de fait par refus de cohabitation de l'un des conjoints.

1° L'un des époux se refuse à toute cohabitation; ou bien c'est la femme qui a quitté le domicile conjugal et refuse d'y rentrer, ou c'est le mari qui refuse de recevoir sa femme. En pareil cas, l'un des époux peut mettre l'autre en demeure d'accomplir ses obligations, faute de quoi il pourrait demander le divorce ou la séparation de corps. Mais il n'y a aucune obligation pour l'époux outragé de demander le divorce ou la séparation de corps, il peut se contenter de subir la situation; les époux restent séparés de fait.

Convention de séparation amiable. Discussion sur la valeur juridique de ces conventions.

2° - Il intervient parfois entre les époux une véritable convention de séparation amiable. Les époux ne s'entendent plus, mais ils ne veulent recourir ni au divorce, ni à la séparation de corps, soit par scrupule religieux, soit à cause des enfants, soit pour ne pas étaler leurs misères conjugales dans le prétoire des tribunaux; ils font une convention de séparation amiable; quelquefois même ils la rédigent par écrit.

Les conventions amiables s'accompagnent généralement de clauses sur la garde des enfants, sur le paiement d'une pension alimentaire, par le mari à sa femme, par exemple. Quelquefois il y a liquidation anticipée de la communauté. Parfois même une libéralité est faite par un époux à l'autre.

D'après la majorité de la doctrine, une semblable convention est nulle comme ayant une cause illicite elle ne peut produire aucun effet. La jurisprudence s'est prononcée à différentes reprises en ce sens (Cassation, 2 janvier 1907, Sirey, 1911,I,585).

A l'appui de cette solution on invoque différents textes, notamment l'art. 307, qui décide que la séparation de corps ne pourra avoir lieu par le consentement mutuel des époux. Ou encore l'art. 1443, qui en

Source : BIU Cujas

matière de séparation de biens, dit que toute séparation volontaire est nulle. Donc, d'après la jurisprudence tout au moins, et la grande majorité des auteurs, ces conventions de séparation de fait ont une valeur morale, mais elles n'ont aucune valeur juridique. A tout instant l'un des époux peut refuser d'exécuter les obligations auxquelles il avait consenti et exiger que l'autre reprenne la vie commune.

Une partie de la doctrine est moins sévère à l'égard des conventions de séparation amiable, notamment Savatier (Rev. Trim. de Droit civil, 1932, p.535) Une convention de séparation amiable, dit-il, n'a rien d'illicite en soi. Les époux doivent vivre ensemble, c'est entendu, mais s'ils préfèrent vivre séparés, s'ils s'entendent sur ce point, on ne voit pas en quoi cette convention est contraire à l'ordre public. Sans doute il est des devoirs réciproques dont les époux ne peuvent se dispenser par convention, notamment l'obligation de fidélité ou le devoir de secours; mais il en est d'autres qui n'ont pas la même rigueur, qui admettent des accomodements, et notamment le devoir de cohabitation. Seulement les partisans de cette doctrine, tel M. Savatier, ajoutent qu'une semblable convention est toujours révocable par la volonté d'un seul des époux. Convention bien fragile par conséquent, puisqu'à tout instant l'un d'eux pourra y mettre fin et exiger la reprise de la vie commune, faute de quoi il demandera le divorce ou la séparation de corps.

Pratiquement, il n'y a donc pas un abîme entre les deux opinions, celle de la jurisprudence et de la majorité de la doctrine et celle de quelques auteurs. Pour la jurisprudence, la convention est nulle, mais elle s'applique tant qu'aucun des époux n'en demande pas la nullité; c'est une sorte d'engagement d'honneur qu'on respectera. Dans l'autre opinion, celle de M. Savatier, l'engagement est valable, mais susceptible d'être révoqué à tout instant par la volonté d'un seul des époux. Pratiquement, il n'y a pas grande différence entre les deux conceptions.

Caractère extra légal de la séparation de fait. Conséquences juridiques qu'elle peut produire

Quelles vont être les conséquences de la séparation de fait, qu'elle soit subie par l'un des époux ou qu'elle soit convenue entre eux? C'est, sans doute un état de fait extra-légal; mais un semblable état de chose peut produire des effets juridiques; c'est le cas de l'union libre, c'est le cas de la séparation de fait, qui n'a aucune valeur légale, mais qui produit tout de même des effets juridiques, parce qu'il y a des faits devant lesquels on est obligé de s'incliner.

Quelle est la situation de la femme en particu-

Source : BIU Cujas

Situation de la femme abandonnée. Droit à pension alimentaire?

lier lorsqu'il y a séparation de fait? Incontestablement la femme abandonnée par son mari et dénuée de ressources peut obtenir une pension alimentaire. Mais il n'en serait ainsi que si la femme était réellement délaissée par son mari; si la femme avait abandonné le domicile conjugal volontairement et sans raison légitime, elle ne serait certainement pas recevable à demander des aliments. Par conséquent, la femme ne peut obtenir une pension alimentaire que si elle est délaissée par son mari ou si elle a quitté le domicile conjugal pour une raison grave qui justifie cet abandon. En pareil cas, la femme, titulaire d'une pension alimentaire, peut pratiquer une saisie-arrêt sur les appointements ou les salaires du mari.

La pension alimentaire ne suffit pas toujours. Cette femme mariée peut avoir à faire face à des dépenses urgentes et peut-être considérables, maladie, opération chirurgicale, etc... Dans quelle mesure les dépenses qu'elle engagera engageront-elles en même temps son mari? Question de crédit pour cette femme.

Il était donc nécessaire en pratique d'envisager des mesures destinées à faciliter l'activité juridique de la femme séparée de fait.

Possibilité pour la femme séparée de fait depuis la loi de 1938 d'entreprendre sans autorisation une profession (sauf commerciale)

Or, jusqu'à l'an dernier on se heurtait en cette matière à un obstacle résultant de l'incapacité de la femme. Le mariage subsiste en cas de séparation de fait; la femme restait incapable, elle ne pouvait faire aucun acte juridique sans l'autorisation de son mari ou sans l'autorisation de justice; sans compter l'absence de pouvoir résultant du régime matrimonial sous lequel elle était mariée. On se heurtait donc là à une assez grande difficulté.

Cette difficulté a disparu aujourd'hui dans une certaine mesure, puisque la loi de 1938 restitue à la femme sa capacité et que d'autre part la loi permet à la femme sans autorisation de son mari d'entreprendre une profession, profession commerciale mise à part. Par conséquent la femme séparée de fait peut certainement entreprendre une professeion sans autorisation de son mari, à moins qu'il ne s'agisse d'une profession commerciale.

Malgré tout, la loi de 1938 est loin d'avoir ôté tout intérêt à la question qui se posait auparavant. Sans doute la femme mariée est capable de contracter seule, mais nous savons que cette capacité est bien réduite, toutes les fois qu'elle a adopté un régime matrimonial qui confère au mari l'administration de ses biens personnels. Il sera donc assez rare que la femme jouisse à elle seule d'un crédit suffisant, à moins qu'elle n'exerce une profession qui lui permette

Source : BIU Cujas

d'avoir des biens réservés.

Obligations du mari à raison des dépenses engagées par la femme pour sa subsistance et celle de ses enfants. Explications proposées

Dans quelle mesure la femme séparée peut-elle engager son mari? La jurisprudence s'est prononcée formellement en ce sens que les actes nécessaires à la subsistance de la femme séparée de fait et à l'entretien de ses enfants engagent le mari, même dit la jurisprudence, s'ils dépassent le cercle des dépenses courantes (Cas. Ier Juin 1929, Dalloz 1931,I,79).

Il restait à justifier cette solution. La jurisprudence considère que la femme a agi en vertu du mandat tacite qui est reconnu à toute femme mariée pour engager les dépenses du ménage. La femme, même séparée de fait, conserve ce mandat tacite.

Autorisation tacite du mari

Il y a tout de même une objection: est-ce conforme à la volonté du mari qui a abandonné sa femme, et que décider si jamais le mari venait à révoquer le mandat qu'il a donné à sa femme? Un mandat est chose révocable. C'est pourquoi d'autres arrêts et d'autres auteurs ont proposé ici l'idée que la femme agirait avec l'autorisation tacite de son mari. Mais ici encore on peut faire des objections.

Obligation d'entretien du mari à l'égard de la femme.

Finalement, mieux vaut faire appel à une autre idée pour justifier le pouvoir propre permettant à la femme d'engager son mari lorsqu'elle est abandonnée par lui. On peut faire appel ici à l'idée de l'obligation d'entretien, qui incombe au mari en vertu de la loi, en vertu de l'art. 214. Le mari est obligé de fournir à la femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de sa vie selon ses facultés et son état. Or, en cas de séparation de fait, l'obligation d'entretien subsiste. Cette obligation qui pèse sur le mari ne peut en pratique recevoir d'exécution effective que si les tiers qui contractent avec la femme dans l'intérêt du ménage ou dans l'intérêt personnel de la femme ont un recours contre le mari. Il ne peut dépendre de la volonté du mari que son obligation d'entretien s'exécute ou ne s'exécute pas suivant qu'il demeure avec sa femme, ou au contraire qu'il l'a abandonnée. C'est la seule explication qui permette de comprendre que la femme abandonnée par son mari continue à engager celui-ci; c'est une conséquence de l'obligation d'entretien.

En un mot - la question se pose toutes les fois qu'une personne est tenue à une pension alimentaire vis-à-vis d'une autre - lorsque la loi a établi une obligation d'entretien à la charge d'une personne, le créancier de cette obligation peut rendre effective celle-ci en achetant tout ce qui est nécessaire à sa subsistance et à son entretien, les fournisseurs, ceux qui ont traité avec le créancier, ont action contre le

Source : BIU Cujas

débiteur. C'est la seule explication qu'on puisse donner de la jurisprudence (Voir note de M. Nast au Dalloz I924,II,I06, sur la situation de la femme abandonnée).

IV - L'absence

Il nous reste à voir les conséquences de l'absence de l'un des époux sur le lien conjugal.

Définition

L'absence est la situation de l'individu qui a disparu de son domicile ou de sa résidence et dont l'existence est incertaine par suite du défaut de nouvelles pendant un temps plus ou moins prolongé.

Incertitude sur la vie ou la mort de l'absent.

D'après la conception assez étrange de notre droit, l'absent n'est jamais considéré comme décédé, quelle que soit la durée de l'absence; par contre, il n'est pas davantage considéré comme vivant; c'est un individu dont l'existence ou le décès sont incertains.

Conséquences quant au mariage de l'absent. Du cas où le conjoint de l'absent contracterait un nouveau mariage.

De cette conception vont résulter des conséquences en ce qui concerne le mariage de l'absent. L'absence même la plus longue n'entraîne pas la dissolution du mariage de l'absent; par conséquent, tant que la preuve du décès de l'absent n'est pas faite, son conjoint ne peut contracter un nouveau mariage.

Mais qu'arriverait-il si en fait le conjoint de l'absent contractait une nouvelle union, ayant réussi à tromper un officier de l'état civil? Comme on est dans l'incertitude sur la vie ou sur la mort de l'absent, on ne peut pas poursuivre le conjoint remarié pour bigamie; pour qu'il y ait bigamie, il faut qu'il y ait nécessairement un premier mariage non dissous; ici, on n'a pas la preuve que le premier mariage ne soit pas dissous; personne ne peut demander la nullité du second mariage. L'art. I39 nous dit en effet que seul l'époux absent dont le conjoint a contracté une nouvelle union sera recevable à attaquer ce mariage, s'il reparaît un jour.

Disparition par suite de l'absence des droits du mari comme chef de famille

Avant la loi du I8 février I938, lorsque le mari était absent, la femme demeurait incapable, mais comme elle ne pouvait obtenir l'autorisation maritale, l'art. 222 décidait qu'elle devait demander l'autorisation du tribunal; c'était un des cas dans lesquels l'autorisation de justice était substituée à l'autorisation maritale. Depuis la loi du I8 Février I938, la femme a pleine capacité; elle n'a donc plus à demander l'autorisation de justice. L'absence est précisément l'un des cas dans lesquels le mari cesse d'être

Source : BIU Cujas

chef de famille. Par conséquent il faut admettre que non seulement la femme peut exercer une profession sans avoir besoin d'aucune autorisation, mais encore que la femme peut passer tous les actes juridiques sans avoir besoin d'aucune autorisation, même d'une autorisation de justice.

Effet de l'absence quant à la présomption de paternité du mari.

Quel est maintenant l'effet de l'absence d'un époux en ce qui concerne la présomption de paternité du mari? Supposons que la femme de l'absent mette au monde un enfant plus de 300 jours après la disparition du mari; l'enfant peut-il invoquer cette présomption, la présomption de l'art. 3I2? La Cour de Cassation a changé de jurisprudence à cet égard.

Dans un arrêt du I6 décembre I863 (Sirey, I864, I,27), elle a admis que l'enfant pouvait invoquer la présomption pater is est. L'enfant avait été déclaré à l'état civil sous le nom du mari absent. Cette solution était fortement critiquée par les auteurs. La Cour de Cassation a abandonné sa jurisprudence dans un arrêt du I9 décembre I906 (Dalloz I907,I,289). Elle considère en un mot que l'enfant n'est pas couvert par la présomption de paternité du mari. En effet, l'enfant qui se prétend légitime doit apporter la preuve du mariage de son père et de sa mère. Or, lorsque le mari est absent au moment de la conception, l'incertitude sur la vie ou sur la mort de l'absent entraîne l'incertitude sur l'existence du mariage. Par conséquent la présomption de l'art. 3I2 ne peut être invoquée.

Cette solution est assurément plus juridique que celle de l'arrêt de I863. Avec la jurisprudence de l'arrêt de I863, on aboutissait à ce résultat quelque peu scandaleux que si l'absence se prolongeait, personne ne pouvait intenter l'action en désaveu, puisque les héritiers du mari ne peuvent agir qu'après la mort de celui-ci; or, on n'était pas certain que le mari fût mort. La femme pouvait ainsi introduire dans la famille des enfants qui n'étaient pas de son mari.

Source : BIU Cujas

Titre II

LES MESURES DE PROTECTION ET D'ASSISTANCE DANS LA FAMILLE LEGITIME

Jusqu'ici dans l'étude du mariage et de ses effets nous n'avons eu à envisager que la famille considérée au sens étroit, c'est-à-dire comprenant le père, la mère et les enfants. Dans ce Titre II, nous verrons intervenir certainement la famille au sens étroit, mais aussi la famille au sens large, c'est-à-dire comprenant les parents en ligne directe ou collatérale, et même certains alliés.

Le devoir de protection et d'assistance dans la famille le rôle de l'Etat.

Dans une famille, il est des personnes qui ont besoin de protection ou d'assistance; ce sont d'abord les enfants jusqu'à un certain âge. Ce sont encore les personnes, même adultes, qui, à raison de leur état mental, sont hors d'état de pourvoir à leur existence et de veiller à leurs intérêts; ce sont encore celles qui à raison de leur faiblesse d'esprit ou de leur prodigalité ne peuvent administrer sagement leur patrimoine. Enfin, il est, dans une famille, des membres qui, soit à raison de leur âge, soit à raison de leur état de maladie ou pour tout autre cause indépendante de leur volonté, se trouvent dans la gêne et hors d'état de subvenir à leurs besoins.

La protection, l'assistance dont ces personnes ont besoin, elle est tout d'abord organisée au sein de la famille. La loi fait appel à certains de ses membres pour les contraindre à prêter aide at assistance à ceux qui sont dans le besoin. Quant à l'Etat sous la forme de l'Assistance Publique, il n'intervient qu'à titre subsidiaire, à défaut de famille, ou dans le cas où les membres de la famille ne s'acquittent pas de leur devoir.

Source : BIU Cujas

L'Etat intervient aussi pour exercer un contrôle sur la manière dont ceux qui en sont tenus s'acquittent de leur devoir. L'Etat en effet ne peut se désintéresser de l'éducation des enfants. Il a intérêt à ce que les enfants soient nourris, entretenus et élevés de manière à être des citoyens bien portants, honnêtes et utiles à la collectivité.

L'Etat ne peut se désintéresser du sort des malheureux déments. Il doit veiller à ce que ceux-ci soient l'objet des soins qui leur sont nécessaires, à ce qu'ils ne deviennent pas un danger pour l'ordre public, à ce que leurs intérêts pécuniaires soient sauvegardés et mis à l'abri des détournements.

Enfin, la collectivité ne peut pas abandonner à leur misère ceux qui, même par leur faute, sont dans le besoin, hors d'état de pourvoir à leur subsistance.

Mais, encore une fois, c'est en première ligne à la famille qu'incombe le soin d'assurer cette protection et cette assistance. Le soin d'y pourvoir est imposé aux plus proches parents, en première ligne tout au moins. C'est ainsi que la protection des enfants mineurs est confiée tout naturellement aux père et mère. C'est seulement lorsque ceux-ci sont décédés ou indignes ou hors d'état d'accomplir leurs obligations que la loi s'adresse à des parents plus éloignés. Ces derniers se voient imposer certaines obligations, obligation dans certains cas d'assumer une tutelle, ou une subrogée-tutelle, obligation de faire partie d'un conseil de famille.

La loi organise ainsi un véritable service familial, à la charge de certains parents ou alliés, vestige de l'ancien droit familial qui comportait autrefois bien d'autres institutions aujourd'hui disparues.

Des mesures de protection sont prises également en faveur des aliénés, des faibles d'esprit.

Enfin, la loi a institué une obligation d'assistance entre proches parents et alliés, c'est l'obligation alimentaire.

Nous aurons dans ce Titre II trois grands chapitres:

Chapitre I - Mesures de protection en faveur des mineurs.

Chapitre II - Mesures de protection des aliénés et des faibles d'esprit.

Chapitre III - Obligation alimentatire entre parents et alliés légitimes.

Reproduction interdite

Source : BIU Cujas

Chapitre I

MESURES DE PROTECTION EN FAVEUR DES MINEURS

L'incapacité générale du mineur. Les deux institutions de protection du mineur : la puissance paternelle et la tutelle; leur domaine respectif.

Nous avons vu précédemment en étudiant la personnalité ce qu'est un mineur et quelle est l'étendue de son incapacité.

Le mineur est incapable; il est frappé d'une incapacité générale.

En ce qui concerne les mineurs, notre législation connaît deux institutions: la puissance paternelle et la tutelle.

Ce qui caractérise la puissance paternelle, c'est qu'elle concentre tous les pouvoirs entre les mains des père et mère. Cependant, depuis la loi du 6 avril 1910, l'administration légale des biens d'un mineur comprend une règlementation qui s'inspire, dans une certaine mesure, des règles de la tutelle, et qui exige dans certains cas, tout au moins l'intervention du tribunal.

Dans la tutelle, au contraire, l'autorité est répartie entre différents organes: le tuteur, le subrogé tuteur, le conseil de famille et le tribunal.

Dans quels cas y a-t-il puissance paternelle, dans quels cas y a-t-il tutelle? La puissance paternelle existe seule dans certains cas; dans d'autres cas, c'est la tutelle qui existe seule; enfin, il y a des cas nombreux dans lesquels la puissance paternelle coexiste avec la tutelle.

Puissance paternelle seule.

La puissance paternelle existe seule lorsque les père et mère sont vivants et non déchus de la puissance paternelle.

Coexistence de la tutelle et de la puissance paternelle.

Il y a tutelle dès que l'un des père et mère vient à décéder, mais la tutelle en ce cas peut coexister avec la puissance paternelle. Il en est ainsi lorsqu'un seul des père et mère est décédé. En ce cas, le survivant exerce la puissance paternelle avec toutes les prérogatives qui en résultent sur la personne de l'enfant, et en outre le droit de jouissance légale; mais en ce qui concerne la gestion des biens du mineur, l'administration légale est remplacée par la tutelle.

Le survivant qui exerce la puissance paternelle

Source : BIU Cujas

est le plus souvent investi en même temps de la tutelle; seulement, comme tuteur chargé de l'administration des biens, il est soumis à des obligations particulières, à un régime spécial, celui de la tutelle. Il arrive quelquefois que la tutelle soit confiée à un autre que le survivant, auquel cas nous avons deux personnes: le survivant des père et mère qui exerce la puissance paternelle, et le droit de jouissance légale, puis le tuteur qui administre les biens du mineur.

Lorsqu'un des père et mère est déchu de la puissance paternelle, le tribunal a la faculté, mais c'est une simple faculté pour lui, d'ouvrir la tutelle. Il peut confier la puissance paternelle notamment à la mère, lorsque le père est déchu; ou bien, s'il ne veut pas confier la puissance paternelle à la mère, il peut ouvrir la tutelle.

Tutelle seule

Lorsque le père et la mère sont décédés l'un et l'autre, ou déchus de la puissance paternelle l'un et l'autre, ou que l'un est décédé et l'autre déchu, la tutelle s'ouvre seule; il n'y a plus de puissance paternelle. Elle comporte alors des prérogatives tout à la fois sur la personne et sur les biens du mineur.

Nous allons étudier dans quatre paragraphes :

1° La puissance paternelle;

2° La tutelle;

3° L'émancipation;

4° La sanction judiciaire de l'incapacité des mineurs.

§ I - La puissance paternelle.

Définition

Dans notre législation, la puissance paternelle comprend l'ensemble des droits qui appartiennent au père et à la mère sur la personne et les biens de leurs enfants jusqu'à la majorité ou l'émancipation de ces derniers.

Dans la conception actuelle du droit français, la puissance paternelle est une mesure de protection dans l'intérêt de l'enfant. Il n'en a pas toujours été ainsi. Quelques mots d'historique sont nécessaires.

La puissance paternelle telle que la conçoit notre droit présente en effet un caractère entièrement différent de ce qu'elle était en droit romain notamment, et d'une manière générale dans les législations anciennes.

I- La patria potestas; son

La patria potestas romaine était une souveraineté domestique en vertu de laquelle tous les pouvoirs

Source : BIU Cujas

caractère absolu et perpétuel.

sur les membres de la famille et tous les rapports juridiques dans lesquels ceux-ci étaient impliqués, se trouvaient concentrés en la personne du pater familias seul chef, seul titulaire des droits et des obligations. Le pouvoir domestique n'appartenait jamais à la mère; c'était le privilège du plus ancien ascendant mâle.

Cette puissance paternelle était perpétuelle, quel que fût l'âge des enfants. Ceux-ci n'avaient aucune indépendance juridique ou économique, puisque tout ce qu'ils acquéraient appartenait au "pater familias". Par ailleurs, le père de famille pouvait introduire dans la famille par le moyen de l'adoption toutes les personnes qu'il lui plaisait d'y faire entrer; au contraire, il pouvait en faire sortir par le moyen de l'émancipation tous les membres de la famille qu'il lui plaisait d'en faire sortir.

Sans doute cette "patria potestas" romaine, qui était avant tout une institution politique et économique, s'est affaiblie au cours des siècles; notamment les enfants ont acquis une certaine indépendance économique grâce au système des pécules; mais malgré ces changements profonds la puissance paternelle romaine a toujours conservé son caractère primitif, elle n'a jamais été considrée comme un moyen de protection pour l'enfant.

2 La conception française de la puissance paternelle dans le droit coutumier, pouvoir de protection du mineur.

Toute autre est la conception française, du moins dans la plupart des pays de coutume, car les pays de droit écrit et quelques rares coutumes avaient conservé en grande partie, quoiqu'avec des atténuations, les idées romaines sur ce point. Dans le Midi de la France la puissance paternelle était perpétuelle, comme en droit romain. Dans les pays de coutume au contraire on tient pour maxime que "droit de puissance paternelle n'a lieu". Ce qu'il ne faut pas entendre en disant que la puissance paternelle n'y existait pas; elle y existait, c'est une institution naturelle, peut-on dire, mais cela voulait dire qu'on n'y connaissait pas la puissance paternelle telle que la concevait le droit romain.

La famille française est constituée, non pas, comme la famille romaine, sur les liens artificiels de l'agnation, mais sur la communauté du sang. La puissance paternelle nous y apparait non plus comme un pouvoir despotique accordé au chef de la famille, mais comme un pouvoir tutélaire destiné à protéger les membres trop jeunes de la famille contre leur faiblesse physique et leur inexpérience.

Association de la mère et du père à la puis

Aussi en droit coutumier la puissance paternelle n'appartient plus à l'ascendant le plus éloigné, comme à Rome, mais au père et à la mère, qui ont donné la

Source : BIU Cujas

sance paternelle.

vie à l'enfant et à qui incombe le soin de l'élever et de l'éduquer. La mère, en droit coutumier, est associée au père dans la puissance paternelle; elle peut le suppléer en cas de défaillance.

Caractère temporaire de la puissance paternelle.

D'autre part, et surtout, cette puissance paternelle est essentiellement temporaire, elle ne dure que tant que l'enfant est hors d'état de se diriger lui-même, c'est-à-dire jusqu'à sa majorité.

Personnalité juridique de l'enfant.

Enfin, la puissance paternelle n'absorbe pas la personnalité juridique de l'enfant, qui peut avoir des biens distincts de ceux de ses parents.

La puissance paternelle dans les moeurs.

Il ne convient pas cependant de se faire de cette puissance paternelle de notre ancienne France un tableau trop idyllique. Les moeurs, et la législation d'ailleurs, conféraient au père des prérogatives singulièrement importantes. Les châtiments corporels étaient chose couramment admise et pratiquée, et légale, peut-on dire. Quand les enfants étaient plus âgés, et même lorsqu'ils avaient dépassé l'âge de la majorité, et que leur conduite laissait à désirer, il était facile au père d'obtenir une lettre de cachet pour faire incarcérer son enfant; certains hommes célèbres en ont fait l'expérience. Une ordonnance du I5 juillet I653 décide que les parents dont les fils sont tombés dans des cas de dérangement de conduite capables d'exposer l'honneur et la tranquillité de leur famille, pourront demander au Secrétaire d'Etat de la Guerre et de la Marine leur exportation dans l'île de la Désirade.

Sans recourir à de pareils moyens, qui étaient tout de même exceptionnels, le père, à la condition d'avoir de justes motifs de se plaindre de son enfant, pouvait l'écarter complètement de sa succession, le frapper d'exhérédation.

L'unification de la p.p. en droit intermédiaire.

Le droit intermédiaire généralise la conception coutumière de la puissance paternelle; il l'impose dans toute la France. Une loi du 28 août I792 décide que désormais la puissance paternelle ne s'appliquera plus qu'aux mineurs. Tout vestige de la puissance paternelle romaine disparait.

3 Consécration par le C.C. de la conception coutumière mais adoucie

Quant aux rédacteurs du Code civil, ils ont admis la conception coutumière de la puissance paternelle, mais en l'adoucissant encore. Ils ont abaissé l'âge de la majorité à 2I ans, tandis que dans la plupart des coutumes il était fixé à 25 ans. Ils ont supprimé le droit d'exhéréder l'enfant, celui-ci a toujours droit à une part de la succession de ses père et mère, la réserve, quels que soient les justes sujets de reproches que ceux-ci peuvent avoir contre lui. Sans doute les père et mère peuvent exhéréder partiellement

Source : BIU Cujas

leurs enfants, mais ils sont obligés de lui laisser sa part de réserve.

Il est certain que les rédacteurs du Code civil ont envisagé la puissance paternelle comme étant surtout une mesure protectrice de l'enfant. Dans la conception du Code les droits que la puissance paternelle confère aux père et mère ont pour but avant tout de permettre à ceux-ci de s'acquitter de leurs obligations vis-à-vis des enfants, de leurs obligations d'entretien et d'éducation.

Maintien du droit de correction.

Néanmoins, le Code civil n'avait pas tiré toutes les conséquences de cette conception. Il était resté dans une certaine mesure attaché aux anciennes coutumes. C'est ainsi que le Code avait conservé le droit de correction consistant dans le droit pour le père de faire emprisonner l'enfant. Ce droit existe encore aujourd'hui, mais modifié, depuis 1935 seulement.

Absence de contrôle de l'Etat sur la puissance paternelle.

D'autre part, le Code civil n'avait pris aucune mesure contre les parents indignes. Il ignorait le contrôle et à plus forte raison la déchéance de la puissance paternelle. Sur ce point, semble-t-il, il faisait œuvre réactionnaire, car la jurisprudence de l'ancien droit admettait très bien le contrôle par la justice sur l'exercice de la puissance paternelle. Nous verrons d'ailleurs que la jurisprudence du 19ème siècle ne s'était pas arrêtée au silence du Code et qu'elle admettait très bien le contrôle judiciaire sur la puissance paternelle.

4. Intervention de l'Etat depuis la seconde moitié du XIXe S. La déchéance de la puissance paternelle.

Les choses se sont modifiées depuis le Code civil. La conception de la puissance paternelle mesure protectrice de l'enfance s'est affirmée de plus en plus et elle a eu pour effet au cours du XIXe siècle d'amener l'Etat à intervenir plus activement à l'effet de contrôler l'exercice de la puissance paternelle et d'en empêcher les abus. Puisque les père et mère n'ont de droits que dans la mesure de leurs devoirs, il est logique que l'Etat intervienne pour veiller à ce que les parents s'acquittent de leurs devoirs les plus essentiels, pour leur interdire de faire mauvais usage de leurs droits.

De cette tendance est issue toute une législation protectrice de l'enfance, dont nous n'avons à étudier qu'une partie au cours de droit civil. Ces mesures protectrices peuvent aller jusqu'à la déchéance totale de la puissance paternelle à l'égard des parents indignes.

La puissance paternelle pouvoir de protection

Finalement, nous retrouvons en matière de puissance paternelle les caractères généraux des droits de famille. C'est un ensemble de prérogatives à base de devoirs; les prérogatives que la puissance paternelle confère aux père et mère doivent être exercées par eux

Source : BIU Cujas

dans l'intérêt de l'enfant. La puissance paternelle est un pouvoir de protection. Dès lors il importe de réfréner les abus que peut commettre le titulaire de la puissance paternelle. C'est aux tribunaux qu'incombe tout naturellement le soin d'exercer un contrôle sur cet exercice. Ce contrôle doit être très souple, mais il peut aller jusqu'à la déchéance complète de la puissance paternelle.

Danger de certaines conceptions, mettant l'enfant sous la main de l'Etat.

Mais faut-il aller plus loin et considérer, comme certains le proposent, que les père et mère ne sont que les délégués de l'Etat, à qui appartient en dernière analyse, le soin d'élever les enfants? Cette thèse parait inadmissible ; elle méconnait l'existence de ce groupe naturel qu'est la famille; c'est au père et à la mère qu'incombe tout naturellement le soin d'élever les enfants; l'Etat ne doit intervenir que pour réprimer les abus. Voilà une thèse qui parait devoir être hors de controverse. Et cependant il n'en est pas ainsi. La législation des Etats dits totalitaires tend de plus en plus à assurer la mainmise de l'Etat sur l'éducation des enfants. L'enfant n'appartient plus à sa famille, il appartient à l'Etat, qui doit modeler son esprit suivant une conception politique. Chez nous, il n'est pas sûr que sous différents prétextes plus ou moins camouflés, certains ne favorisent pas la même conception. Il y a là un grand danger, car, encore une fois, la famille est le milieu naturel, le seul, dans lequel un enfant puisse se développer normalement et recevoir les soins matériels et l'éducation morale qui lui sont nécessaires.

Quoiqu'il en soit, de ces vues générales, les prérogatives résultant de la puissance paternelle n'étant conférées au père et à la mère que dans l'intérêt de l'enfant et pour leur permettre de s'acquitter de leurs devoirs vis-à-vis de lui, il importe d'abord de préciser l'obligation qui incombe aux père et mère.

Nous étudierons donc tout d'abord l'obligation d'entretien et d'éducation qui incombe aux père et mère; nous étudierons ensuite les droits qui appartiennent au père et à la mère en vertu de la puissance paternelle.

I - L'obligation d'entretien et d'éducation

Cette obligation est prévue par l'art. 203 du Code civil: "Les époux contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants".

Obligation de nourrir, entretenir, élever

Les parents doivent d'abord nourrir leurs enfants, c'est le besoin primordial à satisfaire. Ils doivent également les entretenir, c'est-à-dire leur procurer

Source : BIU Cujas

les enfants

tout ce qui est nécessaire à la vie, vêtements, logement, soins en cas de maladie, etc... Ils doivent enfin les élever, c'est-à-dire leur donner une éducation morale et intellectuelle suffisante.

Cette obligation incombe en même temps au père et à la mère. Le texte est formel: ils contractent ensemble l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants.

Nature de cette obligation. Différence avec l'obligation alimentaire quant à son caractère unilatéral et quant à son contenu.

Quelle est la nature de cette obligation qui incombe au père et à la mère? On y voit généralement une application de l'obligation alimentaire telle qu'elle existe entre ascendants et descendants, mais c'est tout de même quelque chose de différent. L'obligation prévue par l'art. 203 est quelque chose de différent de l'obligation alimentaire qui peut exister entre les père et mère et l'enfant devenu majeur.

Tout d'abord, à la différence de l'obligation alimentaire proprement dite, l'obligation prévue par l'art. 203 à la charge des père et mère est unilatérale et non pas réciproque. Elle n'existe qu'à la charge des père et mère, tandis que l'obligation alimentaire est toujours réciproque. C'est seulement quand cesse l'obligation prévue par l'art. 203, c'est à-dire à la majorité de l'enfant, que commence la véritable obligation alimentaire à la charge des père et mère, si l'enfant est dans le besoin.

D'autre part, l'obligation de l'art. 203 n'a pas seulement pour objet une prestation d'aliments; c'est une obligation beaucoup plus élevée imposée au père et à la mère par la nature et par la morale. Ceux-ci doivent non seulement nourrir et entretenir, mais encore éduquer leurs enfants, c'est-à-dire les instruire, leur donner une éducation morale et intellectuelle suffisante pour les mettre en mesure de se diriger dans l'existence et de gagner honorablement leur vie. C'est donc une obligation d'une nature particulière qui se rapproche de l'obligation alimentaire, mais qui ne se confond pas avec elle.

Source de cette obligation.

L'art. 203 nous présente cette obligation comme résultant du mariage. "Les époux contractent ensemble par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, etc..." Il faut s'entendre; à vrai dire, cette obligation est avant tout une charge de la paternité et de la maternité, puisqu'elle incombe notamment aux père et mère naturels, comme aux père et mère légitimes. Mais la loi, en nous disant que l'obligation découle du mariage entend que le mariage constitue l'état le plus favorable qui permette aux père et mère de s'acquitter de leur devoir primordial à l'égard de leurs enfants.

Source : BIU Cujas

Obligation de chaque parent et obligation au tout.

D'autre part, en déclarant que les époux contractent ensemble, par le fait de leur mariage, l'obligation d'entretien et d'éducation, la loi précise le caractère de cette obligation pour chacun des père et mère. Cela veut dire en premier lieu que chaque époux a une action contre l'autre pour le contraindre à s'acquitter de son devoir d'entretien. Cela signifie en second lieu que l'obligation d'entretien pèse pour le tout sur chacun d'eux.

On se demande s'il s'agit d'une obligation solidaire. Une obligation solidaire c'est une obligation qui pèse pour le tout sur chacun des débiteurs, de telle sorte que le créancier puisse demander la totalité de la dette à chacun d'eux. On peut dire qu'ici il y a une obligation solidaire. Cependant la question est discutée, et la jurisprudence n'est pas favorable à la solidarité, mais en tout cas, ce qui est certain, c'est que l'obligation de chacun des père et mère est une obligation au tout, c'est-à-dire que si l'un d'eux est dans l'impossibilité de s'acquitter de son obligation, celle-ci incombe pour le tout à l'autre époux.

Mesure de cette obligation

Les père et mère doivent s'acquitter de leurs obligations d'entretien et d'éducation conformément à leur position sociale et à leur fortune. L'obligation qui pèse ainsi sur les parents continue à leur incomber même lorsqu'ils sont déchus de la puissance paternelle Leur indignité les prive de leurs droits vis-à-vis de leurs enfants, mais elle ne les soustrait pas à l'exécution de leurs devoirs.

Si nous envisageons le cas, de beaucoup le plus fréquent, où les enfants n'ont aucune fortune personnelle tant qu'existent leurs père et mère, il est certain que la charge de l'entretien et de l'éducation incombe définitivement à ceux-ci, sans que ces père et mère puissent prétendre récupérer un jour les frais auxquels ils ont eu à faire face, le jour où l'enfant parvenu à l'âge adulte aurait des biens personnels. Cette obligation doit rester définitivement à la charge des parents.

De même des frères et soeurs ne pourraient, lors de l'ouverture de la succession du père ou de la mère, réclamer à l'un des frères ou soeurs le remboursement des sommes peut-être très élevées que le défunt avait dépensées pour les soins ou l'éducation donnés à cet enfant. Voici un enfant qui a été malade du temps de sa jeunesse, il lui a fallu des soins extrêmement coûteux, beaucoup plus coûteux que pour les autres enfants; un frère ou une soeur ne pourrait pas réclamer à celui qui a été malade le remboursement des sommes peut-être

considérables que le père ou la mère a dépensées pour s'acquitter de son obligation d'entretien vis-à-vis de cet enfant. C'est donc une obligation qui en principe reste à la charge des père et mère sans recours possible.

Caractère subsidiaire de l'obligation des parents quand l'enfant a des biens personnels.

Mais il en est autrement lorsque l'enfant a des biens personnels, ce qui peut arriver dans certains cas et notamment lorsque le père et la mère ou l'un des deux, est décédé, et même parfois lorsque le père et la mère existent. Dans ce cas, c'est avant tout la fortune de l'enfant qui doit servir à payer les frais d'entretien et d'éducation. Les père et mère en un mot ne sont tenus que subsidiairement, dans la mesure où les revenus de l'enfant ne sont pas suffisants pour lui donner une éducation appropriée à la fortune de ses parents.

Telle est du moins la conception qui paraît résulter de l'art. 385, 2°, du Code civil. Cet article est relatif à la jouissance légale des père et mère, il décide que les père et mère qui ont la jouissance légale des biens de leurs enfants mineurs ont à l'aide de ces revenus à faire face à certaines charges, et notamment la nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants. Par conséquent, c'est bien sur la fortune de l'enfant que doivent être prises les sommes nécessaires pour faire face à son éducation, puisque lorsque le père et la mère ont la jouissance légale, ils ont à prendre sur les sommes dont ils jouissent celles qui sont nécessaires pour l'éducation et l'entretien des enfants. Voilà une solution certaine.

Mais la question délicate est de savoir ce qu'il faut décider dans le cas où l'enfant a des biens personnels qui sont soustraits à la jouissance légale des père et mère, ce qui peut arriver soit parce que les père et mère sont déchus de la puissance paternelle, soit parce qu'il s'agit de biens qui, en vertu de la loi, échappent à la jouissance légale. En doctrine, et en jurisprudence, on considère généralement, en tirant argument de l'art. 385 pour le cas où il y a jouissance légale, que ce sont les revenus de l'enfant qui doivent subvenir principalement à son entretien. Les parents, en un mot, ne doivent payer les frais d'entretien que si les revenus de l'enfant sont insuffisants. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation le 30 novembre 1910 (Dalloz, 1912, I, 74). Bien plus, certains ont soutenu qu'en cas d'insuffisance des revenus de l'enfant, les dépenses d'entretien doivent être imputées sur le capital; solution qui paraît bien inadmissible du moment que les père et mère ont eux-mêmes des ressources suffisantes.

Source : BIU Cujas

Quelques auteurs protestent contre la solution admise par la jurisprudence. Elle est fondée, disent-ils, sur une assimilation inexacte de l'obligation de l'art. 203 à une obligation alimentaire. Ce sont, disent-ils, les père et mère, qui doivent avant tout supporter les frais d'éducation et d'entretien. Seulement il y a le texte de l'art. 385. D'ailleurs la jurisprudence belge qui interprète les mêmes textes statue dans le même sens que la jurisprudence française.

Lorsque l'enfant n'a aucune ressource personnelle et que les père et mère sont eux-mêmes dans l'indigence, ici commence le devoir de la société, qui doit venir en aide aux personnes hors d'état de subvenir à l'entretien, de leurs enfants. Mais nous ne pouvons entrer dans l'examen des institutions publiques ou privées qui font face à ce devoir indispensable.

L'époux qui, seul, par ses propres moyens, a pourvu à l'entretien des enfants, a-t-il un recours contre son conjoint? Si l'autre conjoint est insolvable, aucun recours n'est ouvert à celui qui a supporté les frais, il est tenu pour le tout de l'obligation. Mais si l'autre conjoint est solvable, celui qui a assumé la charge a un recours contre lui pour lui en faire supporter le poids proportionnellement à ses ressources (Cour de cassation, 27 Novembre 1935; Dalloz,1936.I. 25). La Cour de cassation décide dans cet arrêt que l'obligation, qui est unique au regard des enfants, ne s'en divise pas moins entre les parents, qui, dans leurs rapports entre eux, doivent en supporter le poids proportionnellement à leurs ressources. C'est pourquoi en cas de séparation de fait, la mère qui élève les enfants a une action contre le père pour le contraindre à exécuter son obligation vis-à-vis d'eux.

Absence d'obligation pour les parents de doter leurs enfants

Signalons la disposition de l'art. 204: "L'enfant n'a pas d'action contre ses père et mère pour un établissement par mariage ou autrement". Il résulte de là que, si les parents sont obligés d'entretenir et d'élever leurs enfants, par contre, ils ne sont pas obligés de leur fournir les sommes nécessaires en vue de s'établir. L'enfant n'a pas d'action contre ses père et mère "pour un établissement par mariage", par conséquent l'enfant ne peut exiger d'être doté; "ou autrement": l'enfant ne peut exiger que des subsides lui soient fournis par ses parents à l'effet d'entre prendre une profession, d'acheter un fonds de commerce ou une charge d'officier ministériel. C'est une obligation morale peut-être, mais qui au point de vue juridique est dépourvue de toute sanction.

Source : BIU Cujas

II - Droits appartenant au père et à la mère en vertu de la puissance paternelle

Quatre questions vont être passées en revue:

1°- A qui appartient la puissance paternelle?

2°- Quels sont les droits conférés par la puissance paternelle?

3°- Les modifications apportées à l'exercice de la puissance paternelle par certaines situations: le divorce, la séparation de corps, la séparation de fait, l'absence.

4°- L'extinction de la puissance paternelle.

A) A qui appartient la puissance paternelle et par qui est-elle exercée ?

Attribution de la P.P. conjointement au père et à la mère, même mineurs

Dans notre droit la puissance paternelle appartient au père et à la mère conjointement. L'art. 371 a en effet posé un principe de caractère moral: "L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère". Et l'art. 372 ajoute: "Il reste sous leur autorité jusqu'à sa majorité ou son émancipation".

La puissance paternelle appartient conjointement au père et à la mère; elle leur appartient même si ceux-ci sont frappés d'incapacité, car elle est une conséquence de l'obligation qui s'impose à ce père et à cette mère de nourrir, élever, entretenir leurs enfants. C'est une obligation qu'impose la nature et qui incombe au père et à la mère sans qu'on ait à s'inquiéter de leur capacité juridique.

En conséquence, la minorité du père ou de la mère n'est pas un obstacle à l'exercice par eux de la puissance paternelle. On peut tirer argument en ce sens de l'art. 442, 1°, qui déclare incapables d'être tuteurs les mineurs, excepté le père ou la mère. Par conséquent, le père ou la mère, même mineurs, peut exercer sans restriction aucune la puissance paternelle.

Autre conséquence qu'on tirait autrefois de ce principe, qui n'a plus lieu de s'appliquer aujourd'hui: la mère, même remariée, n'était pas soumise autrefois à l'autorité maritale en ce qui concernait l'exercice de la puissance paternelle sur ses enfants du premier mariage; bien qu'incapable comme femme mariée, son incapacité ne s'appliquait pas à l'exercice de la puissance paternelle sur ses enfants du premier lit.

Une autre question se posait autrefois: que fal-

Source : BIU Cujas

Quid du cas où le père lui-même pourvu d'un conseil judiciaire est incapable de faire librement tous actes sur son propre patrimoine?

lait-il décider dans le cas où le père était doté d'un conseil judiciaire? La Cour de cassation, dans un arrêt du 10 Mars 1897 (Dalloz, 1898.I.310) avait jugé que le père doté d'un conseil judiciaire ne pouvait accomplir en qualité d'administrateur légal des biens de son enfant les actes qu'il lui était interdit de faire sans l'assistance de son conseil judiciaire pour son propre compte.

Il y avait une très grave objection à faire à cette solution: c'est que le conseil judiciaire du père n'a pas qualité pour intervenir dans l'administration du patrimoine de l'enfant. Evidemment, la raison qui avait incité la Cour de cassation à admettre cette solution, c'est le danger de dilapidation du patrimoine de l'enfant par le père, comment un père prodigue, doté d'un conseil judiciaire, considéré comme incapable d'administrer ses affaires personnelles pourrait-il être considéré comme capable d'administrer le patrimoine de son enfant? Dans l'espèce en question il s'agissait d'un père prodigue qui avait dilapidé le patrimoine de son fils ou de sa fille. Aussi la loi du 6 Avril 1910, modifiant l'art. 389 C.C. a-t-elle supprimé toute difficulté en décidant que l'administration légale cesse d'appartenir à toute personne interdite ou pourvue d'un conseil judiciaire. En ce cas, la mère devient administratrice.

Attribution exclusive au père de l'exercice de la P.P. durant le mariage.

Le père et la mère ont donc l'un et l'autre la puissance paternelle, mais le père seul, dit l'art.376 exerce cette autorité durant le mariage. La mère, en un mot, ne jouit pendant le mariage que d'une autorité nominale, virtuelle. La loi consacre ici encore la prépondérance du mari, chef de la famille. Le droit ainsi reconnu au père est d'ordre public. C'est ainsi que si les époux avaient convenu par contrat de mariage que les enfants seraient élevés dans telle religion, cet arrangement serait sans valeur comme portant atteinte à la puissance paternelle du mari.

Quoi qu'il en soit, cette prépondérance du mari, qui a en principe l'exercice de l'autorité paternelle à l'égard des enfants, a été l'objet de critiques dans certains milieux qui voudraient émanciper la mère, de même que l'on vient d'émanciper l'épouse. On voudrait, tout au moins, - car évidemment proposer de donner à la mère l'exercice de la puissance paternelle, ce serait un peu singulier - on voudrait tout au moins donner à la mère une autorité égale à celle du père.

A ces tendances qui voudraient faire à la mère une situation égale à celle du père, on peut objecter que donner à la mère des droits égaux à ceux du père ce serait créer dans la famille une source de conflits insolubles, puisque personne ne pourra imposer sa

Source : BIU Cujas

volonté. On propose sans doute d'appeler la justice à trancher le différend, mais c'est une chose infiniment regrettable toutes les fois au moins que les époux ne sont pas séparés de fait. L'intervention de la justice ne peut être qu'une cause de discorde entre les époux qui vivent ensemble. C'est une vue théorique que de parler d'intervention de la justice en ces matières; il faut que quelqu'un impose sa volonté; il y a des circonstances, s'il s'agit de décider où sera élevé un enfant, s'il faut le mettre en pension ou non, où il est nécessaire qu'une personne ait le pouvoir de décision. D'ailleurs, en fait, fort heureusement, dans les ménages unis, il existe une collaboration du père et de la mère à l'éducation des enfants. Bien plus, dans leur première jeunesse, les enfants sont tout entiers à leur mère: plus tard le père et la mère exercent tout à la fois leur autorité, ils se consultent, ils se concertent, et ce n'est vraiment que dans des cas exceptionnels que le mari doit faire prévaloir son autorité.

D'ailleurs l'autorité de la mère n'est pas toujours simplement virtuelle; c'est normalement une autorité nominale tant que vit le père; mais même lorsque le mariage subsiste il est des cas où la mère va jouer un certain rôle. Ce sont des cas que nous envisageons, laissant de côté pour le moment le cas de mort, celui de séparation de corps, de divorce; nous supposons que les époux vivent ensemble; il est des cas où l'autorité de la mère n'est pas simplement virtuelle.

1)Cas où la mère doit être obligatoirement consultée

1°- Il y a certains cas dans lesquels la mère doit être obligatoirement consultée. D'abord pour le mariage de l'enfant mineur . Celui-ci doit demander le consentement de ses père et mère, et depuis 1927 le dissentiment emporte consentement. Par conséquent, le consentement donné par la mère l'emporte sur le refus du consentement opposé par le père.

De même, l'art. 348 exige, lorsqu'il s'agit de l'adoption d'un mineur, que le père et la mère donnent leur consentement; la loi exige le consentement de l'un et de l'autre. Par conséquent, le refus de consentement de la mère serait un obstacle à l'adoption de l'enfant mineur.

Voilà donc des cas où la mère est obligatoirement consultée et où son avis peut l'emporter.

2-Droit de contrôle de la mère sur l'exercice de la P.P. par le père.

2°- Il faut reconnaître à la mère, - et la jurisprudence le lui reconnaît - un droit de contrôle et de critique en cas d'abus par le père des pouvoirs qui lui sont conférés dans l'intérêt de l'enfant. La mère pourrait, le cas échéant, agir en justice pour faire modifier une décision prise par le père, et il y en a

Source : BIU Cujas

des exemples (jugement de référé du tribunal de la Seine du 23 Décembre 1926, D.1927.2.96).

3)Cas où la mère, du vivant du mari, exerce la P.P.

3) Enfin et surtout, la mère est appelée à exercer l'autorité paternelle toutes les fois que le père est dans l'impossibilité de l'exercer lui-même. C'est ce qui se produit d'abord en cas d'absence (art. 141). Mais même en dehors de ce cas, il faut décider que la mère exerce la puissance paternelle toutes les fois que le père est dans l'impossibilité de le faire, soit pour cause d'éloignement, soit pour cause d'aliénation mentale, soit pour toute autre cause, qui met obstacle à l'exercice par le père de son autorité.

On peut invoquer en ce sens un texte dont on peut généraliser le principe: c'est l'art. 149 en matière de mariage, qui décide que si l'un des époux est mort ou s'il est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit. Il faut généralement admettre que la mère exerce l'autorité paternelle toutes les fois que le père est dans l'impossibilité matérielle de l'exercer.

C'est d'ailleurs la solution qui avait été admise expressément par une loi temporaire qui a été votée au cours de la dernière guerre, une loi du 3 Juillet 1915, dont l'article 2 permettait à la femme d'exercer les prérogatives de la puissance paternelle toutes les fois que, par suite de la guerre, le mari était empêché de le faire et lorsqu'il y avait urgence.

Enfin la loi du 24 Juillet 1889 sur la protection des enfants maltraités et moralement abandonnés, a créé un nouveau cas dans lequel la mère est appelée à exercer la puissance paternelle à défaut du père. Nous verrons en effet que, lorsque le père est déchu de la puissance paternelle, ou lorsque certains droits de la puissance paternelle lui sont retirés, le tribunal a la faculté de confier à la mère la puissance paternelle ou l'exercice des droits qui ont été retirés au père. (Voir plus loin).

Nous ne parlons pas des cas où il y a divorce ou séparation de corps, nous réservons l'examen de cette question pour plus tard.

Voilà donc des cas dans lesquels, du vivant même du père, la mère a l'exercice de tout ou partie des prérogatives qui constituent la puissance paternelle.

C'est au père et à la mère seuls qu'appartient la puissance paternelle; les autres ascendants, grands-parents, n'ont jamais cette puissance durant le mariage et ils n'ont aucun droit de s'immiscer dans l'éducation de leurs petits enfants. Voilà le principe.

Droits reconnus aux grands parents concer-

Toutefois la jurisprudence décide que le père ne peut interdire arbitrairement toute relation ni toute

Source : BIU Cujas

nant la visite la correspondance, le séjour des petits enfants

correspondance entre ses enfants et leurs grands-parents. Une jurisprudence constante et déjà ancienne admet les grands-parents à réclamer en justice contre les abus d'autorité du père à ce point de vue (Cas. 12 Février 1894, D.I894.I.2I8).

La jurisprudence a même évolué dans le sens d'un élargissement des pouvoirs des tribunaux, en ce qui concerne la répression des abus commis par le père relativement aux relations de ses enfants avec leurs grands-parents. Pendant longtemps la Cour de cassation admettait bien que les tribunaux pouvaient autoriser les visites et les correspondances entre grands-parents et petits-enfants, du moment que le refus du père n'était pas justifié. Mais la Cour de cassation refusait aux tribunaux le droit de confier les petits enfants aux grands parents pendant un séjour plus ou moins long contre la volonté du père. Elle considérait qu'il y avait une sorte d'atteinte au droit de garde du père. Mais la Cour de cassation s'est relâchée de cette rigueur. Elle admet que les tribunaux peuvent autoriser, sur la réclamation des grands-parents, un séjour des petits enfants chez les grands-parents, par exemple pendant quinze jours pendant les grandes vacances, lorsque tel est le mode d'exercice le plus favorable du droit qui est reconnu aux grands-parents d'entretenir des relations avec leurs petits enfants. C'est une jurisprudence humaine et défendable (Cass. 6 Juillet 1931. S.I93I.I.39I). Les grands-parents n'exercent pas la puissance paternelle, mais la jurisprudence leur reconnaît le droit moral d'entretenir des relations avec leurs petits enfants.

Droits des grands parents concernant l'acceptation d'une donation faite à l'enfant mineur

Il est cependant un droit assez curieux qui appartient aux grands-parents, même lorsque le père et la mère existent: c'est le droit d'accepter une donation qui serait faite à leur petit-fils ou à leur petite fille, mineur . Ce droit est prévu par l'art. 935 C.C. Ce texte décide que la donation faite à un mineur non émancipé ou à un interdit devra être acceptée par son tuteur. Néanmoins, les père et mère du mineur émancipé ou non émancipé, ou les autres ascendants, même du vivant des père et mère, quoiqu'ils ne soient ni tuteurs ni curateurs du mineur, pourront accepter pour lui. Par conséquent, si une donation est faite à un enfant et que le père ou la mère ou le tuteur n'accepte pas, l'un des grands-parents a la possibilité d'accepter la donation pour lui. C'est une prérogative reconnue exceptionnellement aux grands-parents du vivant des père et mère.

Source : BIU Cujas

B - Quels sont les droits conférés par la puissance paternelle?

Deux catégories de droits

La puissance paternelle confère à son titulaire deux catégories de droits, qu'il ne faut pas confondre:

1) prérogatives résultant de la P.P.

1°- Des droits qui constituent les droits de puissance paternelle proprement dits, droits qui ont leur source dans l'obligation d'entretien et d'éducation qui incombe aux père et mère; ce sont véritablement les prérogatives qui résultent de la puissance paternelle, les cinq droits dont nous allons parler dans un instant: surveillance, droit de garde , droit de correction, droit d'administration légale et droit de jouissance légale.

2)Droits tenant surtout à la qualité d'ascendants

2°- Des droits qui tiennent surtout à la qualité d'ascendants. Le Code ne les range pas expressément dans les droits de la puissance paternelle, mais ils n'appartiennent pas exclusivement au père et à la mère, ils peuvent être exercés , en l'absence du père et de la mère, par les ascendants ou même le conseil de famille. C'est le droit de consentir au mariage ou à l'adoption, le droit d'émanciper l'enfant, le droit de tutelle légale dont nous parlerons bientôt, le droit d'accepter les donations faites à l'enfant. Voilà une seconde série de droits qui ne sont pas à proprement parler des droits de puissance paternelle, mais la loi de 1889 sur la déchéance de la puissance paternelle admet très bien que le père et la mère ou les autres ascendants puissent être déclarés déchus des droits en question.

Etude des droits de puissance paternelle proprement dits Les deux catégories

Nous n'allons étudier ici que les droits de puissance paternelle proprement dits, ceux qui en un mot ont leur source dans l'obligation d'éducation et d'entretien qui incombe aux père et mère; ce sont les droits qui appartiennent au père et à la mère exclusivement. Les autres , nous les connaissons déjà, droit de consentir au mariage, ou bien nous les retrouverons par la suite, droit de tutelle légale.

Les droits de puissance paternelle proprement dits peuvent être rangés en deux catégories: les droits sur la personne de l'enfant et les droits relatifs aux biens de l'enfant.

1°- Droits sur la personne de l'enfant.

Pour permettre aux parents de s'acquitter de leur obligation d'entretien et d'éducation, la loi leur confère certains droits sur la personne de l'enfant. Ils sont au nombre de trois: le droit de surveillance et de direction, le droit de garde, le droit de correction.

Source : BIU Cujas

a)Droit de diriger la conduite, l'éducation... des enfants

a) La loi n'a mentionné nulle part le droit de surveillance et de direction des parents. Elle y fait allusion cependant dans l'article 141, lorsqu'elle nous dit qu'en cas d'absence du père, c'est la mère qui va exercer cette surveillance et cette direction. Mais ce droit d'éducation en général résulte du fait même que la loi impose aux parents l'obligation d'élever leurs enfants. Certains auteurs y voient d'ailleurs une forme du droit de garde, la garde morale, disent-ils, qu'ils opposent à la garde matérielle.

En conséquence, de ce droit de surveillance et de direction, dont personne ne conteste l'existence, les parents sont autorisés à surveiller et à diriger la conduite de leurs enfants, à déterminer la religion dans laquelle ils seront élevés, à régler le mode de leur éducation, notamment à déterminer l'établissement scolaire où ils feront leurs études, avec cette réserve que les parents ne peuvent décider que l'enfant ne recevra aucune instruction, car la loi du 28 Mars 1882 les oblige tout au moins à faire donner l'enseignement primaire à leurs enfants.

Les père et mère peuvent encore surveiller les relations de leurs enfants, relations personnelles, relations épistolaires, et surveiller leurs lectures.

L'exercice du droit d'éducation rencontre d'ailleurs des limitations résultant de la législation établie dans l'intérêt de l'enfant, par exemple de la législation sur le travail des enfants dans les manufactures; il y a toute une législation dans le détail de laquelle on ne peut entrer ici.

b)Droit d'empêcher l'enfant de quitter le domicile des parents et de fixer sa résidence

b) Le droit de garde. Il est prévu par l'art.374: "L'enfant ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père, si ce n'est pour enrôlement volontaire, après l'âge de dix-huit ans révolus".

L'enfant ne peut quitter la maison paternelle; le père a donc le droit absolu de garder l'enfant chez lui; si celui-ci s'échappe du domicile paternel, il peut y être ramené manu militari par les agents de la force publique.

Le père peut également fixer la résidence de l'enfant.

Exception concernant l'engagement militaire.

Une seule exception est apportée au droit de garde. L'art. 374 dit "si ce n'est pour enrôlement volontaire après l'âge de 18 ans révolus". Mais en ce qui concerne l'âge de 18 ans il y a un changement, puisqu'aujourd'hui les lois militaires, loi de 1928 sur le recrutement de l'armée, loi du 13 décembre 1932, exigent que jusqu'à 20 ans l'enfant qui veut s'engager dans l'armée de terre, de mer ou de l'air soit muni de l'autorisation de son père, ou, le cas échéant, de sa mère. A partir de

Source : BIU Cujas

20 ans il peut s'engager librement . Une fois engagé il échappe au droit de garde.

Obligations corrélatives à ce droit. L'art. 1384 C.C.

La garde n'est pas seulement un droit pour les parents, c'est aussi une obligation; le père et la mère n'ont pas le droit de laisser vagabonder leurs enfants. Ils n'ont pas davantage le droit de les abandonner; l'abandon d'un enfant est un délit, quelquefois même un crime. Ils peuvent les abandonner à l'Assistance Publique dans les conditions prévues par des lois spéciales.

Les parents qui ne s'acquittent pas convenablement de leur droit de garde et de leur droit de surveillance s'exposent à des dommages intérêts lorsque les enfants causent un dommage à autrui. Nous étudierons l'an prochain la disposition de l'article 1384 qui pose une présomption de responsabilité à la charge des parents, en cas de dommages causés par leurs enfants mineurs. Cette présomption de responsabilité est très difficile à écarter pour les parents parce qu'elle a pour fondement un mauvais usage du droit de garde et du droit d'éducation. C'est donc une lourde responsabilité qu'encourent les parents qui ne s'acquittent pas de leurs devoirs(et même quelquefois pour ceux qui s'en acquittent convenablement).

c)Le droit de correction dans le C.C. de 1804: incarcération de l'enfant à titre punitif. Critique du système

c) Le droit de correction a dans notre législation un sens tout à fait spécial. Le Code ne fait pas allusion aux punitions domestiques que les parents ont le droit d'infliger à leurs enfants. Il ne fait pas davantage allusion aux châtiments corporels; c'est une question discutée que celle de savoir si les parents peuvent user de châtiments corporels. Dans l'ancien droit c'était chose admise; c'est plus douteux dans le droit actuel. En tout cas, les mauvais traitements exposent les père et mère à des poursuites pénales et le cas échéant à la déchéance de la puissance paternelle.

Le droit de correction , tel qu'il était prévu par le Code civil avait un sens tout à fait spécial. C'était le droit pour le titulaire de la puissance paternelle de faire incarcérer l'enfant lorsque celui-ci lui donnait des sujets de mécontentement très graves. C'est là un moyen tout à fait exceptionnel, peu efficace, auquel les parents ne recouraient que dans des cas désespérés.

Il est certain que ce système était fort peu efficace. Il s'agissait dans le système élaboré par le Code civil d'une véritable incarcération. L'enfant était enfermé dans une prison; sans doute il n'était pas mélangé, avec les détenus de droit commun, il devait être isolé, théoriquement tout au moins, des autres enfants enfermés par mesure de correction, mais il est

Source : BIU Cujas

incontestable que cette mesure était à peu près inefficace; bien au contraire, l'enfant qui en était l'objet sortait quelquefois plus mauvais qu'il n'y était entré; il sortait affermi en quelque sorte dans ses mauvais instincts, plein de haine et de rancun

Par conséquent, le système était difficilement défendable et on n'y avait recours que dans des cas exceptionnels. Il y avait environ une centaine de cas par an pour toute la France.

En quoi consistait ce droit d'incarcération? Le droit d'incarcération était soumis au contrôle de l'autorité judiciaire. L'incarcération ne pouvait être ordonnée que pour un temps limité, et tout à fait insuffisant d'ailleurs pour amender l'enfant. Ce n'était d'ailleurs pas une mesure d'amendement, c'était une véritable punition, punition grave, infligée sous le contrôle de l'autorité judiciaire. Lorsque l'enfant n'avait pas dépassé l'âge de 16 ans, l'incarcération était d'un mois au maximum; au-dessus de 16 ans et jusqu'à la majorité, l'incarcération ne pouvait dépasser six mois.

Réforme du système par le D.L. du 30 Octobre 1935 . Substitution du système éducatif au système punitif . Le placement de l'enfant

Aujourd'hui ce régime a été modifié. Il a été modifié par un décret-loi du 30 Octobre 1935, qui a été rendu en application d'une loi qui appelait le gouvernement à prendre des mesures destinées à sauvegarder la monnaie. On se demande ce que le droit de correction avait à faire avec des mesures financières. En 1935 les ministères ont repris des projets en souffrance et on les a fait aboutir par le moyen des décrets-lois. Ainsi s'explique la disposition certainement illégale du décret-loi du 30 Octobre 1935.

On ne peut d'ailleurs que se féliciter du changement de législation apporté par le décret-loi. Le changement a consisté avant tout à substituer à l'incarcération prévue par le Code civil, la possibilité pour le père de demander au président du tribunal d'ordonner une mesure éducative. Il ne s'agit plus ici d'une véritable punition, consistant dans l'emprisonnement, privation de liberté, il s'agit ici de prendre une mesure éducative destinée à amender l'enfant. En effet, le président du tribunal désigne soit une maison d'éducation surveillée, soit une institution charitable, soit toute personne agréée par l'autorité administrative ou les tribunaux et qui sera chargée d'assurer la garde et l'éducation de l'enfant.

Durée possible des mesures éducatives jusqu'à la majorité

Une conséquence de ce système c'est une modification de la durée de la mesure prise. Autrefois l'incarcération était d'un mois au maximum pour les enfants de moins de 16 ans, et de six mois au maximum pour les enfants de plus de 16 ans jusqu'à la majorité ; aujourd'

Source : BIU Cujas

hui le président, quel que soit l'âge de l'enfant, a le droit de décider qu'il sera confié à cette institution charitable ou à la maison d'éducation surveillée jusqu'à sa majorité.

Exercice du droit de correction par voie de réquisition ou par voie d'autorité

Dans quelles conditions le père, ou la mère lorsque c'est à elle qu'appartient l'exercice de la puissance paternelle, pourra-t-il exercer ce droit de correction? Il n'y a pas eu grand changement apporté par le décret du 30 Octobre 1935 à ce point de vue. Le décret du 30 Octobre 1935, comme le Code civil, fait une distinction. De toute manière le père droit s'adresser à l'autorité judiciaire, représentée par le président du tribunal civil. Le placement de l'enfant doit être ordonné par le président. Mais le rôle de ce magistrat est différent suivant les cas. Tantôt le président du tribunal est obligé de déférer à la demande du père, sans avoir le droit d'examiner si l'exercice du droit de correction est justifié; on dit qu'en pareil cas le père ou la mère exerce le droit de correction par voie d'autorité. Tantôt, au contraire, le président du tribunal civil a le droit d'apprécier les motifs allégués par le père ou la mère et peut refuser de délivrer l'ordonnance confiant l'enfant à une institution charitable, ou une maison d'éducation, si les motifs allégués par le père ou la mère paraissent insuffisants; on dit alors que le père exerce son droit par voie de réquisition. Rien n'a été changé sur ce point par le décret-loi.

Mais dans quels cas le droit de correction est-il exercé par voie d'autorité, le président étant obligé de délivrer l'ordre? Dans quels cas est-il exercé au contraire par simple voie de réquisition? Tout cela nous est dit dans les articles 376, 377 380 et 382 du Code civil.

Principe: Exercice du droit de correction par le père, par voie de réquisition ou par voie d'autorité suivant que l'enfant a plus ou moins de 16 ans. Rôle différent du président

Le principe est que le père exerce le droit de correction par voie d'autorité lorsque l'enfant est âgé de moins de 16 ans". Si l'enfant est âgé de moins de 16 ans commencés le père pourra faire ordonner son placement par autorité de justice, à cet effet, le président du tribunal civil devra, sur sa demande, délivrer un ordre d'arrestation" (art. 376).

Si, au contraire, l'enfant a plus de 16 ans, le père ne peut exercer son droit que par voie de réquisition. "Depuis l'âge de 16 ans commencés, dit l'art. 377, jusqu'à la majorité ou l'émancipation, le père pourra requérir le placement de son enfant. Il s'adressera au président du tribunal civil qui, sur conclusions du procureur de la République, pourra ordonner l'arrestation de l'enfant et assurer sa garde dans les conditions prévues à l'article précédent".

Source : BIU Cujas

Tel est le principe: jusqu'à 16 ans, l'exercice du droit de correction par voie d'autorité; à partir de 16 ans, l'enfant étant plus âgé, la mesure est plus grave, elle nécessite un examen du président du tribunal, le droit de correction s'exerce simplement par voie de réquisition.

Cas exceptionnels où le père ne peut agir que par voie de réquisition

Mais il y a des exceptions. Dans certains cas le droit de correction s'exerce par voie de réquisition seulement, même lorsque l'enfant a moins de 16 ans. Dans ces cas, la loi estime qu'il y a lieu d'exercer un contrôle sur l'exercice du droit par le père.

Il en est ainsi d'abord dans le cas prévu par l'art. 380: "Si le père est remarié, il sera tenu, pour obtenir le placement de son enfant du premier lit, lors même qu'il serait âgé de moins de seize ans de se conformer à l'article 377". Lorsque le père est remarié, il ne peut exercer son droit de correction vis-à-vis d'un enfant du premier lit âgé de moins de 16 ans que par voie de réquisition. La loi craint l'influence de la marâtre et c'est pourquoi elle exige que le président du tribunal exerce son contrôle.

Il est deux autres cas dans lesquels le père ou la mère ne peut exercer le droit de correction que par voie de réquisition, même s'il s'agit d'un enfant de moins de 16 ans; ces cas sont prévus par l'art. 392. C'est d'abord lorsque l'enfant a des biens personnels; on a craint que le père n'amenât l'enfant, sous la menace d'exercer le droit de correction, à lui céder tout ou partie de ses biens; en réalité cette crainte était vaine, car l'enfant mineur ne pourrait consentir valablement cette cession.

Un autre cas dans lequel le placement ne peut être ordonné que par voie de réquisition, c'est le cas où l'enfant a un état, une profession; ce sera bien rare avant 16 ans, mais cela peut arriver; en pareil cas, même si l'enfant n'est pas âgé de 16 ans, son placement ne peut être ordonné que par voie de réquisition.

Avant la loi du 18 Février 1938, l'exercice du droit de correction par la mère subissait certaines restrictions. En principe, la mère ne pouvait exercer le droit de correction que par voie de réquisition. D'autre part, la loi (article 381, aujourd'hui abrogé) exigeait des formalités supplémentaires lorsque la mère était veuve; la mère survivante et non remariée ne pouvait obtenir le placement de son enfant qu'avec le concours de deux des plus proches parents paternels. Lorsque la mère veuve était remariée, elle ne pouvait obtenir le placement de son enfant que si elle était tutrice et à la condition d'obtenir le consentement du conseil de famille.

Source : BIU Cujas

Exercice du droit de correction par la mère - mêmes règles que pour le père.

Il y avait donc inégalité entre le père et la mère au point de vue de l'exercice du droit de correction. Le père remarié subissait bien une restriction. Il ne pouvait jamais exercer le droit que par voie de réquisition; mais même s'il n'était pas tuteur on ne l'obligeait pas à demander le consentement du conseil de famille. Ces différences sont supprimées, depuis la loi du 18 Février 1938. Cette loi a en effet abrogé l'art. 381, par conséquent, aujourd'hui, lorsque la mère exerce la puissance paternelle, soit si elle est veuve, soit parce que le père est hors d'état de l'exercer lui-même, elle l'exerce exactement dans les mêmes conditions que le père.

La seule restriction possible, et elle est commune au père et à la mère, c'est en cas de remariage; le père ou la mère exerçant la puissance paternelle ne peuvent jamais le faire que par voie de réquisition, même si l'enfant n'a pas atteint l'âge de 16 ans.

Fixation de la durée du placement par le président. Révocabilité et modification de la durée et du genre de placement.

Quant à la durée du placement, c'est le président qui fixe la durée du placement et il peut la fixer jusqu'à la majorité.

L'art. 379 décide que les mesures de garde ordonnées peuvent toujours être révoquées ou modifiées par le président du tribunal à la requête du procureur de la République ou à la demande du père ou de toute autre personne qui les a sollicitées. Par conséquent, alors même que le placement a été ordonné jusqu'à la majorité, le président du tribunal a toujours la possibilité de faire sortir l'enfant, ou de modifier le genre de placement, soit à la demande du procureur de la République, soit à la demande du père ou de la mère, soit à la demande de toute personne intéressée.

Recours en grâce de l'enfant

D'autre part, l'enfant peut exercer une sorte de recours en grâce (art. 382, alinéa 2). Il peut s'adresser au procureur général près la cour d'appel et lui demander à être libéré. Le procureur général prend alors l'avis du procureur de la République . Mais ici il y a eu un lapsus de l'auteur du décret-loi. Ce droit de grâce était déjà reconnu et s'imposait surtout autrefois lorsqu'il s'agissait d'incarcération. C'était le premier président de la cour d'appel qui statuait sur la demande. On a voulu, lorsqu'on a fait le décret de 1935, reproduire purement et simplement ce texte, mais par une erreur du copiste, on a oublié de faire mention du premier président de la cour d'appel, si bien qu'aujourd'hui le texte est rédigé de telle manière que c'est le procureur général qui prend la décision. On est donc en présence de deux solutions possibles; ou bien tenir compte du principe que le ministère public ne prend jamais de décision, que le ministère public

Source : BIU Cujas

ne peut donc réformer la décision prise par le président du tribunal, et alors décider comme autrefois que la décision sur le recours en grâce appartient au premier président de la cour d'appel; ou bien appliquer le texte et réserver au procureur général la décision.

Signalons enfin que la mesure qui est prise n'a aucun caractère pénal, elle ne figure pas notamment au casier judiciaire (art. 378). D'autre part, le père est tenu de payer les frais de placement.

En ce qui concerne les mesures à prendre contre les enfants vicieux ou coupables, il existe différentes dispositions, notamment la loi du 11 Avril 1908 concernant la prostitution des mineurs.

Tous les droits sur la personne de l'enfant dont nous venons de terminer l'étude prennent fin avec la majorité ou l'émancipation.

2°- Droits sur le patrimoine.

Les droits sur le patrimoine sont au nombre de deux: l'administration légale et la jouissance légale.

Du cas où l'enfant mineur possède des biens personnels

a) L'administration légale.

Il est rare qu'un enfant mineur ait des biens du vivant de ses père et mère. En général, dans les milieux bourgeois, tout au moins, l'enfant ne gagne pas sa vie avant sa majorité. D'autre part, lorsqu'une succession s'ouvre dans la famille, elle échoit au père ou à la mère mais pas à l'enfant. Cependant il peut arriver que, même du vivant des père et mère, l'enfant ait des biens personnels; soit parce qu'il exerce une profession, soit parce qu'il a reçu une libéralité, soit même parce qu'il a bénéficié d'une succession, de la succession d'un frère par exemple, puisqu'en cas de décès d'une personne laissant des ascendants et des frères et soeurs la succession se partage entre les ascendants et les frères et soeurs,

Il peut donc arriver qu'un enfant ait une fortune personnelle. Or, l'enfant mineur est frappé d'incapacité. Les droits qui lui appartiennent vont donc être exercés en ses lieu et place par son père ou par sa mère. La loi institue le père ou la mère administrateur légal des biens de l'enfant mineur.

Etudions l'administration légale, tout au moins en ce qui concerne les personnes qui en sont chargées. Pour le fonctionnement, nous ne l'étudierons pas tout de suite car pour comprendre le fonctionnement de l'administration légale il est nécessaire de connaître le fonctionnement de la tutelle. La seule question qui va nous retenir pour le moment est celle de savoir

Source : BIU Cujas

à qui appartient l'administration légale.

Toute cette matière est contenue aujourd'hui dans l'art. 389 du Code civil (texte de la loi du 6 Avril 1910) C'est un des articles les plus longs du Code civil. En réalité ce texte était très court lorsqu'il est sorti de la rédaction du Code civil; le Code civil faisait une simple allusion à l'existence de l'administration légale mais il n'en réglait nullement le fonctionnement. C'est seulement la législation postérieure au Code civil qui a fixé les règles concernant l'administration légale, notamment une loi du 6 Avril 1910. Puis, à cette législation du Code civil sont venues s'ajouter d'autres dispositions concernant notamment la tutelle des enfants naturels, si bien que l'art. 389 est devenu un texte d'une longueur démesurée.

Attribution en principe de l'administration légale au père

A qui appartient l'administration légale? Art.389, alinéa 1er: elle appartient en principe au père, qui exerce la puissance paternelle: "Le père est, du vivant des époux, administrateur légal des biens de leurs enfants mineurs non émancipés". Tel est le principe.

Mais dans certains cas, elle appartient aussi à la mère, ou même à une tierce personne.

1-Cas exceptionnels où l'administration légale est attribuée à la mère

1°- L'administration légale appartient à la mère toutes les fois que le père est dans l'impossibilité de l'exercer. C'est ce que décide l'art. 389, alinéa 9: "L'administration légale cesse de droit d'appartenir à toute personne interdite, pourvue d'un conseil judiciaire, en état d'absence ou déchue de la puissance paternelle". Dans ces cas l'administration légale passe à la mère.

De même encore, l'administration légale appartient à la mère lorsque, sans déchéance de la puissance paternelle, l'administration légale a été spécialement retirée au père. Il peut arriver, en effet, que le tribunal, sans qu'il juge bon de prononcer la déchéance de la puissance paternelle, retire expressément l'administration légale à un père incapable ou dépensier, par exemple. En pareil cas, le tribunal pourra confier l'administration légale à la mère (art. 389, alinéa 2).

2) Cas où l'administration légale est confiée à un tiers

2 - L'administration légale peut être confiée à un tiers dans certains cas.

Il en est ainsi lorsque telle est la condition d'une donation ou d'un legs fait à un mineur. "Le père est, du vivant des époux, administrateur légal des biens de leurs enfants mineurs non émancipés, à l'exception de ce qui leur aurait été donné ou légué sous la condition expresse d'être administré par un tiers" (art. 389).

Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

De même encore en cas d'opposition d'intérêts entre l'administrateur et l'enfant mineur; il est nommé, dit l'art.389, alinéa 4, au mineur un administrateur ad hoc par le tribunal statuant sur requête en Chambre du conseil.

Pouvoirs et obligations de l'administrateur légal.

Pour comprendre les pouvoirs et les obligations de l'administrateur légal, il faut connaître au préalable la tutelle. L'art. 389, alinéa 6, dit que 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. Pour bien comprendre les pouvoirs de l'administrateur légal il est donc nécessaire de connaître les pouvoirs du tuteur; c'est pourquoi nous renvoyons cette étude dans un appendice qui sera ajouté à l'étude de la tutelle.

b) Le droit de jouissance légale.

Définition et nature juridique de ce droit.

La jouissance légale est le droit pour le titulaire de la puissance paternelle de percevoir et de s'approprier les revenus de l'enfant mineur, à la condition de pourvoir avec ces revenus à l'entretien et à l'éducation de cet enfant. C'est un droit d'usufruit légal. L'usufruit est un droit en vertu duquel l'usufruitier perçoit et s'approprie les revenus des biens sur lesquels porte son usufruit.

Origine

Le droit de jouissance légale a son origine, indirecte tout au moins, dans des institutions voisines qui existaient dans l'ancien droit et qu'on appelait la garde noble et la garde bourgeoise.

Le droit de jouissance légale du Code civil diffère d'ailleurs assez sensiblement de chacune de ces institutions et présente sa physionomie particulière.

Justification du droit d'usufruit légal

Quelle est la raison d'être de ce droit de jouissance légale? On peut en donner plusieurs. C'est tout d'abord une juste compensation accordée aux père et mère des charges que leur imposent l'entretien et l'éducation des enfants.

Le droit de jouissance légale est aussi un moyen accordé aux père et mère pour leur permettre d'assurer de meilleure manière l'exécution de cette obligation d'éducation et d'entretien.

On peut ajouter que la loi, en instituant la jouissance légale, offre cet avantage d'éviter entre père et mère et enfants l'établissement de comptes de revenus s'étendant sur de nombreuses années, et qui

Source : BIU Cujas

par conséquent, pourraient être une source de difficultés. Jusqu'à ce que l'enfant ait dix-huit ans, le père ou la mère s'approprie les revenus; il n'aura pas à présenter un compte de revenus.

Le droit de jouissance légale peut être une source de profits considérables pour le père ou la mère qui l'exerce lorsque l'enfant a une fortune personnelle sérieuse, ce qui est rare au cours du mariage, ce qui est plus fréquent lorsque l'un des père ou mère est décédé.

Caractères particuliers de la jouissance légale tenant à son caractère accessoire à la puissance paternelle

Le droit de jouissance légale est un droit d'usufruit légal, mais présentant des caractères particuliers qui le distinguent de l'usufruit ordinaire, qui résulte d'une convention ou d'un testament, ou d'une succession. Les caractères particuliers de la jouissance légale s'expliquent à raison de ce fait que la jouissance légale est un attribut de la puissance paternelle. Il en résulte qu'à la différence de l'usufruit ordinaire, le droit de jouissance n'a pas un caractère proprement patrimonial. Il est un droit inhérent à la puissance paternelle. Il ne peut donc être ni cédé ni hypothéqué par le père et il ne peut être saisi par les créanciers de celui-ci; alors qu'un usufruit peut être cédé, hypothéqué dans la mesure où il porte sur des immeubles, un usufruit est saisissable par les créanciers de l'usufruitier; ici rien de pareil. En particulier, les créanciers du père n'ont pas d'action sur la jouissance légale. Toutefois si les créanciers du père ne peuvent pas saisir le droit d'usufruit lui-même, ils peuvent saisir les revenus au fur et à mesure qu'ils entrent dans le patrimoine du père, parce que ces revenus deviennent des biens personnels pour le père ou pour la mère. Mais encore les créanciers doivent-ils respecter l'affectation de ces revenus à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. En un mot, les créanciers du père ou de la mère ne peuvent saisir que la portion des revenus excédant les charges d'entretien et d'éducation, dans le cas où les revenus sont assez considérables pour n'être pas entièrement absorbés par l'obligation d'entretien et d'éducation. Il y a donc une portion des revenus qui est libre, celle qui n'est pas nécessairement affectée aux besoins de l'enfant, celle-là peut être saisie par les créanciers (Bordeaux 22 Février 1893, D.1893.2.361).

A qui appartient la jouissance légale?

Attribution de ce droit au père durant le mariage et exceptionnellement

Au père durant le mariage, répond l'art. 384. Mais, malgré l'absence d'un texte formel, il faut décider que ce droit appartient à la mère toutes les fois que

Source : BIU Cujas

à la mère

c'est elle qui, durant le mariage, est investie de la puissance paternelle en cas d'absence, en cas de folie ou de déchéance du père. Nous verrons ce qu'il en est en cas de divorce.

Le droit porte en principe sur tous les biens de l'enfant

Sur quels biens porte l'usufruit légal?
En principe sur tous les biens de l'enfant.
Mais il y a des exceptions.

Exceptions
a) biens acquis par le travail de l'enfant

1°- La jouissance légale ne s'applique pas aux biens que l'enfant acquiert par un travail et une industrie séparés (art. 387). La loi se place dans le cas où l'enfant mineur exerce une profession distincte de celle de son père. Par exemple l'enfant est placé comme domestique, employé ou ouvrier; il reçoit de ce fait des salaires; le père a le droit de toucher les salaires, mais il ne peut se les approprier; en un mot, il doit capitaliser ces salaires jusqu'à la majorité de l'enfant. On a voulu que l'enfant pût profiter de ses salaires et l'encourager ainsi à travailler.

Cependant il est une partie des salaires qui peut être retenue par le père ou la mère; c'est celle correspondant à l'entretien de l'enfant, d'après la jurisprudence. Nous avons déjà vu que, même dans le cas où les père et mère n'ont pas la jouissance légale, ils ont le droit absolu de prélever sur les revenus de l'enfant ce qui est nécessaire à son entretien. C'est tout au moins la jurisprudence qui en décide ainsi.

b)Biens donnés ou légués avec exclusion de la jouissance légale

2°- La jouissance légale ne s'applique pas non plus aux biens donnés ou légués à l'enfant sous la condition expresse que le père ou la mère n'en jouira pas. Celui qui fait une libéralité à un enfant a le droit d'exclure de la jouissance légale les biens donnés ou légués. Le donateur, le testateur, peut avoir une raison quelconque d'exiger que les revenus des biens donnés ou légués soient capitalisés. Cela arrive souvent ; soit parce qu'on désire que l'enfant obtienne une somme plus élevée, soit parce que le donateur ou le testateur éprouve un sentiment d'hostilité à l'encontre des père et mère.

D'après la Cour de cassation cette exclusion de la jouissance légale ne peut s'appliquer aux biens qui seraient compris dans la réserve de l'enfant, ce qui est assez rare d'ailleurs. Il faut supposer qu'une donation ou un legs lui soit fait par un ascendant; la partie qui représente la réserve de l'enfant ne peut pas être exclue de la jouissance légale. La réserve doit arriver à l'héritier nette de toute espèce de restriction (Cas. 27 Juin 1933.D.H. 1933.470).

Source : BIU Cujas

c)Biens recueillis par l'enfant dans une succession dont son père est exclu comme indigne

3°- Enfin il est un cas tout à fait particulier et d'une importance secondaire dans lequel le père ou la mère est privé du droit de jouissance légale. Ce cas est prévu par l'art.730. Ce texte suppose que le père est exclu d'une succession comme frappé d'indignité. Il est en effet des cas dans lesquels un héritier est déclaré par la loi indigne de recueillir une succession. La loi suppose que, le père étant frappé d'indignité, c'est l'enfant qui recueille la succession à la place de son père. En pareil cas, dit l'art. 730, le père ne peut en aucun cas réclamer sur les biens de cette succession l'usufruit que la loi accorde aux père et mère sur les biens de leurs enfants. Cela se comprend fort bien; puisque la loi a exclu le père de la succession pour cause d'indignité, il est tout naturel que ce père ne puisse retrouver dans le patrimoine de son enfant les revenus dont la loi a voulu précisément le priver.

Charges de la jouissance légale

La jouissance légale ne comporte pas que des profits pour le père; elle comporte aussi des charges. Le père ou la mère usufruitier légal est tenu de supporter les charges qui sont indiquées à l'art.385.

a)Charges usufruitaires.

Ce sont d'abord les charges auxquelles sont tenus tous les usufruitiers et la loi nous en indique un exemple: le paiement des arrérages ou intérêts des capitaux; l'enfant est débiteur d'un capital et débiteur des intérêts; l'usufruitier n'est pas débiteur du capital, mais il doit payer les intérêts puisqu'il touche les revenus.

b)frais funéraires et de dernière maladie

D'autre part, sont également à la charge de la jouissance légale (art. 385,4°): les frais funéraires et ceux de dernière maladie. On a discuté sur la portée de ce texte. Certains ont dit: ce sont les frais funéraires et ceux de dernière maladie de l'enfant qui vient à décéder. Ce n'est pas ce qu'a voulu le législateur: il a entendu tout simplement viser par "frais funéraires et de dernière maladie" les frais funéraires de la personne à laquelle l'enfant a succédé.

c) nourriture, entretien, éducation de l'enfant et d'après la fortune de celui-ci

Enfin la charge la plus importante de l'usufruit légal, c'est, aux termes de l'art. 385, la nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants selon leur fortune. Il résulte de ce texte que toutes les fois qu'un enfant a des biens personnels, c'est sur les revenus de cet enfant que doivent être prélevées les sommes nécessaires à l'éducation et à l'entretien de cet enfant.

L'obligation des père et mère en pareil cas n'est que subsidiaire. Mais le père et la mère qui jouissent des revenus ont, comme contre-partie, à payer les frais d'éducation et d'entretien. Mais la loi nous dit: selon

Source : BIU Cujas

leur fortune; selon la fortune des enfants. Par conséquent, lorsque l'enfant possède des biens personnels sur lesquels porte la jouissance légale du père ou de la mère, les dépenses d'entretien et d'éducation doivent être proportionnées à la fortune de l'enfant; quand bien même les parents n'auraient aucune fortune personnelle. Si l'enfant a recueilli une importante libéralité, ses parents doivent faire donner à leur enfant une éducation appropriée à sa fortune personnelle. Si, au contraire, l'enfant n'a pas de biens personnels, ses parents ne sont tenus de faire des dépenses d'entretien et d'éducation que dans la mesure de leurs moyens.

Fin de la jouissance légale : majorité, émancipation, déchéance

La jouissance légale prend fin lorsque l'enfant a atteint l'âge de dix-huit ans.

A la différence des autres droits de puissance paternelle, le droit de jouissance légale ne dure pas jusqu'à la majorité. Il prend fin à dix-huit ans. Les rédacteurs du Code ont restreint la jouissance légale à cet âge dans la crainte que des parents ne refusent de marier ou d'émanciper leur enfant dans le seul but de conserver la jouissance légale.

A partir de dix-huit ans, le titulaire de la jouissance légale peut encore prendre sur les revenus de l'enfant ce qui est nécessaire à son entretien et à son éducation, mais le père ou la mère ne peut plus s'approprier l'excédent, celui-ci doit être mis en réserve et capitalisé jusqu'à la majorité.

La jouissance légale peut cesser avant 18 ans lorsque l'enfant est émancipé; nous verrons qu'en principe l'enfant peut être émancipé à partir de 15 ans.

La jouissance légale cesse encore en cas de déchéance de la puissance paternelle. Nous verrons qu'elle cesse contre le père lorsque le père a vu le divorce prononcé contre lui.

C- Quels sont les effets que produisent certains événements sur l'exercice de la puissance paternelle?

Nous avons vu quelles sont les prérogatives qui résultent de la puissance paternelle? Or, certains événements, divorce, séparation de corps, séparation de fait, absence, peuvent produire certains effets, certaines modifications dans l'exercice de ces prérogatives.

1-Conséquence du divorce sur la puissance paternelle

Quels sont les effets du divorce sur l'exercice de la puissance paternelle? C'est à l'égard des enfants que le divorce produit les conséquences les plus graves et souvent les plus fâcheuses. On a pu dire avec raison que les enfants sont les véritables victimes du divorce. Un foyer détruit, quelquefois un nouvel époux au foyer lorsque le père ou la mère qui a la garde des

Source : BIU Cujas

enfants se remarie, ce sont là des causes de souffrance morale, d'amertume, parfois même de conflits. En tout cas il était nécessaire de prévoir ce que deviendraient les enfants en cas de divorce. C'est ce qu'a fait le législateur.

Deux questions se posent: d'abord, celle des mesures provisoires qui seront prises au cours de l'instance; puis, le divorce une fois prononcé, celle des mesures définitives.

a) Mesures provisoires au cours de la procédure de divorce

Au cours de l'instance en divorce, le président au cours de la conciliation, le tribunal lorsqu'il est saisi, le président encore, même lorsque le tribunal est saisi, lorsqu'il y a urgence, en référé, peuvent prendre des mesures provisoires sur la garde des enfants.

Garde de l'enfant

En principe, c'est le père qui a la garde, mais la loi autorise le président ou le tribunal à la lui enlever au cours de l'instance, s'ils estiment cette mesure nécessaire soit à raison de l'âge des enfants, soit à raison de l'indignité du mari.

L'art. 240 décide que le tribunal peut, soit sur la demande de l'une des parties intéressées, c'est-à-dire sur la demande d'un des époux, soit sur celle d'un des membres de la famille, soit sur les réquisitions du ministère public, soit même d'office, ordonner toutes les mesures provisoires qui lui paraissent nécessaires dans l'intérêt des enfants.

En somme, dès l'instance en divorce le contrôle des tribunaux se manifeste d'une manière beaucoup plus énergique qu'au cours du mariage, puisque le tribunal même d'office, ou en tout cas sur les réquisitions du ministère public, généralement à la demande de l'époux demandeur, peut prendre telle mesure qui lui paraît appropriée pour la garde des enfants. Par conséquent, le tribunal peut laisser la garde des enfants au père: il peut la confier à la mère, il peut même confier l'enfant à une tierce personne.

b)Mesures postérieures au divorce.

Supposons maintenant le divorce prononcé. Comment va être réglé l'exercice de la puissance paternelle maintenant que les père et mère seront deux étrangers l'un pour l'autre. Le Code civil s'était surtout préoccupé du droit de garde. Aussi l'art. 302 décide que le 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.

Garde de l'enfant. Larges pouvoirs d'appréciation du tribunal.

Le tribunal en cette matière a les plus larges pouvoirs d'appréciation. Une seule chose doit le

Source : BIU Cujas

guider: l'intérêt des enfants. La loi pose bien en principe que les enfants seront confiés à l'époux qui a obtenu le divorce; une sorte d'avantage lui est fait; mais c'est un principe quelque peu théorique, puisque la loi détruit ce principe en permettant au tribunal de confier les enfants même à l'époux contre lequel le divorce a été prononcé, si c'est l'avantage de l'enfant. Par exemple, il s'agit d'un enfant trop jeune, qu'il vaut mieux laisser à la mère, même si c'est elle qui, par ses torts, a causé le divorce.

C'est donc l'intérêt de l'enfant uniquement qui doit guider le tribunal. Il peut laisser les enfants à l'époux demandeur qui a obtenu le divorce, ou au contraire laisser ces enfants à l'époux contre lequel le divorce a été prononcé; il peut laisser l'un des enfants à l'un , un autre enfant à l'autre; il peut même remettre les enfants à une troisième personne, à un ascendant, ou même à une personne complètement étrangère à la famille. Le contrôle des tribunaux est aussi large que possible en cette matière.

Du reste lorsque le tribunal confie les enfants à l'un des ex-époux ou à un tiers, il est autorisé à régler les visites que les enfants devront faire à l'autre époux ou aux deux époux s'ils sont confiés à un tiers.

Caractère toujours modifiable des mesures prises quant aux enfants.

Toutes ces mesures présentent ce caractère de n'être jamais que des mesures essentiellement modifiables: il n'y a pas de chose jugée en cette matière. Si l'intérêt des enfants l'exige, le tribunal saisi d'une requête à cet effet soit par l'un des époux, soit par le ministère public, peut à tout instant modifier les mesures primitives, confier les enfants à l'époux, qui ne les avait pas eus primitivement, les confier à un tiers, prendre toute mesure nouvelle.

La loi de 1901 sur la non représentation d'enfant

La loi du 5 Décembre 1901, pour parer à certains abus, modifiant l'art. 357 du Code pénal, a créé le délit de non représentation d'enfant. Il est arrivé quelquefois que le père ou la mère à qui les enfants avaient été enlevés refusaient de les représenter, les envoyaient à l'étranger par exemple. Aujourd'hui c'est un délit que celui de non représentation de l'enfant.

Le droit de correction

La loi n'a rien dit du droit de correction. Qui exerce le droit de correction? Pas de difficulté si c'est le père qui a le droit de garde; c'est lui également qui exerce le droit de correction. Que décider dans le cas où la garde a été confiée à la mère? Autrefois on discutait . Depuis la loi du 18 Février 1938 il n'y a plus de discussion possible; la mère à qui l'enfant a été confié peut exercer le droit de correction et

Source : BIU Cujas

elle l'exerce de la même manière que le père aurait pu le faire par voie d'autorité ou de réquisition, suivant les distinctions faites précédemment.

Attribution de l'administration légale au parent investi de la garde de l'enfant sauf décision contraire des tribunaux.

En ce qui concerne les autres attributs de la puissance paternelle, les attributs sur les biens, nous avons un texte en ce qui concerne l'administration légale, texte qui date de la loi de 1910. L'art. 389, alinéa 3, décide 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.

Par conséquent en cette matière pleine et entière liberté laissée encore aux tribunaux.

Déchéance de de la jouissance légale contre l'époux coupable.

Voici maintenant une disposition tout à fait spéciale à la jouissance légale. L'art. 386 décide que cette jouissance n'aura pas lieu au profit de celui des père et mère contre lequel le divorce aura été prononcé. Le père ou la mère contre lequel le divorce a été prononcé est donc privé du droit de jouissance légale. C'est une déchéance, une sanction du divorce, sanction de la faute. Nous avons vu qu'il y a d'autres déchéances, des déchéances pécuniaires. Art. 299: L'époux contre lequel le divorce a été prononcé est privé des avantages qui ont pu lui être faits par l'autre époux. Voici une autre déchéance qu'encourt l'époux coupable: il est privé du droit de jouissance légale, quand bien même il aurait la garde de l'enfant.

Il résulte de là que lorsque le divorce est prononcé aux torts réciproques, la jouissance légale s'éteint. Par conséquent le père ou la mère qui aura l'administration légale sera obligée de capitaliser les revenus, il n'aura plus le droit de se les approprier.

En résumé, le divorce n'apporte aucune modification pratique à la puissance paternelle lorsque le père a obtenu le divorce et s'est vu confier la garde des enfants. En pareil cas, il exerce la puissance paternelle comme au temps du mariage et il bénéficie de la jouissance légale. La mère a simplement le droit que lui reconnaît l'art. 303, de surveiller l'éducation et l'entretien des enfants, au besoin, si elle estime que les enfants sont mal élevés, de saisir le tribunal d'une requête à l'effet de se faire attribuer la garde ou de faire ordonner toute autre mesure protectrice des enfants.

Les modifications sont plus profondes lorsque c'est la mère qui a obtenu le divorce et la garde des enfants, et lorsqu'elle a l'administration légale. Ici le père est en quelque sorte dépossédé des attributs de la puissance paternelle. On peut lui en réserver un, par exemple l'administration légale. En tous cas

Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

il conserve le droit de surveiller l'éducation et l'entretien des enfants et de provoquer toutes mesures utiles de la part du tribunal. D'ailleurs, le père, même lorsque la garde lui a été retirée, n'est pas privé de tout droit concernant la personne des enfants, (comme la mère d'ailleurs). C'est ainsi qu'il doit être consulté lorsque l'enfant veut se marier; il n'y a pas de déchéance à cet égard.

De même, le père, qui n'a pas la garde de l'enfant, conserve le droit de l'émanciper. Mais la jurisprudence reconnaît au tribunal le droit d'annuler l'émancipation si elle n'a pas été faite dans l'intérêt de l'enfant par exemple, si elle a été faite seulement pour priver la mère du droit de jouissance légale.

Persistance à la charge des parents divorcés de leurs devoirs à l'égard des enfants

Bien entendu, si les droits du père ou de la mère peuvent subir des modifications résultant du divorce, leurs devoirs subsistent. Notamment l'art. 303 décide que les père et mère restent tenus de contribuer à l'éducation et à l'entretien de leurs enfants en proportion de leurs facultés. Notamment l'époux qui n'a pas la garde des enfants peut être condamné à verser une pension pour l'entretien des enfants à l'autre époux ou au tiers à qui la garde de l'enfant a été confiée. Ici, il s'agit d'une pension tout à fait spéciale. Si par exemple le divorce a été prononcé aux torts réciproques et que les enfants ont été confiés à la mère, celle-ci n'a droit à aucune pension alimentaire en ce qui la concerne personnellement, puisque la pension de l'art. 301 n'est accordée qu'à l'époux qui a obtenu le divorce, mais elle peut obtenir du tribunal que son ex-mari lui verse une pension pour l'aider à entretenir les enfants. Il s'agit ici d'une pension sur le fondement de laquelle on discute; certains refusent d'y voir une véritable pension alimentaire.

Identité de règles avec le divorce en ce qui concerne les mesures provisoires concernant les enfants et l'administration légale.

Quels sont les effets de la séparation de corps?

L'art. 307 déclare applicables à la séparation de corps les articles 236 à 244 concernant le divorce. Or, parmi ces textes figure l'art. 240 relatif aux mesures provisoires à prendre dans l'intérêt des enfants au cours de l'instance.

Mais parmi ces textes déclarés applicables à la séparation de corps ne figure pas l'article 302, aux termes duquel les enfants sont confiés en principe à l'époux qui a obtenu le divorce, sauf au tribunal à prendre en considération les intérêts de l'enfant. Est-ce à dire que ce texte ne s'applique pas à la séparation de corps? Une jurisprudence fermement établie et qu'on ne discute plus assimile la séparation de corps au divorce en ce qui concerne les mesures

Source : BIU Cujas

à prendre dans l'intérêt des enfants. Par conséquent les juges qui prononcent la séparation de corps doivent confier les enfants à l'époux qui a obtenu la séparation, à moins que dans l'intérêt des enfants eux-mêmes ils ne les confient à l'autre époux ou à un tiers.

Cette jurisprudence a d'ailleurs été implicitement consacrée par la loi du 6 Avril 1910 qui a règlementé l'administration légale. Au point de vue de l'administration légale, l'alinéa 3 de l'art. 389 assimile la séparation de corps au divorce: "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". Par conséquent les règles sont les mêmes en matière de séparation de corps qu'en matière de divorce.

Pas de déchéance de la puissance légale.

Une différence cependant: on décide généralement que l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée ne perd pas le droit de jouissance légale. Sans doute l'art. 386 frappe de déchéance l'époux contre lequel le divorce a été prononcé, mais comme il s'agit d'une déchéance, dit-on, le texte doit être interprété restrictivement. Par conséquent, à supposer que les enfants aient été confiés à la garde de la mère, celle-ci, même si la séparation a été prononcée contre elle, ou aux torts réciproques des époux, pourra continuer à bénéficier de la jouissance légale.

Contrôle des tribunaux sur l'exercice de la puissance paternelle.

Que décider en cas de <u>séparation de fait</u>? La séparation de fait produit-elle des effets en ce qui concerne la puissance paternelle? En principe il semblerait que non. La séparation de fait est un état extra-légal, sinon illégal; par conséquent la puissance paternelle doit continuer à appartenir à celui qui l'exerçait normalement en principe le père, à celui qui l'exerçait avant la séparation.

Cependant, même en l'absence de textes, la jurisprudence, partant de cette idée que les tribunaux ont un droit de contrôle à exercer sur l'exercice de la puissance paternelle, admet que les tribunaux puissent prendre des mesures pour l'exercice de la puissance paternelle à la demande de l'un des époux séparés de fait. Par exemple si la mere estime que les enfants qui sont demeurés avec le père sont mal élevés ou mal entretenus, elle peut saisir le tribunal pour lui demander de prendre des mesures et au besoin lui confier la garde des enfants (Paris 8 Février 1912 Sirey 1914, II,209).

Situation des enfants dans le

Il nous faut envisager maintenant une situation nouvelle. Il y a aujourd'hui une situation intermédi-

Source : BIU Cujas

cas où la femme est autorisée à ne pas résider avec son mari.

aire qu'il faut prendre en considération. C'est le cas où par décision du tribunal et en vertu de l'art. 213, la femme a été autorisée à ne pas résider avec son mari, situation intermédiaire entre la séparation de corps et la pure séparation de fait. C'est une situation juridique intermédiaire entre la séparation de corps et la séparation de fait. Se posera nécessairement en pratique la question de la garde des enfants; la loi n'a rien prévu à cet égard, mais il est nécessaire de déterminer en pareil cas à qui seront confiés les enfants.

En principe, ils demeureront avec le père qui a la garde, mais la mère pourra élever une réclamation puisqu'on l'admet même en cas de séparation de fait. C'est donc au tribunal le cas échéant que la mère pourra avoir recours pour lui demander de décider à qui les enfants seront confiés. C'est une conséquence du droit de contrôle qui appartient aux tribunaux sur l'exercice de la puissance paternelle.

Exercice de la puissance paternelle par la femme en cas d'absence du mari.

Enfin, quelles sont les conséquences de l'absence de l'un des époux en ce qui concerne la puissance paternelle?

Si c'est la mère qui est absente, il n'y a rien de changé; le père conserve sans restriction la puissance paternelle. Mais que décider au cas où le père est absent? La question est prévue par l'art. 141 du Code civil: "Si le père a disparu laissant des enfants mineurs issus d'un commun mariage, la mère en aura la surveillance, et elle exercera tous les droits du mari, quant à leur éducation et à l'administration de leurs biens". Par conséquent, en cas d'absence du père, c'est à la mère que passe l'exercice de la puissance paternelle.

Quid de la jouissance légale?

Une difficulté cependant: certains auteurs considèrent que la mère n'a pas le droit de jouissance légale. Ils prennent prétexte de la disposition de l'art. 141, qui ne prévoit que les mesures d'éducation et d'administration des biens; cela exclut, dit-on, la jouissance légale; la mère n'aurait donc pas la jouissance légale, elle devrait capitaliser les revenus des enfants sans pouvoir se les approprier. Cette solution paraît bien inexacte. Il n'y a pas de raison de refuser à la mère l'exercice du droit de jouissance légale.

D - L'extinction de la puissance paternelle.

Mort, majorité émancipation.

Une seule question va nous retenir ici: celle de la déchéance de la puissance paternelle.

La puissance paternelle s'éteint par la majorité

Source : BIU Cujas

de l'enfant. Nous savons en effet qu'en droit français, comme en droit coutumier, la puissance paternelle n'est pas perpétuelle comme elle l'était en droit romain; elle disparaît à la majorité de l'enfant. Elle disparaît encore lorsque l'enfant est émancipé.

La puissance paternelle s'éteint encore lorsque le titulaire est déclaré déchu de la puissance paternelle en vertu de la loi du 24 juillet 1889.

La déchéance de la puissance paternelle. Absence de sanctions dans le C.C. contre le mauvais exercice de la puissance paternelle. Contrôle de la jurisprudence.

C'est une innovation de la loi du 24 juillet 1889 que la déchéance de la puissance paternelle. Le Code civil ne l'avait en aucune manière prévue, et cependant il y a des parents indignes qui abandonnent leurs enfants moralement, qui montrent le mauvais exemple à ces enfants, les laissent sans soins matériels, les accablent de mauvais traitements, s'abstiennent de toute éducation, et contre lesquels il était nécessaire de protéger les enfants.

La lacune de la loi avait été immédiatement comblée par la jurisprudence. La jurisprudence décidait en effet d'une manière constante, malgré l'absence de texte, qu'elle avait le droit d'exercer un contrôle sur l'exercice de la puissance paternelle et d'en réprimer les excès. De là des décisions parfois assez hardies par lesquelles les tribunaux allaient jusqu'à retirer le droit de garde à un père ou à une mère jugés indignes. C'étaient de véritables déchéances partielles de la puissance paternelle que prononçaient les tribunaux. Il existait sur ce point avant 1889 une jurisprudence très souple qui s'adaptait à toutes les nécessités, qui cependant était insuffisante dans certains cas.

La loi de 1889 sur la déchéance de la puissance paternelle. Contenu de la puissance paternelle au sens de la loi de 1889. Caractère total de la déchéance.

La loi du 24 juillet 1889 est venue organiser la déchéance de la puissance paternelle.

Que faut-il entendre d'abord par "puissance paternelle"? La loi de 1889 entend cette expression dans un sens très large. Elle y comprend non seulement les attributs essentiels de la puissance paternelle, c'est-à-dire les droits qui appartiennent aux père et mère en vertu de leur obligation d'entretien et d'éducation, mais encore tous les droits résultant de la qualité d'ascendant: droit de consentir au mariage, droit de former opposition au mariage, droit de consentir à l'adoption, droit de tutelle légale, droit de nommer un tuteur testamentaire, droit d'émancipation, droit de consentir à l'engagement militaire, etc.

C'est pourquoi l'article 1er de la loi de 1889 décide que les père et mère et ascendants, c'est-à-dire les grands-parents, sont déchus de plein droit à l'égard de tous les enfants de la puissance paternelle et des droits qui s'y rattachent. En ce qui

Source : BIU Cujas

concerne les ascendants, il ne peut être question des droits essentiels de la puissance paternelle, il ne peut être question par exemple que du droit de tutelle légale, ou encore du droit de consentir au mariage en l'absence des père et mère; les grands-parents peuvent être privés, le cas échéant, de l'exercice de ces droits par une décision du tribunal, s'ils sont jugés indignes. La loi ici entend donc d'une manière très large la puissance paternelle.

La déchéance partielle de la loi de I92I quant aux attributs de la puissance paternelle et quant aux enfants.

La loi de I889 a été complétée et améliorée par une loi du I5 Novembre I92I. Jusqu'à cette loi, le système qui était adopté par la loi était rigide. Le tribunal ne pouvait prononcer une déchéance partielle; c'était tout ou rien. Le tribunal, lorsqu'il prononçait la déchéance, était tenu de prononcer la déchéance totale; il ne pouvait priver le père ou la mère de l'exercice de certains droits seulement; il ne pouvait priver le père ou la mère que de la puissance paternelle tout entière.

D'autre part, toujours en vertu de cette même conception rigide, dans le système de la loi de I889, lorsque le père et la mère étaient déchus de la puissance paternelle, la déchéance était prononcée à l'égard de tous les enfants. Aujourd'hui la déchéance peut être simplement partielle; partielle quant aux droits, en ce sens que certains droits seulement peuvent être retirés au père ou à la mère, sans que la déchéance soit totale; d'autre part la déchéance peut être prononcée à l'égard d'un enfant seulement, le père et la mère conservant leurs droits vis-à-vis des autres enfants. La loi du I5 Novembre I92I a apporté en cette matière plus de souplesse.

Nous avons donc aujourd'hui deux institutions; la déchéance totale, puis le retrait partiel de certains droits de la puissance paternelle, déchéance totale ou retrait partiel qui peuvent être prononcés à l'égard de tous les enfants ou à l'égard de certains d'entre eux seulement.

Les deux sortes de déchéances: de plein droit ou facultative

Dans quelles conditions cette déchéance ou ce retrait sont-ils prononcés? La loi fait une distinction. Les causes de déchéances sont classées en deux catégories. Il est d'abord des causes qui par leur gravité entraînent de plein droit la déchéance; ici la déchéance est obligatoire et elle est nécessairement totale. Deuxièmement, il est des causes de déchéance qui sont laissées à l'appréciation des tribunaux, déchéance simplement facultative et qui peut être partielle.

Condamnation entraînant dé-

Les cas de déchéance obligatoire sont énumérés par l'article ler de la loi de I889. Par exemple, lors-

Source : BIU Cujas

chéance obligatoire.

que le père ou la mère a été condamné comme auteur, coauteur ou complice d'un crime commis sur la personne d'un ou de plusieurs de leurs enfants; ou encore comme coauteur ou complice d'un crime commis par un ou plusieurs de leurs enfants. Ou encore lorsque le père ou la mère est condamné deux fois pour excitation habituelle de mineurs à la débauche. Dans ces cas il y a déchéance obligatoire; la déchéance est totale et elle s'applique à tous les enfants.

Condamnations entraînant déchéance facultative.

Voici maintenant les cas de déchéance facultative. Ils résultent d'abord de certaines condamnations. Le tribunal n'est pas obligé de la prononcer. La déchéance facultative peut être prononcée à raison de certaines condamnations qui sont énumérées à l'article 2, I° à 5°, de la loi de I889: les père et mère condamnés aux travaux forcés à perpétuité ou à temps; ou les père et mère condamnés une première fois pour excitation habituelle de mineurs à la débauche.

Déchéance facultative en dehors de toute condamnation.

La disposition la plus intéressante en ce qui concerne la déchéance facultative c'est la disposition de l'article 2, 6°. Peuvent être déchus, en dehors de toute condamnation, "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 par un manque de direction nécessaire, soit la santé, soit la sécurité, soit la moralité de leurs enfants ou d'un ou de plusieurs de ces derniers".

Ici la déchéance peut être prononcée, en dehors de toute condamnation, contre des parents qui, par leur mauvaise conduite ou par les mauvais traitements qu'ils infligent aux enfants, compromettent la santé ou la moralité de ceux-ci. C'est un champ d'application très large ouvert aux tribunaux pour prononcer la déchéance de la puissance paternelle.

Qui prononce cette déchéance? Lorsqu'il s'agit de déchéance obligatoire, elle n'a même pas besoin d'être prononcée. Il n'est pas nécessaire que la cour d'assises ou le tribunal correctionnel indique que le parent soit déchu de la puissance paternelle; elle est de droit. Dans les autres cas de déchéance facultative, qui prononcera la déchéance?

Juridiction compétente pour prononcer la déchéance.

S'il s'agit d'une déchéance résultant d'une condamnation, la Cour d'assises ou le tribunal correctionnel infligera la déchéance en même temps que la condamnation.

Dans le cas prévu par l'article 2, 6°, le cas des parents qui par leur inconduite, leurs exemples pernicieux ou leurs mauvais traitements compromettent la santé ou la sécurité de leurs enfants, c'est le tribu-

Source : BIU Cujas

nal civil siégeant en chambre du conseil qui est appelé à prononcer la déchéance.

Qui peut provoquer la déchéance? Ce sont d'abord certains parents du mineur; un parent au degré de cousin germain ou à un degré plus rapproché. Pratiquement c'est le ministère public qui prend l'initiative de provoquer la déchéance. C'est à la requête du procureur de la république que la déchéance sera prononcée. La loi du 24 juillet I889 indique selon quelle procédure sera instruite l'affaire.

Lorsque le tribunal prononce la déchéance, s'il ne s'agit que de déchéance facultative, il peut ou bien la prononcer totale, c'est-à-dire qu'elle s'appliquera à tous les attributs de la puissance paternelle; ou bien, depuis la loi du I5 novembre I92I, le tribunal peut priver simplement le père ou la mère d'une partie des droits, et notamment du droit de garde. Il faut la prononcer à l'égard de tous les enfants ou seulement à l'égard d'un ou plusieurs d'entre eux.

Mais il y a une contradiction dans la loi. Elle résulte de l'article 8, qui, même en cas de déchéance partielle, frappe le père ou la mère déchu du droit général d'être tuteur, curateur, subrogé-tuteur ou membre du conseil de famille. Supposons qu'un père ou une mère soit déchu du droit de garde vis-à-vis d'un de ses enfants, et pas vis-à-vis des autres; en ce cas le père ou la mère conserve les droits de puissance paternelle vis-à-vis des enfants à l'égard desquels il n'est pas déchu. Mais si la tutelle vient à s'ouvrir, par exemple parce que la mère décède, le père ne pourra pas être tuteur, même des enfants vis-à-vis desquels il a conservé la puissance paternelle. Il y a là une contradiction dans la loi.

Conséquences de la déchéance

Demandons-nous maintenant ce qui arrive lorsque le père ou la mère, ou les deux à la fois, se sont vus frapper de la déchéance de la puissance paternelle, ou retirer une partie des droits que leur conférait celle-ci.

Il faut distinguer suivant qu'il y a déchéance de la puissance paternelle à l'égard de tous les enfants ou de l'un d'eux, ou qu'il y a retrait simplement partiel.

I) Déchéance par rapport à tous les enfants ou quant à tous les droits.

Lorsque le père est déchu de la puissance paternelle à l'égard de tous les enfants, ou que la totalité des droits de puissance paternelle lui a été retirée à l'égard de l'un d'eux, la puissance n'est pas dévolue de plein droit à la mère. D'après l'article 9 de la loi du 24 juillet I889, le tribunal examine dans chaque espèce quel est l'intérêt de l'enfant.

Droit pour le tribunal suivant

Source : BIU Cujas

l'intérêt de l'enfant d'attribuer la P.P à la mère.

Il peut accorder à la mère l'exercice de la puissance paternelle, mais il peut considérer - et en fait il considère souvent - qu'il y a intérêt pour l'enfant à être soustrait au milieu dans lequel il a vécu jusque là. Sans doute, si le père est, par exemple, condamné à une peine de travaux forcés ou autre, il n'y a pas d'inconvénient à remettre les droits de la puissance paternelle à la mère, à lui en confier l'exercice, mais si le père est libre, à quoi servirait-il de déclarer le père déchu de la puissance paternelle et de confier la garde à la mère, alors que l'enfant restera dans le milieu où il a vécu jusque là?

ou de déclarer ouverte la tutelle alors de droit commun.

En pareil cas, les juges ont le choix entre deux solutions qui sont indiquées dans les articles IO et II de la loi de I889. Ils peuvent d'abord déclarer la tutelle ouverte dans les termes du droit commun. C'est même le seul cas où les père et mère étant vivants un enfant peut être aujourd'hui en tutelle.

ou de l'attribuer à l'assistance publique.

Seulement, cette tutelle de droit commun, qui est une lourde charge dans certains cas, personne n'est obligé de l'accepter. Tel est le principe posé par l'article IO, alin. I. En outre, le tuteur qui accepterait la tutelle dans ces conditions, voit ses biens exemptés de l'hypothèque légale qui grève habituellement les immeubles du tuteur.

Si le tribunal estime qu'il n'y a pas lieu d'ouvrir la tutelle dans les termes du droit commun, ou si personne n'accepte cette tutelle, le tribunal n'a d'autres ressource (art. II) que de confier l'enfant à l'assistance publique. L'assistance publique peut d'ailleurs, tout en gardant la tutelle, remettre le mineur à un autre établissement ou à un simple particulier. C'est l'assistance publique qui exerce la tutelle, sauf à confier l'enfant à un établissement ou à un particulier.

2) Retrait partiel. Attribution des droits à la mère ou délégation à au tiers.

Si maintenant il s'agit de retrait partiel, c'est à-dire de retrait de certains droits dépendant de la puissance paternelle, il ne peut être question d'ouvrir la tutelle. L'article 11, alinéa 3 et 4, décide que dans le cas de retrait partiel des droits des père et mère à l'égard de l'un ou de quelques uns de leurs enfants, il n'y a pas lieu à organisation de la tutelle. Les droits dont le retrait a été prononcé sont, à défaut du maintien des droits de la mère, délégués par le tribunal soit à des parents des mineurs, soit à des particuliers jouissant de leurs droits civils, soit à des associations de bienfaisance, soit à l'assistance publique. Le tribunal a le choix ces droits, dont le père vient d'être privé, on peut les attribuer à la mère, ou bien, si l'on juge que la mère

Source : BIU Cujas

ne peut pas utilement les exercer, on peut en confier l'exercice par exemple le droit de garde à un parent du mineur, ou à un particulier, ou à une association de bienfaisance ou même à l'assistance publique.

Attribution du droit de consentir au mariage à l'adoption, à l'émancipation

Mais il est un certain nombre de droits qui sont dévolus d'une autre manière. C'est le droit de consentir au mariage, à l'émancipation et à l'adoption. Ces droits, décide l'article I4, sont exercés par les mêmes personnes que si le père et la mère étaient décédés. Supposez que le père et la mère soient déchus l'un et l'autre de la puissance paternelle, le droit de consentir au mariage sera dévolu comme si le père et la mère étaient décédés; ce seront les autres ascendants ou le conseil de famille qui exerceront ces droits.

Restitution de la puissance paternelle.

La loi de I889 a prévu la possibilité de restituer la puissance paternelle aux père et mère qui en ont été déchus. Toute une procédure a été réglementée dans les articles I5 et I6. S'il s'agit d'une déchéance résultant d'une condamnation pénale, les père et mère qui ont été déchus ne peuvent se voir restituer la puissance paternelle qu'après leur réhabilitation. Si, au contraire, il s'agit d'une déchéance prononcée à raison de l'inconduite notoire du père ou de la mère, à raison de mauvais traitements infligés aux enfants, de manque de soins, le père ou la mère déch[illegible] peut s'adresser au tribunal et lui demander la restitution. Le tribunal examine l'affaire, examine s'il y a réellement intérêt pour l'enfant à être restitué à sa famille, et il accorde ou refuse, suivant qu'il jugera opportun ou non, cette solution.

Lorsque le tribunal a refusé la restitution, la demande ne peut être introduite ensuite que dans un certain délai. Voir l'article I5 et l'art. I6.

D.L. de I935 permettant de prendre des mesures de surveillance ou d'assistance en cas de déficience de l'exercice de la puissance paternelle par les parents;

Enfin, une disposition d'un décret-loi de I935 a modifié l'article 2 de la loi de I889. Il résulte de ce texte, qui est devenu aujourd'hui le § 7 de l'article 2 qu'en dehors des cas où il y a déchéance obligatoire ou simplement facultative pour le tribunal lorsque la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de l'enfant sont compromises ou insuffisamment sauvegardées par le fait des père et mère, une mesure de surveillance ou d'assistance éducative peut être prise par le président du tribunal, sur requête du ministère public.

En un mot, il s'agit ici de parents qui ne sont pas des parents véritablement coupables. Ce sont des parents manquant surtout d'expérience et de savoir-faire et qui par leur inexpérience ou leur indolence compromettent la moralité ou la santé de leurs enfants. Si l'on estime que leur négligence, leur indolence

Source : BIU Cujas

est pas suffisante pour justifier la déchéance, le ministère public peut cependant demander au président du tribunal d'ordonner à l'égard de ces parents et en faveur des enfants une mesure éducative, une mesure de surveillance ou d'assistance, dit le texte.

Cette surveillance ou cette assistance sera exercée par le personnel soit des services sociaux, soit des institutions agréées par l'autorité administrative ou le tribunal, ou encore par des particuliers qualifiés, notamment par les assistantes sociales ou les visiteuses de l'enfance. On pourra adjoindre en quelque sorte aux père et mère une personne qualifiée, assistance sociale par exemple, qui leur donnera des conseils, qui essayera de suppléer dans une certaine mesure à l'inexpérience des père et mère. La mesure n'a aucun caractère de déchéance; elle permet uniquement à la personne ainsi désignée de l'aider, de conseiller les parents dans l'exercice de leur devoir d'éducation.

Le contrôle judiciaire sur la P.P. en dehors du cas de la loi de 1889.

Au lendemain de la promulgation de la loi de 1889, la question s'est posée de savoir si les tribunaux disposaient encore du pouvoir de contrôle sur la puissance paternelle qu'ils ne reconnaissaient avant la loi. Avant la loi de 1889, les tribunaux se reconnaissaient le pouvoir d'exercer un contrôle sur la puissance paternelle, et notamment de retirer le droit de garde à des parents indignes. La question se posait de savoir si, dans le cas où il n'existait pas une cause suffisante pour prononcer la déchéance, les tribunaux étaient encore autorisés à intervenir dans l'intérêt de l'enfant pour empêcher des abus. Certains tribunaux considéraient qu'ils avaient perdu ce droit de contrôle.

Fort heureusement, cette jurisprudence ne s'est pas maintenue. Les tribunaux se reconnaissent aujourd'hui encore le droit, lorsqu'il n'y a pas de cause réelle de prononcer la déchéance, d'exercer un contrôle, de réprimer les abus de la puissance paternelle. C'est ainsi que nous avons vu que les tribunaux n'admettent pas qu'un père puisse priver systématiquement et sans raison les grands-parents de tous rapports avec l'enfant. De même en cas de séparation de fait, on admet très bien l'un des époux, la mère notamment à réclamer la garde des enfants si elle estime que les enfants demeurés à la garde du père sont mal soignés ou mal éduqués.

Par conséquent, le contrôle des tribunaux en cette matière est extrêmement large. Ils disposent de moyens puissants, non seulement la déchéance de la

Source : BIU Cujas

puissance paternelle, le retrait partiel des droits de la puissance paternelle, mais ils exercent de façon générale un droit de contrôle sur l'exercice de la puissance paternelle.

Il existe une autre catégorie de mesures prises par la loi de I889, mesures prises en faveur des enfants moralement abandonnés.

Il est possible que les parents, comprenant qu'ils sont hors d'état d'élever leurs enfants, décident de confier ceux-ci à une personne ou à une institution qui suppléera à leur insuffisance. Avant la loi de I889 les parents, les père et mère avaient bien la possibilité de confier leurs enfants à l'Assistance publique, mais encore cela n'est-il possible que dans certaines conditions. En dehors du cas où ils avaient confié leurs enfants à l'Assistance publique, les parents pouvaient bien s'adresser à une personne ou à un établissement charitable à qui ils remettaient la garde de leur enfant, mais en pareil cas, les parents conservaient la puissance paternelle; celle-ci ne pouvait être cédée, elle est d'ordre public. Par conséquent les père et mère qui avaient ainsi confié leur enfant à un particulier ou à une institution charitable avaient la possibilité de reprendre l'enfant; si bien qu'il arrivait fréquemment que des père et mère confiaient des enfants dans leur jeunesse à une institution charitable et quand l'enfant était en âge de gagner sa vie, ils le reprenaient.

La délégation de l'exercice de la puissance paternelle.

Pour éviter ce calcul, la loi du 24 juillet I889 a organisé un système, d'après lequel les père et mère peuvent par une sorte de convention, homologuée par la justice, transférer leurs droits de puissance paternelle à celui auquel ils confient l'enfant. C'est une sorte de délégation de la puissance paternelle qui est aujourd'hui permise sous le contrôle de la justice. Il y a là une innovation intéressante. Le transfert de la puissance paternelle est réglé par l'article I7, qui décide ceci: "Lorsque des administrations d'assistance publique, des associations de bienfaisance régulièrement autorisées à cet effet, des particuliers jouissant de leurs droits civils ont accepté la charge de mineurs de seize ans, que des pères, mères ou des tuteurs autorisés par le conseil de famille leur ont confiés, le tribunal du domicile de ces pères, mères ou tuteurs peut, à la requête des parties intéressées agissant conjointement, décider qu'il y a lieu, dans l'intérêt de l'enfant, de déléguer à l'assistance publique des droits de puissance paternelle abandonnés par les parents et de remettre l'e-

Source : BIU Cujas

xercice de ces droits à l'établissement ou au particulier gardien de l'enfant".

Il intervient une sorte de contrat judiciaire, homologué par la justice, par lequel les droits de puissance paternelle sont délégués à l'assistance publique. Mais l'exercice de ces droits est ensuite remis à l'établissement ou au particulier gardien de l'enfant. C'est l'Assistance publique qui a, en pareil cas, les droits de la puissance paternelle que le père ou la mère a abandonnés, notamment le droit de garde, mais l'exercice de ces droits peut être confié à un particulier ou à un gardien. Le droit de l'Assistance publique n'est pas un vain mot. Elle exerce une surveillance sur le particulier ou l'établissement; elle peut demander au tribunal de retirer la garde à celui qui en est investi.

Mais la loi de 1889 va plus loin. Elle admet une sorte de déchéance d'un genre particulier dans un cas spécial, le cas prévu par l'article 19. Ce texte suppose qu'un enfant a été recueilli par un établissement d'assistance ou un particulier sans l'intervention de ses père et mère, en un mot lorsqu'il s'agit d'un enfant errant, recueilli par la charité publique ou privée. Si dans un délai de trois mois aucune personne, père, mère ou tuteur, n'a réclamé l'enfant, ceux qui l'ont recueilli peuvent s'adresser au président du tribunal de leur domicile pour obtenir que le tribunal leur délègue tout ou partie des droits de la puissance paternelle. En pareil cas le tribunal peut déléguer tout ou partie des droits de puissance paternelle à l'établissement ou au particulier qui a recueilli l'enfant, et cela sans l'intervention des parents.

Lorsqu'un enfant a été ainsi confié à un particulier ou à un établissement charitable, soit en vertu d'un contrat judiciaire intervenu avec les parents, soit par décision de justice dans le cas de l'enfant errant, la question se posait de savoir si les parents étaient justifiés par la suite à reprendre l'enfant. Une loi du 5 Août 1916, qui a complété l'article 20, a tranché la question dans un sens favorable aux intérêts de l'enfant; le tribunal examine la demande et il n'y donnera satisfaction que s'il estime que c'est l'intérêt de l'enfant.

Source : BIU Cujas

§ 2 - La tutelle.

Ouverture de la tutelle au décès de l'un des deux parents.

Tant que les père et mère sont vivants, la loi place exclusivement l'enfant sous le régime de la puissance paternelle. Mais en cas de décès de l'un des époux la puissance paternelle se double d'une autre institution, la tutelle, dont l'objet essentiel est l'administration des biens de l'enfant.

Tant que les père et mère sont vivants, la loi se contente pour l'administration des biens des enfants du régime de l'administration légale, dans l'espoir que la présence de la mère à côté du père constituera une sauvegarde efficace. Mais il n'en est plus de même lorsque l'un des père et mère vient à disparaître. A ce moment, les enfants, qui jusque là n'avaient pas de biens, vont recueillir la succession du prédécédé; d'autre part, on peut craindre que l'époux survivant, père ou mère, laissé à lui-même, ne néglige ses devoirs d'administrateur ou ne s'approprie indûment la fortune des enfants. Aussi le législateur a-t-il institué, sous la forme de la tutelle, toute une organisation protectrice des intérêts pécuniaires des mineurs.

Coexistence de la tutelle et de la puissance paternelle en cas de décès d'un seul des parents?

En cas de décès de l'un des père et mère, la puissance paternelle et la tutelle coexistent, la tutelle ayant pour objet exclusif l'administration des biens de l'enfant. La puissance paternelle et la tutelle peuvent être réunies, et sont généralement réunies dans les mêmes mains. C'est le survivant des père et mère qui exerce tout à la fois la puissance paternelle et la tutelle, mais il n'est pas impossible que la puissance paternelle et la tutelle appartiennent à des personnes différentes, auquel cas le tuteur devra se cantonner exclusivement dans l'administration des biens de l'enfant, toute autre prérogative de la puissance paternelle appartenant au père ou à la mère survivant.

Disparition de la P.P. en cas de décès des deux parents.

La puissance paternelle ne disparaît tout à fait qu'en cas de décès des père et mère. La tutelle se substitue entièrement à elle, et la tutelle devient alors un pouvoir tout à la fois sur la personne et sur les biens de l'enfant.

Cas unique de tutelle du vivant des père et mère.

Donc, dans notre droit, la tutelle ne s'ouvre en principe qu'à compter du décès de l'un des père et mère. Le principe c'est qu'un enfant n'est jamais en tutelle du moment que son père et sa mère sont vivants

Source : BIU Cujas

fussent-ils divorcés ou séparés de corps. Tant que le père et la mère sont vivants, l'enfant n'est pas en tutelle. Mais ce principe comporte une exception : lorsque le père ou la mère a été déchu de la puissance paternelle ou lorsque l'un et l'autre ont été déchus de la puissance paternelle. Nous avons vu que lorsque le père est déchu de la puissance paternelle, le tribunal peut confier celle-ci à la mère, mais il peut aussi ouvrir la tutelle.

Nous étudierons :

I° - les organes de la tutelle
2° - Le fonctionnement de la tutelle
3° - La cessation de la tutelle.

I - Les organes de la tutelle

Caractère familial de l'organisation de la tutelle dans le C.C. Ses imperfections.

Le Code civil de 1804 a fait de la tutelle des enfants légitimes, la seule dont il s'était occupé (une législation postérieure a créé la tutelle des enfants naturels), une institution purement familiale. C'est une de ces mesures de protection organisée au sein de la famille. Le tuteur est généralement le survivant des père et mère. Le subrogé tuteur est pris lui aussi parmi les parents, en principe. Enfin, le conseil de famille est composé en principe de parents du mineur. L'autorité judiciaire intervient, dans certains cas, pour donner sa sanction aux délibérations du conseil de famille.

Par contre, en vue de garantir le mineur contre la mauvaise gestion de son tuteur, les immeubles de ce dernier sont frappés d'une hypothèque légale, générale et non soumise à publicité.

Il est certain que cette organisation, telle que l'a conçue le Code civil, est vieillie et qu'elle n'a pas donné les résultats qu'on pouvait en espérer. Elle est vieillie parce que, dans la famille moderne qui n'a plus la cohésion de la famille ancienne, c'est une illusion que d'accorder un droit de contrôle et de direction à un conseil de famille composé parfois de parents éloignés, souvent indifférents et peut être hostiles.

Cette organisation, d'autre part, n'a pas donné les résultats que l'on en pouvait espérer. En effet le conseil de famille n'est pas un organe permanent; il n'est réuni qu'à des intervalles plus ou moins éloignés, et on s'applique en fait à le réunir le moins souvent possible. Les parents qui font partie du conseil de famille ne se soucient pas toujours suffisamment des intérêts du mineur. Ils usent et abu-

Source : BIU Cujas

sent du droit de se faire représenter à ce conseil de famille par des mandataires qui sont généralement des hommes d'affaires ou des clercs de notaire ou d'avoué.

Par conséquent, notre système assure dans de médiocres conditions la protection des mineurs. De plus, il est compliqué et coûteux. Ce n'est pas un système de protection efficace. Trop souvent en pratique, d'ailleurs, faute de surveillance suffisante, les règles de la tutelle ne sont pas observées, ou le sont dans de mauvaises conditions. Parfois même il arrive qu'à la mort du père ou de la mère aucune tutelle n'est organisée, sans que personne ne s'en préoccupe. Le survivant des père et mère administre la fortune des enfants sans avoir réuni un conseil de famille. Il y a ce qu'on appelle en pareil cas une "tutelle de fait" et c'est plus fréquent qu'on ne le pense. Dans d'autre cas, la tutelle est bien organisée, mais on ne réunit jamais le conseil de famille. Par conséquent, beaucoup d'irrégularités, surveillance insuffisante, protection coûteuse, compliquée et bien souvent inefficace; voilà le bilan.

La tutelle publique en Allemagne et en Suisse.

Les législations récentes tendent à faire de la tutelle une institution placée directement sous la direction et la surveillance de l'autorité publique, de l'autorité judiaire, généralement personnifiée par un magistrat spécialisé, à qui incombe la surveillance et la direction de la tutelle. En Allemagne (et c'est encore le régime des trois départements recouvrés), c'est le tribunal des tutelles et le conseil communal des orphelins; en Suisse, c'est l'autorité tutélaire et l'autorité de surveillance. L'intervention de l'autorité judiciaire dans les tutelles a le grand avantage de la permanence, de la spécialisation et de l'impartialité, mais elle peut avoir les défauts inhérents à toute organisation administrative, la routine, la paperasserie...

En Suisse, il y a un système très souple. La tutelle publique peut, dans certains cas, être remplacée par la tutelle privée, qui comporte l'existence d'un conseil de famille. Le droit suisse, suivant les circonstances, fait place soit à la tutelle publique, soit à tutelle privée qui comprend le conseil de famille; c'est un système souple et avantageux.

Le régime dans les trois départements d'Alsace Lorraine. Le juge des tutelles et le conseil com-

Ce dernier système de la tutelle publique est celui qui fonctionne aujourd'hui encore dans les trois départements recouvrés du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle. Nous avons donc en France actuellement deux régimes de tutelle: le régime de droit commun qui fonctionne dans l'ensemble des départements, le régime du Code civil et d'autre part le régime spécial qui a

Source : BIU Cujas

munal des orphelins.

été maintenu dans les trois départements recouvrés d'Alsace et de Lorraine.

En effet, la loi du 1er Juin 1924, qui a en principe introduit toute la législation civile française dans les trois départements, avait maintenu pour une durée de dix ans, dans ses grandes lignes tout au moins, l'organisation allemande de la tutelle. Dans la pensée du législateur cette période de dix ans devait permettre à la législation du Code civil de s'adapter aux tendances actuelles; on espérait réaliser l'unité de législation; cet espoir n'a pas été réalisé, et c'est pourquoi une loi du 23 décembre 1934 a prorogé de nouveau le maintien du régime allemand de la tutelle jusqu'au 1er Janvier 1945.

Nous avons donc deux systèmes de tutelle: le système de l'Alsace-Lorraine et le système de droit commun.

Quelles différences essentielles y-a-t-il entre le régime d'Alsace Lorraine et le régime français?

Le régime d'Alsace-Lorraine n'est applicable qu'aux personnes ayant la qualité d'Alsaciens-Lorrains et à leurs enfants légitimes, d'après le Traité de Versailles.

Ce qui caractérise la différence avec le droit français, c'est que la tutelle, dans les trois départements recouvrés, ne s'ouvre que lorsque le père et la mère sont l'un et l'autre décédés. Il semble que ce soit un régime moins protecteur que celui du droit français; il l'est en réalité beaucoup plus, parce que le père ou la mère qui exerce l'administration légale est placé directement sous la surveillance du juge des tutelles. Par conséquent, le père ou la mère, administrateur légal, a des pouvoirs infiniment moindres que le père administrateur légal sous le régime du Code civil. Il n'y a pour ainsi dire pas de différence entre l'administration légale et la tutelle dans le régime des trois départements recouvrés.

Sous ce régime du droit local, l'administration des biens des mineurs est confiée soit au père, soit à la mère soit au tuteur. Mais au-dessus du père, de la mère ou du tuteur, la loi a placé une autorité supérieure en la personne du juge cantonal. Dans les trois départements recouvrés il existe un tribunal qu'on appelle le tribunal cantonal, qui a des attributions supérieures à celles du juge de paix dans les autres départements. Le recrutement des juges cantonaux n'est pas le même que celui des juges de paix; les juges cantonaux sont des juges du tribunal civil, juges qui sont délégués comme président du tribunal cantonal. Le juge cantonal qui exerce les fonctions de juge des

Source : BIU Cujas
"Les Cours de Droit" 3, Place de la Sorbonne, 3
Y
Répétitions Ecrites et Orales
Reproduction interdite

tutelles, nomme les tuteurs; il surveille d'une manière permanente, la gestion des parents et tuteurs. C'est à lui que le tuteur doit produire ses comptes et ses inventaires, et ces comptes doivent être produits annuellement au juge des tutelles. C'est également le juge cantonal qui détermine les placements de fonds dans des limites beaucoup plus larges que celles du droit français.

D autre part, le juge des tutelles peut provoquer, quand l'intérêt de l'incapable le commande, les déchéances de la puissance paternelle et de la tutelle. En un mot le juge des tutelles est le directeur de l'administration des biens et, le cas échéant, de la personne des enfants. C'est lui qui domine toute cette institution. Le père ou la mère ou le tuteur n'exerce ses fonctions que sous la surveillance presque constante du juge des tutelles à qui il doit fournir tous les renseignements nécessaires sur sa gestion.

Le juge des tutelles a comme collaborateur le conseil communal des orphelins, qui est institué dans chaque commune et qui avertit le juge des tutelles de tout ce qui peut intéresser les incapables.

En France, y a-t-il des chances pour qu'une organisation pareille y soit jamais instituée? On y reste malgré tout attaché au système de la tutelle organisée suivant une coopération familiale. Cette intervention constante de l'autorité publique d'un juge serait considérée dans bien des familles comme ayant un caractère inquisitorial. La meilleure preuve c'est que récemment a été déposée devant le parlement une proposition tendant à instituer le conseil de famille pour les enfants naturels. Nous verrons en effet que dans le système actuel de tutelle des enfants naturels on se rapproche du système alsacien-lorrain; c'est le tribunal qui joue le rôle de conseil de famille. Certains députés ou sénateurs voudraient instituer le conseil de famille pour les enfants naturels; c'est absurde, puisque les enfants naturels n'ont légalement aucune famille autre que leur père ou leur mère. Mais cela montre qu'en France on paraît très attaché à ce système du conseil de famille, qui permet une sorte de laisser-aller.

Il est certain que le régime du Code civil n'est pas bon; il faudrait au moins le modifier, si on ne veut pas introduire le système inquisitorial qui est en usage dans certains pays étrangers. On a proposé diverses modifications (voir projet de la Société d'Etudes législatives, paru au Bulletin de cette Société en 1931).

Source : BIU Cujas

Les organes de la tutelle

La tutelle des enfants légitimes telle que l'a établie le Code civil comprend différents organes: tout d'abord le tuteur, qui est l'organe exécutif; en second lieu, le subrogé-tuteur, organe de surveillance, et dans certains cas organe de suppléance; en troisième lieu, le conseil de famille, organe délibérant; enfin, le tribunal, qui dans certains cas est appelé à homologuer les délibérations du conseil de famille ou à les réformer.

Enfin, aux termes de l'article 83 C. Pr. C. le ministère public doit prendre communication de toutes les causes, de tous les procès en instance devant le tribunal et concernant l'état des personnes et les tutelles. D'une façon générale, toute affaire intéressant un mineur est, suivant l'expression légale, "communicable au ministère public". Toutes les fois que dans une affaire civile est intéressé un mineur, le dossier de l'affaire doit être préalablement communiqué au procureur de la République ou à son représentant et le représentant du ministère public doit donner ses conclusions. Généralement cela consiste tout simplement de la part du procureur de la République ou de son représentant à s'en rapporter à la sagesse du tribunal, mais il est indispensable, à peine de nullité du jugement, qu'il soit porté sur la minute que le dossier a été communiqué au procureur de la République et que celui-ci a conclu. Le procureur de la République a donc un pouvoir de haute surveillance sur les tutelles et sur les affaires mêmes intéressant un mineur.

A - Le tuteur.

Les 3 caractères de la fonction de tuteur.

Les fonctions de tuteur constituent une charge publique, une charge obligatoire et une charge gratuite.

a) charge publique dans l'intérêt du pupille.

a) La tutelle est d'abord une charge publique; il faut entendre par là une charge ayant un but d'intérêt général, la protection des mineurs. La tutelle de même que la puissance paternelle est établie dans l'intérêt du mineur; et non dans celui du tuteur. Ainsi s'explique que la loi refuse à certaines personnes le droit d'assumer les fonctions de tuteur, lorsque ces personnes sont hors d'état de gérer une tutelle ou de la gérer fidèlement.

La loi distingue à ce point de vue des causes d'incapacité et des causes d'exclusion ou de destitution de la tutelle.

Source : BIU Cujas

Incapacité d'être tuteur (entraînant exclusion ou destitution)

Sont frappés d'incapacité (art. 442, I° et 2°) les mineurs, excepté le père ou la mère, et les interdits. D'autre part, la loi exclut de la tutelle (ou destitue si l'individu avait déjà assumé la tutelle) certains individus que l'on peut présumer devoir être des administrateurs infidèles ou insuffisants. C'est ainsi que l'art. 443 exclut de la tutelle tout condamné à une peine afflictive ou infamante. Le Code pénal frappe également de l'exclusion de la tutelle les personnes qui sont frappées de la dégradation civique; ou bien encore certains individus qui sont frappés d'interdiction des droits civils, civiques et politiques, sont exclus par cela même de la tutelle (art. 42 du Code pénal).

Sont encore exclus de la tutelle, ou destitués s'ils sont en exercice, dit l'art. 444 les gens d'une inconduite notoire.

D'après l'art. 444 sont également exclus de la tutelle, et même destituables s'ils sont en exercice, les gens dont la gestion attesterait l'incapacité ou l'infidèlité. Ici le conseil de famille a toute liberté d'apprécier.

Lorsque le conseil de famille a déclaré une personne exclue de la tutelle, ou a destitué un tuteur en exercice pour cause d'infidèlité ou autre, ce tuteur ou cette personne exclue de la tutelle a un recours devant le tribunal contre la délibération du conseil de famille (articles 446 et suivants du Code civil).

La loi de I9I7 : capacité pour la femme d'être tutrice. Necessité de l'autorisation maritale, si elle est mariée.

Sous le régime du Code de I804, il y avait une autre incapacité d'être tuteur, c'était l'incapacité tenant au sexe féminin. Les femmes étaient déclarées incapables d'être tutrices par l'article 442 à l'exception toutefois de la mère survivante et des ascendants. Toute autre femme était exclue de la tutelle; seules avaient trouvé grâce devant la loi les personnes qui peuvent être appelées à être tutrices légales, la mère et les grand'mères.

Mais une loi du 20 Mars I9I7 a supprimé l'incapacité des femmes d'être tutrices. Sur ce point aujourd'hui il y a égalité entre les deux sexes; les femmes peuvent être tutrices comme les hommes. Mais si la femme est mariée, elle doit obtenir l'autorisation de son mari (art. 405). En effet, lorsqu'une femme mariée a assumé une tutelle, le mari est nécessairement cotuteur, c'est-à-dire qu'il doit gérer la tutelle avec sa femme et que l'un et l'autre sont responsables des conséquences de la tutelle. La loi du I8 février I938 n'a pas abrogé cette disposition. Il était impossible d'admettre que cette femme pût

Source : BIU Cujas

imposer à son mari malgré lui la charge de la cotutelle et des responsabilités qui peuvent en résulter.

b) caractère obligatoire. Les excuses.

b) La tutelle, en second lieu, est une charge obligatoire; cela veut dire que celui qui est appelé à remplir les fonctions de tuteur, soit par la loi soit par le conseil de famille, ne peut se soustraire à cette obligation. Sans cette règle on n'aurait jamais trouvé de personnes consentant à assumer une tutelle, surtout en dehors des père et mère. La charge peut être lourde en effet, elle est gratuite et elle grève les immeubles du tuteur d'un hypothèque légale, gênante pour le crédit du tuteur.

Cependant, il est des personnes que, pour des raisons diverses, la loi autorise à invoquer une cause de dispense ou excuse, pour ne pas gérer une tutelle. Ces causes d'excuse sont indiquées dans les articles 427 à 441.

Il y a d'abord des personnes qui peuvent toujours s'excuser: ce sont les femmes (art. 428); les femmes peuvent toujours refuser d'assumer une tutelle, y compris la mère. On leur a accordé le droit d'être tutrice, mais on n'a pas voulu leur imposer cette obligation.

D'autre part, ont une cause d'excuse les individus exerçant une certaine fonction; par exemple les militaires en activité de service, ou, dit l'art.428, les citoyens qui remplissent hors du territoire de la République une mission du Président de la République; les ambassadeurs ont le droit de refuser une tutelle. Ou encore, dit l'art. 432, tout citoyen non parent ni allié ne peut être forcé d'accepter la tutelle, que dans le cas où il n'existerait pas, dans la distance de quatre myriamètres, des parents ou alliés en état de gérer la tutelle". La loi suppose que le conseil de famille a nommé comme tuteur une personne étrangère à la famille; la loi a un scrupule de citoyen, qui n'est ni parent ni allié du mineur, ne peut être forcé d'accepter la tutelle que si, dans un rayon de quarante kilomètres il n'existe pas de parents ou alliés en état de gérer la tutelle. Il vaut mieux s'adresser à un parent ou un allié pas trop éloigné qu'à un étranger qui est sur place.

Il y a d'autres excuses. L'âge, tout d'abord: tout individu âgé de soixante cinq ans accomplis peut refuser d'être tuteur. Mais celui qui a été nommé tuteur avant 65 ans n'est pas déchargé lorsqu'il atteint cet âge, mais lorsqu'il atteint l'âge de 70 ans, il pourra se faire décharger de la tutelle. De même tout individu atteint d'une infirmité grave. De même celui qui est déjà chargé de deux tutelles peut refuser d'en

Source : BIU Cujas

accepter une troisième, à moins qu'il ne s'agisse du père. Les pères de famille nombreuse, qui ont cinq enfants légitimes, sont dispensés de toute tutelle autre que celle de leurs enfants.

c) gratuité de la tutelle. Les frais de gestion du tuteur.

c) En troisième lieu, la tutelle est une charge gratuite; en un mot, le tuteur ne peut réclamer aucune rémunération pour ses soins, il n'a droit qu'au remboursement de ses dépenses dûment justifiées, nous dit l'art. 471. Cependant, etsans qu'il y ait atteinte à ce principe, la loi autorise le conseil de famille à permettre au tuteur de s'aider de certains auxiliaires, qui, eux, pourront être rémunérés.

En jurisprudence et en pratique on est assez disposé à admettre, bien que la gestion soit controversée, que le conseil de famille pourrait fixer une somme forfaitaire que le tuteur serait autorisé à retenir pour ses frais de gestion; on peut ainsi arriver à tourner dans une certaine mesure le principe de la gratuité de la tutelle si la somme forfaitaire est supérieure aux frais de gestion.

Désignation du tuteur.

A-Décès de la mère tutelle légale du père ou en cas d'excuse ou d'exclusion de celui-ci, tutelle dative déférée par le conseil de famille.

Le principe est posé dans l'article 390: "Après la dissolution du mariage arrivée par la mort naturelle ou civile de l'un des époux, la tutelle des enfants mineurs et non émancipés appartient de plein droit au survivant des père et mère."

Nous supposons d'abord que le mariage est dissous par la mort de la mère. En vertu de l'art. 390, le père survivant devient de plein droit le tuteur de ses enfants mineurs. C'est un cas de tutelle légale. Toutefois il en est autrement si le père peut invoquer une des causes de dispense que nous avons étudiées.

D'autre part le père ne peut être tuteur s'il est incapable, par exemple interdit, ou s'il se trouve dans une situation qui soit une cause d'exclusion de la tutelle.

Mais hors ces cas où le père a une cause d'excuse ou celui où il existe contre lui une cause d'exclusion le père doit obligatoirement assumer la charge de la tutelle de ses enfants mineurs.

Supposons que le père soit excusé, incapable ou exclu; c'est alors au conseil de famille qu'il appartientde pourvoir à la nomination d'un tuteur ou d'une tutrice (art. 405).

Le conseil de famille a d'ailleurs toute liberté en ce qui concerne le choix de ce tuteur. Il peut appeler même un étranger à la famille; avec cette seule réserve d'ailleurs que cet étranger pourrait invoquer une cause d'excuse si, dans le rayon de 40 kms prévu

Source : BIU Cujas

par l'art. 432, il existait un parent ou allié en état de gérer la fortune.

Lorsque le tuteur est désigné par le conseil de famille, la tutelle est appelée "tutelle dative" par opposition à la tutelle du survivant des père et mère qui est appelée "tutelle légale".

B - Décès du Père. Tutelle légale de la mère sauf faculté pour elle de la refuser.

Envisageons le cas où le mariage est dissous par le décès du père. D'après l'art. 390, la tutelle appartient de plein droit à la mère survivante; le survivant des père et mère est tuteur.

Mais la loi a dû envisager le cas où le père laisserait sa femme enceinte. En pareil cas, l'art. 393 décide que lorsque, lors du décès du mari, la femme est enceinte, il sera nommé à cet enfant conçu un curateur, auquel la loi a conservé le nom traditionnel et un peu barbare de "curateur au ventre": "Si, lors du décès du mari, la femme est enceinte, il sera nommé un curateur au ventre par le conseil de famille".

Le curateur au ventre.

Ce curateur au ventre a pour mission de surveiller la mère, soit pour empêcher une "supposition de part", pour le cas où la femme se dirait faussement enceinte et essaierait de se procurer un enfant (en vue de bénéficier du droit de jouissance légale), soit pour empêcher une "suppression de part", c'est-à-dire empêcher le meurtre de l'enfant qui viendrait à naître. Le curateur au ventre a la mission d'administrer provisoirement la succession du mari; à la naissance de l'enfant la mère devient tutrice et le curateur est de plein droit le subrogé tuteur.

C'est donc la mère, survivante, qui est la tutrice légale de son enfant. Mais, à la différence du père, la mère n'est jamais tenue d'accepter la tutelle. Si elle se sent hors d'état d'assumer cette tâche, elle a le droit de s'y soustraire sans avoir à indiquer le motif de son refus. " La mère n'est point tenue d'accepter la tutelle", décide l'art. 394; "néanmoins, et en cas qu'elle la refuse, elle devra en remplir les devoirs, jusqu'à ce qu'elle ait fait nommer un tuteur".

Si la mère a accepté la tutelle, il est plus douteux qu'elle puisse s'en démettre sans avoir à invoquer une cause d'excuse, mais la question est controversée.

A défaut de la mère tutelle dative.

Lorsque la mère refuse la tutelle ou lorsqu'elle se trouve dans un cas d'incapacité ou d'exclusion, c'est au conseil de famille qu'il appartient de nommer un tuteur ou une tutrice. C'est un cas de tutelle dative.

Le Conseil

Il existe une autre règle spéciale à la tutelle

Source : BIU Cujas

de tutelle

de la mère. Le mari a pu se défier des capacités de sa femme: aussi l'art. 391 permet-il au mari de nommer à sa femme pour le cas où elle lui survivrait un conseil spécial que l'on appelle conseil de tutelle. Ce conseil de tutelle est une personne (ce n'est pas une assemblée, il vaudrait mieux dire "conseiller") en qui le père a mis sa confiance et sans l'avis de laquelle la femme ne pourra faire aucun acte relatif à la tutelle. Art. 391: " Pourra néanmoins le père nommer à la mère survivante et tutrice un conseil spécial, sans l'avis duquel elle ne pourra faire aucun acte relatif à la tutelle". Cet avis est une condition de validité des actes accomplis par la femme; il faudra qu'il soit mentionné nécessairement qu'avant d'accomplir l'acte la femme a pris l'avis du conseil de tutelle.

Le père d'ailleurs peut subordonner à l'intervention du conseil de tutelle l'accomplissement seulement de certains actes; pour les autres, que le père n'aura pas spécifiés, la femme aura sa pleine liberté de tutrice; mais pour les actes spécifiés, il lui faudra l'avis du conseil de tutelle.

L'art. 392 dit que cette nomination d'un conseil de tutelle ne pourra être faite que d'une des deux manières suivantes : 1° par un acte de dernière volonté, un testament notamment (il n'est pas nécessaire que cet acte contienne un legs); 2° une déclaration faite soit devant le juge de paix, assisté de son greffier, soit devant notaires.

Cette institution du conseil de tutelle est une conséquence de la puissance maritale, qui se prolonge en quelque sorte au-delà de la mort du mari. Il est assez curieux que la loi du 18 Février 1938 n'ait pas supprimé cette institution, peut-être est-ce parce que la pratique l'ignore à peu près totalement. La loi du 18 février 1938 a laissé subsister ce vestige de la puissance maritale.

C- Décès du survivant des père et mère investi de la tutelle.

Voici maintenant une autre hypothèse. Il peut arriver que l'enfant étant encore mineur et sous la tutelle du survivant, le survivant des père et mère vienne à décéder à son tour. L'enfant est orphelin de père et de mère. Quelle sera alors la situation de l'enfant?

Tutelle déférée par le survivant des père et mère à condition qu'il soit lui-même investi de la tutelle.

Il faut nommer un nouveau tuteur. Comment et par qui la désignation de ce tuteur sera-t-elle faite.

Tout d'abord la désignation du tuteur a pu être l'oeuvre du survivant des père et mère. C'est la tutelle assez improprement appelée par les auteurs "tutelle testamentaire"; le Code l'appelle plus exactement "tutelle déférée" par le père ou par la mère sur-

Source : BIU Cujas

vivant. En prévision de son décès, le survivant a pu désigner lui-même le tuteur qui le remplacera. Art.397 "Le droit individuel de choisir un tuteur ou une tutrice, parent ou parente, étranger ou étrangère, n'appartient qu'au dernier survivant des père et mère". Par conséquent, c'est seulement au décès du survivant qu'existe ce droit de nommer un tuteur testamentaire. Lorsque le père meurt le premier, il ne peut pas nommer un tuteur testamentaire puisque la femme est tutrice de droit; de même la mère qui prédécède n'a pas pu nommer un tuteur testamentaire. C'est seulement le survivant des père et mère qui peut désigner un tuteur testamentaire.

On s'accorde à décider que le droit de désigner un tuteur testamentaire n'appartient au survivant des père et mère que s'il a lui-même au moment de son décès la tutelle, cela se comprend; si le survivant des père et mère n'a pas eu la tutelle, pour cause d'excuse, ou d'incapacité, ou d'indignité, il paraît inadmissable que ce survivant puisse, en désignant un tuteur testamentaire, destituer à sa volonté le tuteur datif qui a été nommé par le conseil de famille.

On invoquait autrefois en ce sens le texte de l'art. 399 qui décidait que la mère remariée et non maintenue dans la tutelle des enfants de son premier mariage ne pouvait leur choisir un tuteur ou une tutrice testamentaire. Aujourd'hui, l'art. 399 a été abrogé; et c'était la base sur laquelle on raisonnait pour admettre que le survivant des père et mère ne pouvait désigner un tuteur testamentaire qu'à la condition d'avoir eu lui-même la tutelle. Y a-t-il quelque chose de changé depuis la loi du I8 février I938 qui a abrogé l'art. 399? Nous ne le pensons pas; il paraît inadmissible que le père ou la mère survivant n'ayant pas assumé la charge de la tutelle puisse destituer en quelque sorte le tuteur datif nommé par le conseil de famille. Malgré tout, la question est de nature à se poser.

Ce tuteur dit testamentaire, aux termes de l'art. 398 sera désigné dans les formes prescrites par l'art. 392 pour la nomination d'un conseil de tutelle par le père. Par conséquent il sera désigné soit par acte de dernière volonté, testament notamment, soit par une déclaration faite devant le juge de paix, ou devant notaire.

L'art. 40I nous dit que le tuteur ainsi désigné par le père ou la mère n'est pas tenu d'accepter. Le père ou la mère ne peut imposer la charge de la tutelle testamentaire à une personne qui ne pourrait pas l'assumer, à moins que la personne ainsi désignée ne

Source : BIU Cujas
Reproduction interdite

soit de celles que le conseil de famille aurait pu désigner lui-même.

2 - à défaut de tutelle testamentaire, tutelle légale des ascendants.

Supposons maintenant que le dernier mourant des père et mère n'ait pas usé de la faculté de désigner un tuteur testamentaire. La tutelle est alors déférée aux ascendants; c'est un second cas de tutelle légale (le premier est celui du survivant des père et mère).

La tutelle des ascendants ne s'ouvre que si le survivant des père et mère a conservé la tutelle légale jusqu'à sa mort. Si ce survivant n'avait pas la tutelle légale pour une cause d'excuse, d'incapacité ou de destitution, les enfants sont pourvus d'un tuteur datif qui reste en exercice.

La règle de la proximité du degré. Choix par le conseil de famille en cas de pluralité d'ascendants au même degré.

L'article 402 décide que "lorsqu'il n'a pas été choisi au mineur un tuteur ou une tutrice par le dernier mourant des père et mère, la tutelle appartient à celui des aïeux ou à celles des aïeules qui sont du degré le plus rapproché"; c'est la tutelle des grands parents qui s'ouvre.

Mais il peut y avoir plusieurs grands-parents. Quel est celui qui sera nommé tuteur? Le Code civil admettait une règle assez compliquée. Tout cela a été modifié par la loi du 20 mars 1917. L'art. 403 décide qu'en cas de concurrence entre des aïeux 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.

Quelquefois pour donner satisfaction aux grands-parents, le conseil de famille peut diviser la tutelle, confier par exemple à l'un des ascendants la personne du mineur et à l'autre l'administration de ses biens. En tout cas, s'il y avait un bisaïeul ou une bisaïeule, on lui préférerait toujours le grand père ou la grand-mère; c'est le degré le plus rapproché.

La question se pose de savoir si le conseil de famille pourrait nommer plusieurs tuteurs à un enfant mineur, dans le cas où il estimerait que la charge est trop lourde pour un seul tuteur. Un enfant a une fortune considérable, un seul tuteur ne pourra pas assumer à lui seul la charge, on peut lui nommer des auxiliaires évidemment, mais n'y aurait-il pas possibilité de désigner plusieurs tuteurs?

Il n'y a aucun texte, mais la jurisprudence se montre en général favorable à la pluralité des tuteurs.

Dans certains cas spéciaux et pour différentes raisons, la loi admet la coexistence de deux tuteurs. Il en est ainsi en cas de protutelle, en cas de cotutelle et enfin en cas de nomination d'un tuteur ad hoc.

La protutelle Indépendance de

La protutelle est prévue par l'art. 417, qui traite d'un cas tout à fait spécial. C'est le cas où un mineur

Source : BIU Cujas

gestion de chacun des protuteurs.

domicilé en France possèderait des biens dans les colonies, ou réciproquement. En pareil cas, la loi autorise à nommer un tuteur pour les biens situés en France et un protuteur pour les biens situés dans la colonie; ou inversement un tuteur pour les biens situés dans la colonie et un protuteur pour les biens situés en France; tout dépend du domicile du tuteur. En ce cas, il y a deux tuteurs. La loi décide que le tuteur et le protuteur sont indépendants et non responsables l'un envers l'autre pour leur gestion respective. Il y a deux tutelles, qui correspondent à chacun des groupes de biens, l'un métropolitain et l'autre colonial.

La cotutelle en cas de remariage de la mère tutrice. Obligation pour celle-ci de demander au conseil de famille la conservation de la tutelle.

La cotutelle suppose la désignation d'une tutrice, et d'une tutrice mariée. Le Code civil n'avait envisagé la cotutelle que dans un seul cas: le cas où la tutelle était assumée par la mère survivante et où celle-ci venait à contracter un nouveau mariage. Lorsque la mère contracte un nouveau mariage, le Code civil, à tort ou à raison, redoute que la mère ne subisse l'ascendant de son second mari, et qu'elle ne se repose sur lui du soin de gérer les biens des enfants du premier lit.

Ainsi s'explique la disposition de l'art. 395 qui décide que si la mère tutrice veut se remarier, elle devra, avant la célébration, convoquer le conseil de famille, qui décidera si la tutelle doit lui être conservée. Certes, la mère n'a pas à demander au conseil de famille l'autorisation de se remarier, mais la loi lui fait une obligation, avant de contracter ce second mariage, de convoquer le conseil de famille, de lui soumettre la question de la conservation de la tutelle. Le conseil de famille décide alors s'il est opportun ou non de conserver la tutelle à la mère qui va se remarier.

Si le conseil de famille estime que la tutelle peut sans inconvénient être conservée à la mere, l'art. 396 décide que le second mari deviendra nécessairement cotuteur et sera solidairement responsable avec sa femme de la gestion postérieure au mariage. Le mari est donc officiellement, légalement, associé à la tutelle de sa femme, il devient cotuteur.

Si maintenant le conseil de famille estime qu'il n'y a pas lieu de conserver la tutelle à la mère remariée, il la destitue et il doit procéder à la nomination d'un nouveau tuteur. Mais en ce cas, ne l'oublions pas, la mère remariée conserve la puissance paternelle à l'égard de ses enfants du premier lit; elle perd simplement la tutelle, c'est-à-dire l'administration de leurs biens.

La loi a dû prévoir le cas où la mère aurait omis

Source : BIU Cujas

Du cas où la mère conserve la tutelle après son remariage, sans avoir consulté le conseil de famille.

de convoquer le conseil de famille. En pareil cas, il y a une sanction. L'art. 395, al. 2, décide qu'à défaut de convocation du conseil de famille, la mère perd la tutelle de plein droit. Il déclare en outre le second mari responsable "des suites de la tutelle indûment conservée".

Mais il peut arriver que la mère conserve la tutelle. C'est au bout d'un certain temps seulement que quelqu'un réclame peut-être seulement à la majorité de l'enfant surtout si la gestion n'a pas été fidèle. En pareil cas, la mère conservera sa responsabilité, ayant géré la tutelle de fait, mais le mari est déclaré en même temps responsable des suites de la tutelle indûment conservée. Le mari devient cotuteur de fait et il est responsable de la mauvaise gestion de sa femme, non seulement des faits de gestion qui sont survenus après le mariage, mais même de la gestion antérieure au mariage.

Voilà les dispositions qui ont été prises par le Code pour le cas de la mère remariée. C'était le seul cas que le Code avait envisagé, et cela se comprend puisque sous le régime du Code civil aucune autre femme ne pouvait être tutrice, sauf une grand' mère.

La cotutelle au cas de tutelle confiée à une femme mariée, ou du mariage d'une femme tutrice.

Mais depuis la loi du 20 mars 1917, les femmes peuvent être tutrices, et il fallait prévoir ce qui arriverait dans le cas où une femme tutrice viendrait à se marier ou à se remarier. On a donc ajouté une disposition à l'art. 395. Les règles sont les mêmes que lorsqu'il s'agit de la mère remariée.

En ce qui concerne la femme autre que la mère qui peut être désignée comme tutrice, deux hypothèses doivent être envisagées.

Première hypothèse : la femme qui est désignée comme tutrice par le conseil de famille est déjà mariée au moment où la tutelle lui est confiée; on confie la tutelle à une femme mariée, par exemple à la soeur du mineur. L'art. 405, al. 2, dit: "La femme mariée devra obtenir l'autorisation de son mari; celui-ci sera nécessairement cotuteur". La loi estime que la femme tutrice subira l'influence de son mari, que peut-être elle se reposera sur lui en fait de la gestion de la tutelle, c'est pourquoi la loi décide que le mari sera cotuteur de plein droit. Bien entendu, la loi du 18 Février 1938 n'a rien changé à cela; l'autorisation du mari est toujours nécessaire à la femme, puisque la conséquence est que le mari est nécessairement cotuteur.

Deuxième hypothèse : la femme, qui lors de sa désignation comme tutrice était célibataire, ou veuve,

Source : BIU Cujas

ou divorcée, se marie ou se remarie alors qu'elle est tutrice. L'art. 395 lui fait alors la même obligation qu'à la mère survivante qui se remarie; elle doit convoquer le conseil de famille qui aura à apprécier si cette femme doit ou non conserver la tutelle. Si le conseil de famille retire la tutelle à la femme, il doit désigner un autre tuteur. S'il la lui conserve, le second mari de cette femme devient nécessairement cotuteur. La même sanction que nous avons vue plus haut est infligée à la femme qui conserverait indûment la tutelle, sans avoir convoqué le conseil de famille; en pareil cas, le mari encourrerait également la même sanction, il serait responsable de tous les actes accomplis par sa femme en qualité de tutrice, même faits antérieurement au mariage.

Gestion de la cotutelle; concours du cotuteur et de la cotutrice aux actes.

Quelle est la situation respective du tuteur et du cotuteur? Lorsque le mari et la femme sont cotuteurs, ils doivent en principe passer concurremment tous les actes relatifs à la tutelle; l'un ne peut rien faire sans l'autre. Par exemple, si on vend un bien du mineur, il faut qu'il soit spécifié que la vente a été faite par la tutrice et le cotuteur. L'acte qui serait fait par la femme seule ne serait pas valable et il en serait de même de l'acte fait par le cotuteur seul; il faut qu'ils agissent ensemble.

Fin de la cotutelle.

La cotutelle prend fin en cas de décès, d'interdiction ou d'internement du mari, ou encore en cas de divorce ou de séparation de corps. Dans ces cas la femme reste tutrice mais le mari cesse d'être cotuteur. En effet, en cas de décès, d'interdiction ou d'internement du mari, ou en cas de divorce ou de séparation de corps, il n'y a plus de crainte que le mari gère en fait la tutelle, les époux sont séparés; dans les autres cas (décès, internement) il n'y a plus lieu de redouter l'ingérence du mari.

Mais supposons que le mari vienne à être destitué comme indigne, ou encore supposons que le mari puisse invoquer une cause d'excuse qui lui permette de se décharger de la tutelle. La femme perd en même temps la tutelle, parce que la loi ne veut pas, si les époux vivent ensemble que le mari puisse en fait gérer la tutelle sans en avoir la responsabilité. Si donc le mari est destitué ou s'il invoque une cause d'excuse qui lui permette de se décharger de la tutelle, il fait perdre en même temps la tutelle à sa femme.

Cas où il y a lieu de nommer un tuteur ad hoc.

On apelle "tuteur ad hoc" un tuteur nommé au pupille par le conseil de famille à l'effet de le représenter dans un acte déterminé. Il y a lieu à nomination d'un tuteur ad hoc dans certains cas. Lorsque l'enfant

Source : BIU Cujas

est l'objet d'une action en désaveu de la part du mari de sa mère, le conseil de famille doit lui désigner un tuteur ad hoc, qui soutiendra la défense de l'enfant à côté de la mère.

Il en est ainsi encore, d'après l'art. 838, lorsqu'il y a plusieurs mineurs qui ont des intérêts opposés dans un partage, notamment dans un partage de succession; ils ne peuvent pas être représentés par le même tuteur puisqu'il y a des intérêts opposés entre eux; on nommera à chacun d'eux un tuteur ad hoc qui n'aura de pouvoir que pour le partage. Une fois cet acte terminé, le tuteur ad hoc cessera de pouvoir représenter le mineur; sa mission prend fin avec l'affaire pour laquelle il a été désigné.

B - Le subrogé-tuteur.

Le rôle du subrogé-tuteur. Son caractère obligatoire.

Le subrogé tuteur est un personnage chargé de surveiller le tuteur et de le suppléer dans certains cas; nous verrons par la suite dans quels cas. Le subrogé tuteur est avant tout un organe de contrôle.

Il existe un subrogé tuteur dans toute tutelle sans aucune exception. C'est ce qui résulte de l'art. 420: "Dans toute tutelle, il y aura un subrogé tuteur ou une subrogée tutrice."

Obligation pour le père ou la mère investi de la tutelle ou provoquer la nomination d'un subrogé tuteur.

Par conséquent le père ou la mère survivant a toujours auprès de lui un subrogé tuteur. La loi fait même à ce père ou à cette mère une obligation de provoquer la nomination du subrogé tuteur.

L'art. 421 décide qu'en pareil cas le père ou la mère ou l'ascendant, la personne désignée comme tutrice par la loi, doit faire convoquer le conseil de famille, avant d'entrer en fonction, pour la nomination du subrogé-tuteur. Si ce tuteur, ce père ou cette mère, s'est ingéré dans la gestion avant d'avoir rempli cette formalité, le conseil de famille convoqué, soit sur la réquisition des parents, créanciers ou autres parties intéressées, soit d'office par le juge de paix, pourra, s'il y a eu dol de la part du tuteur, lui retirer la tutelle, sans préjudice des indemnités dues au mineur.

Lorsqu'il y a tutelle dative, c'est-à-dire tutelle désignée par le conseil de famille, le conseil de famille, après avoir nommé le tuteur, désigne immédiatement le subrogé-tuteur.

Nomination du subrogé-tuteur par le conseil de famille.

Le subrogé-tuteur, à la différence du tuteur, n'est jamais légal; il est toujours désigné par le conseil de famille; il n'y a pas de subrogée tutelle légale. On pourrait penser à un cas de subrogée-tutelle légale: le curateur au ventre qui devient subrogé tuteur à la nais-

Source : BIU Cujas

sance de l'enfant, mais comme il est désigné par le conseil de famille, il n'y a pas d'exception à notre règle.

En aucun cas, le tuteur, décide l'art. 423, ne peut voter pour la nomination du subrogé tuteur, qui est en effet son surveillant.

La règle des deux lignes

La loi laisse au conseil de famille la plus grande latitude pour la désignation du subrogé tuteur. La subrogée tutelle est une charge obligatoire et gratuite, comme la tutelle. Le conseil de famille peut nommer comme subrogé tuteur soit un parent du mineur, soit un étranger à la famille. Mais s'il nomme un parent, le conseil de famille doit le prendre en principe dans celle des deux lignes à laquelle le tuteur n'appartient pas (art. 423). Par exemple, c'est le père survivant qui est tuteur; si l'on désigne un parent comme subrogé tuteur, il faudra le prendre dans la ligne maternelle; et à l'inverse, si c'est la mère survivante qui est tutrice, et si le conseil de famille désigne un parent comme subrogé tuteur, il faudra le prendre dans la ligne paternelle.

Mais cette règle reçoit une exception: "hors le cas de frères germains".... Le subrogé tuteur sera pris, hors le cas de frères germains, dans celle des deux lignes à laquelle le tuteur n'appartiendra point". On a discuté sur le sens de ce texte. Cela peut vouloir dire que si le tuteur est un frère du mineur, le subrogé tuteur pourra être un autre frère; cela peut vouloir dire aussi et tout simplement que si le pupille mineur a pour tuteur son frère germain, qui est parent dans les deux lignes, c'est-à-dire le frère du même père et de la même mère, on ne sera pas obligé de prendre pour subrogé tuteur, un étranger. On pourra prendre un parent dans l'une ou l'autre ligne. Si l'on avait appliqué le texte qui exige que le subrogé tuteur soit pris dans l'autre ligne que le tuteur, lorsque le tuteur est un frère germain il aurait été nécessaire de prendre comme tuteur un étranger.

La femme subrogée-tutrice; inutilité de l'autorisation du mari.

Avant la loi du 20 mars 1917, les femmes ne pouvaient être subrogées tutrices. Mais la loi de 1917 a supprimé l'incapacité qui les frappait et aujourd'hui la femme pour être subrogée tutrice n'a plus besoin d'avoir l'autorisation de son mari. La loi de 1938 a supprimé la partie de l'art. 420 qui exigeait l'autorisation du mari. Il n'y a pas maniement de deniers, il n'y a pas de gestion, c'est un simple rôle de surveillance qu'assume le subrogé tuteur.

Caractère obligatoire de la charge de su-

La subrogée tutelle est une charge obligatoire, à moins que le subrogé tuteur n'ait une cause d'excuse. Les causes d'excuse sont les mêmes que pour la

Source : BIU Cujas

brogé tuteur. Les excuses.

tutelle. Mais il y a une différence cependant, c'est que les femmes ne peuvent décliner les fonctions de subrogée-tutrice, alors qu'elles peuvent toujours décliner la fonction de tutrice.

Le subrogé tuteur est sujet aux mêmes causes d'incapacité, d'exclusion et de destitution que le tuteur.

C - Le conseil de famille

Le conseil de famille est une assemblée de parents et alliés du mineur, assemblée présidée par le juge de paix.

Le rôle du C. d. F.; ses caractères.

Le conseil de famille a pour mission de nommer ou de destituer le tuteur ou le subrogé tuteur. Il a pour mission encore de surveiller la gestion du tuteur et de l'autoriser à faire certains actes juridiques que le tuteur ne peut pas faire seul. D'une façon générale, le conseil de famille est l'organe supérieur de la tutelle, l'organe directeur, l'organe délibérant, alors que le tuteur n'est bien souvent que le pouvoir exécutif. Le tuteur a des pouvoirs propres, il n'est pas toujours obligé de demander l'autorisation du conseil de famille, il peut faire des actes d'administration courante, et même d'autres actes, mais dans bien des cas le tuteur étant obligé d'avoir l'autorisation du conseil de famille ne fait qu'exécuter les décisions de ce conseil.

Le conseil de famille n'est pas un organe permanent, et c'est bien là une des causes de sa faiblesse. Il doit être constitué de nouveau chaque fois qu'il est nécessaire de le convoquer. Assurément, la supériorité des législations comme celle des trois départements recouvrés, est qu'elle ont institué un organe de surveillance et de direction permanent, le juge des tutelles.

Composition du C. d. F. Nombre de membres; le principe d'égalité entre les lignes.

Comment est <u>composé</u> le conseil de famille? La loi a déterminé avec une grande minutie, les règles de composition du conseil de famille; articles 407 à 410 et 416 du Code civil.

Le conseil de famille se compose :

1° - Du <u>juge de paix;</u> le juge de paix du canton du domicile du mineur, domicile paternel, qui joue le rôle de président et qui a voix prépondérante en cas de partage.

2° - De <u>six parents</u> ou <u>alliés</u> ou, le cas échéant, amis de la famille du mineur.

Donc, en principe, sept personnes, le juge de paix plus six parents ou alliés ou amis.

Toutefois, le conseil de famille peut se composer

Source : BIU Cujas

d'un plus grand nombre de parents ou alliés; dans le cas de l'art. 408, "les frères ou soeurs germains du mineur sont seuls exceptés de la limitation de nombre posée en l'article précédent; s'ils sont six ou au-delà, ils seront tous membres du conseil de famille". Le mineur a des frères ou soeurs germains majeurs; ils sont plus de six, ils composant tous le conseil de famille, on ne peut pas faire un choix entre eux.

Un grand principe qui domine la composition du conseil de famille c'est celui de l'égalité entre les deux lignes, paternelle et maternelle, principe qui domine non seulement le droit des tutelles, mais le droit des successions.

Article 407 : "Le conseil de famille sera composé non compris le juge de paix, de six parents ou alliés de l'un ou de l'autre sexe, pris tant dans la commune où la tutelle sera ouverte.....etc.., moitié du côté paternel, moitié du côté maternel, suivant l'ordre de proximité dans chaque ligne". Lorsque les parents d'une ligne font défaut ou ne sont pas en nombre suffisant, on ne peut les compléter en faisant appel aux membres de l'autre ligne; il faut qu'il y ait égalité entre les deux lignes. S'il n'y a qu'un ou deux parents d'une des deux lignes, on appelle des personnes amies des père et mère du mineur. On ne veut pas que l'une des deux lignes ait la prépondérance sur l'autre

Désignation des membres du conseil de famille

Les personnes appelées à faire partie du conseil de famille sont désignées par le juge de paix dont le choix n'est pas absolument libre.

"Le conseil de famille, dit l'art. 407 , est composé de six parents ou alliés de l'un ou de l'autre sexe, pris tant dans la commune où la tutelle sera ouverte que dans la distance de deux myriamètres, moitié du côté paternel, moitié du côté maternel, suivant l'ordre de proximité dans chaque ligne".

Il faut s'occuper de savoir s'il y a des parents dans la commune ou dans un rayon de 20 Kms; on les choisira suivant l'ordre de proximité dans chaque ligne. On choisit les parents ou alliés les plus proches en degré. Les parents ou alliés les plus proches en degré l'emportent sur les autres; à égalité de degré on préfère le parent à l'allié; par exemple la soeur du mineur est préférée à son mari qui n'est que le beau frère.

D'autre part, le mari et la femme ne peuvent faire partie du même conseil de famille.

Si on ne trouve pas sur place ou dans la distance de 20 Kms des parents ou alliés en nombre suffisant dans une ligne ou dans les deux, le juge peut appeler soit des parents ou alliés domiciliés à de plus gran

Source : BIU Cujas

distances, soit dans la commune même des citoyens connus pour avoir eu des relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère du mineur (art.409).

D'autre part, l'art. 410 permet toujours au juge de paix, lors même qu'il y aurait sur les lieux un nombre suffisant de parents ou alliés, de citer, à quelque distance qu'ils soient domiciliés, des parents ou alliés plus proches en degrés ou de mêmes degrés que les parents ou alliés présents.

Incapacités Exclusions

Certaines personnes sont exclues des conseils de famille soit à raison de leur incapacité naturelle, mineurs ou interdits, soit à raison de leur indignité. Les causes d'exclusion du conseil de famille sont les mêmes que les causes d'exclusion des fonctions de tuteur ou de subrogé tuteur.

Sanctions de la composition irrégulière du conseil de famille. Distinction suivant que les intérêts du mineur en souffrent ou non préjudice

Qu'arrive-t-il lorsque le conseil de famille n'a pas été convoqué conformément à la loi? Par exemple il y a inégalité entre les deux lignes; ou bien on n'a pas choisi les parents les plus proches en degré, alors qu'ils étaient à proximité, on a fait appel à des cousins éloignés qui habitaient beaucoup plus loin. En l'absence de texte, la jurisprudence fait une distinction. Si l'irrégularité n'est pas préjudiciable au mineur, aucune nullité n'est attachée à cette irrégularité; le tribunal refusera de prononcer la nullité du moment que le mineur n'a subi aucun préjudice du fait de la désignation irrégulière. Il en est autrement lorsque l'irrégularité a eu pour but ou pour résultat de nuire aux intérêts du mineur;en pareil cas,la délibération du conseil de famille doit être annulée(Cassation, 7 Avril 1910, Dalloz 1910.1.301).

Convocation et délibération; représentation des membres du c. de f.

La loi a fixé d'une manière précise les règles de convocation et de délibération du conseil de famille (art. 411 et ss.). Il faut que les membres du conseil de famille soient cités à comparaître et qu'il y ait un certain intervalle entre la citation et la comparution . C'est une obligation pour toute personne convoquée par le juge de paix d'assister à la délibération du conseil de famille ou de s'y faire représenter; malheureusement trop de gens abusent du droit de se faire représenter par un mandataire quelconque, clerc de notaire ou clerc d'avoué. L'obligation d'assister à la délibération ou de se faire représenter est sanctionnée par une amende, qui ne peut excéder cinquante francs, et prononcée sans appel par le juge de paix, à moins que le membre défaillant n'ait une excuse, qu'apprécie le juge de paix.

Lieu de réunion du c. de f. Son importance

Le lieu de réunion du conseil de famille est le lieu où le mineur était domicilié au moment où la tutelle s'est ouverte, c'est-à-dire le lieu du domicile légal

Source : BIU Cujas

Réunion au lieu d'ouverture de la tutelle, pour l'organisation de celle-ci, et pour toute autre question au domicile du pupille.

du mineur, le lieu du domicile paternel. Mais il y a une difficulté, que n'a pas résolue la loi sur le point de savoir si le lieu de réunion du conseil de famille est immuable pendant toute la durée de la tutelle, ou si au contraire il ne doit pas se déplacer en même temps que le domicile du mineur.

Il y a là une question qui a une certaine importance pratique, parce que la composition du conseil de famille peut varier suivant le lieu de la réunion, puisqu'il y a ici une question de distance.

La question est importante lorsque le tuteur est un fonctionnaire qui est appelé à se déplacer. Par exemple la tutelle s'est ouverte à Lille, où le père, tuteur, était magistrat, domicilié à Lille, au jour de l'ouverture de la tutelle; ce magistrat est ensuite nommé à Toulouse; lorsqu'il s'agira de réunir le conseil de famille, faudra-t-il toujours le réunir à Lille? Ou bien le conseil de famille pourra-t-il être réuni à Toulouse? Cette dernière solution est la plus commode pour le père, mais dans certains cas on peut craindre que le tuteur ne modifie son domicile de manière à modifier la composition du conseil de famille; on peut craindre des fraudes.

La jurisprudence s'est décidée pour une distinction plus ou moins arbitraire, qui ne repose pas sur la loi. La jurisprudence décide que le conseil de famille doit être convoqué au lieu de l'ouverture de la tutelle toutes les fois qu'il s'agit de nommer le tuteur ou le subrogé tuteur, ou de pourvoir à leur remplacement. (Cassation, 2 Mars 1869). Mais lorsqu'il y a lieu uniquement de statuer sur une affaire concernant la gestion du tuteur, d'autoriser à passer un acte, on admet que le conseil de famille puisse être réuni au lieu où se trouve actuellement le domicile du mineur.

D - Le tribunal -

Le tribunal qui est appelé à jouer un rôle en matière de tutelle, c'est le tribunal de première instance.

Extension du rôle du tribunal depuis le C.C. Homologation et pouvoirs de haute tutelle

D'après le Code civil, le rôle de ce tribunal était assez restreint; il intervenait uniquement pour homologuer certaines décisions du conseil de famille, par exemple celles qui autorisent l'aliénation d'un immeuble du mineur; en effet pour aliéner un immeuble le tuteur a besoin de l'autorisation du conseil de famille et il faut que cette autorisation soit homologuée par le tribunal .

En outre, le Code civil reconnaissait au tribunal le droit de statuer sur la réclamation du tuteur qui avait été exclu ou destitué de la tutelle.

Source : BIU Cujas

Mais le rôle du tribunal s'est trouvé singulièrement élargi à la suite de la promulgation du Code de procédure civile. Nous trouvons en effet dans le C.Pr.C. un article 883, qui décide que toutes les fois que les délibérations du conseil de famille ne seront pas prises à l'unanimité, l'avis de chacun des membres, sera mentionné dans le procès-verbal et en pareil cas le tuteur, le subrogé tuteur et même les membres de l assemblée pourront se pourvoir contre la délibération.

Recours devant le tribunal contre la décision non unanime du c. de f.

Il s'agit ici de délibérations qui ne sont pas soumises à l'homologation du tribunal. Le conseil de famille a pris une décision. Y a-t-il un recours contre cette décision? Le tuteur a-t-il un recours contre cette décision, ou bien l'un des membres de la minorité du conseil de famille peut-il avoir un recours contre cette décision? L'art. 883 admet ce recours. Toutes les fois que la délibération du conseil de famille n'a pas été unanime, le tribunal peut être saisi d'un recours et il peut modifier la décision du conseil de famille. Cela revient à faire du tribunal civil le juge d'appel des décisions du conseil de famille et on investit ainsi l'autorité judiciaire d'un rôle de haute tutelle.

Il a même été jugé par certains arrêts que le recours au tribunal était possible quand la décision du conseil de famille a été prise à l'unanimité; en pareil cas le tuteur pourrait se pourvoir contre la décision du conseil de famille.

Décisions souveraines

Cependant la jurisprudence fait une distinction. D'après la jurisprudence la plus récente, le recours au tribunal contre la décision du conseil de famille n'est possible qu'à l'encontre des décisions de ce conseil concernant la gestion du patrimoine du mineur. Au contraire le conseil de famille, d'après la jurisprudence, statue souverainement et sans aucun recours possible au tribunal pour tout ce qui concerne d'abord le gouvernement de la personne du mineur et également toutes les fois qu'il s'agit d'une décision concernant le personnel de la tutelle. Par exemple est souveraine la décision qui nomme le tuteur, ou le subrogé tuteur, ou encore la décision relative au remplacement de la mère qui va se remarier. La jurisprudence considère que ces décisions-là sont sans recours possible.

Elle en donne comme raison que ces décisions du conseil de famille relatives à la nomination du personnel de la tutelle ou au remplacement de la mère tutrice n'ont pas à être motivées, ce sont des décisions souveraines. De même la décision du conseil de famille qui accorde ou qui refuse au mineur le droit de se

Source : BIU Cujas

marier, décision souveraine qui n'a pas à être motivée; aucun recours possible contre ces décisions. Au contraire les décisions du conseil de famille relatives à la gestion du patrimoine du mineur doivent être motivées; on en conclu qu'un recours est possible contre de semblables décisions.

2 - Le fonctionnement de la tutelle

En ce qui concerne le fonctionnement de la tutelle, il faut envisager deux points de vue: celui du gouvernement de la personne du mineur, et celui de la gestion de son patrimoine.

A-Gouvernement de la personne du pupille.

A - En ce qui concerne le gouvernement de la personne du mineur, une distinction essentielle doit être faite, suivant qu'un seul des père et mère est décédé ou qu'ils sont décédés l'un et l'autre.

1- Décès d'un seul des parents, coexistence de la puissance paternelle et de la tutelle

1°- Premier cas: un seul des père et mère est décédé. En pareil cas, nous trouvons deux institutions qui coexistent et qu'il importe de ne pas confondre: la puissance paternelle et la tutelle.

Lorsqu'un des père et mère survit, lui seul exerce vis-à-vis des enfants mineurs la puissance paternelle. Mais en ce qui concerne au contraire l'administration de ses biens, le mineur est placé sous le régime de la tutelle. Il y a donc coexistence de la puissance paternelle et de la tutelle.

La coexistence de la puissance paternelle et de la tutelle n'a pas toujours été admise en France; elle n'est pas admise dans bon nombre de législations étrangères.

En France, au XIIIème siècle, on admet encore que la tutelle n'a de raison d'être que pour remplacer la puissance paternelle; on n'admet pas que les deux régimes existent ensemble. L'idée d'une tutelle organisée dès le décès de l'un des père et mère et coexistant avec la puissance paternelle n'est apparue qu'assez tardivement, en droit coutumier.

C'est une source de complications que n'admettent pas certaines législations étrangères pour lesquelles la tutelle ne s'ouvre que lorsque le père et la mère sont l'un et l'autre décédés. C'est le cas de la législation allemande ou de la législation suisse ou de la législation italienne.

Dans notre droit les deux institutions coexistent lorsque l'un des père et mère survit. Il faut alors faire le départ de ce qui ressortit à la puissance paternelle et de ce qui relève de la tutelle. Ce sont deux institutions bien distinctes.

Source : BIU Cujas

Exercice de la puissance paternelle par le parent survivant, sur la personne de l'enfant.

Au point de vue de la personne du mineur, le père ou la mère survivant conserve tous les droits afférents à la puissance paternelle, le droit de surveillance et d'éducation, le droit de garde, le droit de correction, le droit d'émancipation, le droit de consentir au mariage. En tant qu'il exerce la puissance paternelle, le père ou la mère survivant est absolument indépendant du conseil de famille: notamment, à supposer que le père ou la mère qui serait en même temps tuteur, soit destitué de la tutelle par le conseil de famille, il conserve l'exercice de la puissance paternelle, et notamment le droit de garde, ou le droit de correction.

Jouissance légale du parent survivant. Fonctionnement de la tutelle pour les biens

En ce qui concerne les biens, le père ou la père titulaire de la puissance paternelle conserve la jouissance légale. Si la tutelle est confiée à un autre que le père ou la mère, ce tuteur doit se cantonner exclusivement dans l'administration des biens, sauf à remettre les revenus au père ou àla mère titulaire de la jouissance légale.

Tel est le système français; il est compliqué, il n'est pas à l'abri de la critique. Evidemment on invoque à l'appui de la législation française, qui ouvre la tutelle dès la mort de l'un des père et mère, cet argument que, tant que le père et la mère existent, l'enfant qui a rarement des biens, trouve une garantie dans le contrôle de la mère sur la puissance paternelle. Mais dès que l'un des deux vient à faire défaut, il est nécessaire, en ce qui concerne les biens tout au moins d'avoir un régime offrant une garantie; c'est la tutelle. Mais par contre en ce qui concerne la personne, rien n'est changé; la situation de ce mineur n'est pas modifiée par le prédécès de son père ou de sa mère, il reste sous la puissance paternelle.

En un mot, la loi s'attache à protéger l'enfant d'une manière beaucoup plus efficace en ce qui concerne ses biens qu'en ce qui concerne sa personne. Si l'on voulait être logique avec le point de départ du droit français, on devrait admettre l'ouverture de la tutelle dès le divorce ou la séparation de corps, puisque le ménage n'existe plus et qu'il n'y a plus à compter sur contrôle de la mère.

Les deux situations possibles: a) exercice indépendant de la puissance paternelle et de la tutelle par le parent

Deux situations peuvent se présenter en cas de prédécès de l'un des père et mère:

a) la situation normale: c'est le survivant des père et mère qui exerce la tutelle légale. Le survivant est de plein droit tuteur. En ce cas, les deux pouvoirs puissance paternelle et tutelle, se trouvent réunis entre les mains du survivant. Mais en ce qui concerne la personne du mineur, ce survivant exerce la puissance

Source : BIU Cujas

paternelle en qualité de père ou mère, et non en qualité de tuteur, distinction qui a son importance. En effet, le père ou la mère survivant, lorsqu'il exerce la puissance paternelle vis-à-vis de l'enfant, est indépendant du conseil de famille. Le conseil n'a à s'immiscer ni directement, ni indirectement dans l'exercice de la puissance paternelle. A supposer que le père ou la mère survivant soit destitué de la tutelle, il conserve les droits de la puissance paternelle, à moins que le tribunal ne prononce la déchéance.

b)Exercice séparé de la puissance paternelle par l'auteur survivant et de la tutelle par le tuteur datif

b) Situation exceptionnelle: le survivant des père et mère n'exerce pas les fonctions de tuteur, soit parce qu'il s'est fait excuser, soit parce qu'il a été exclu ou destitué. En pareil cas, le conseil de famille a nommé à l'enfant un tuteur datif. Dans ce cas la puissance paternelle et la tutelle sont séparées; elles sont entre des mains différentes. C'est le père ou la mère survivant qui exerce la puissance paternelle sur l'enfant; le tuteur n'a à s'occuper que de la gestion du patrimoine. Il doit remettre les revenus au père ou à la mère, titulaire de la jouissance légale .

Telle est la situation lorsque le père ou la mère survit. En ce qui concerne l'exercice de la puissance paternelle, dans ce cas, la mère est aujourd'hui placée sur un pied d'égalité avec le père.

Exercice du droit de correction par le survivant des père et mère. Pouvoirs identiques de l'un ou de l'autre depuis la loi de 1938

Jusqu'à la loi du 18 Février 1938 la père survivante voyait restreint son droit de correction. Mais aujourd'hui cela est changé, l'article 381 qui ne lui permettait d'obtenir le placement de son enfant qu'avec le concours des deux plus proches parents paternels, a été abrogé par la loi du 18 Février 1938, Le père ou la mère survivant exerce le droit de correction de la même manière, par voie de réquisition ou par voie d'autorité, suivant les distinctions que nous avons faites.

A signaler encore que lorsque le père ou la mère survivant est remarié, il ne peut plus exercer le droit de correction que par voie de réquisition (art. 380). Autrefois la mère survivante et remariée ne pouvait exercer le droit de correction que comme tutrice, comme peut le faire un tuteur. Aujourd'hui, l'art. 381 est supprimé, et par conséquent la mère survivante exerce le droit de correction exactement comme le père. Si elle n'est pas remariée, elle l'exerce soit par voie de réquisition, soit par voie d'autorité. Si elle est remariée, de même que le père remarié, elle ne peut plus exercer le droit de correction que par voie de réquisition.

Source : BIU Cujas

2-Tutelle des ascendants ou référé par le Conseil de famille Disparition de la puissance paternelle

2°- Deuxième cas: le père et la mère sont l'un et l'autre décédés, ou l'un et l'autre déchus de la puissance paternelle. En pareil cas, le tuteur a le gouvernement de la personne du mineur.

Quelles sont alors les fonctions du tuteur? En ce qui concerne la gestion des biens de l'enfant, il n'y a rien de modifié. Mais le tuteur a des obligations à remplir en ce qui concerne la personne du mineur. Ce dernier ayant perdu son père et sa mère n'est plus soumis à la puissance paternelle; celle-ci est la prérogative exclusive des père et mère. Il est placé en tutelle, non seulement quant à ses biens mais quant à sa personne.

Obligation et pouvoirs du tuteur quant au gouvernement de la personne du tuteur

Quelles sont les obligations et les pouvoirs du tuteur sur la personne du mineur? L'art. 450 décide que le tuteur prendra soin de la personne du mineur. C'est donc à lui qu'incombe l'obligation qui pèse naturellement sur les père et mère d'éduquer et d'entretenir l'enfant. Mais le tuteur n'est pas tenu de le faire dans les mêmes conditions que les père et mère. Le tuteur n'est pas obligé de payer de ses propres deniers les frais d'éducation et d'entretien, à moins qu'il ne soit un ascendant tenu à l'obligation alimentaire envers l'enfant.

Soin de la personne du pupille; devoir d'éducation; droit de garde.

Le tuteur n'est tenu de faire donner au mineur qu'une éducation en rapport avec les ressources de ce dernier. Si même l'enfant est sans ressources, le tuteur peut le placer dans un hospice ou le mettre en apprentissage. Lorsque le tuteur élève l'enfant chez lui il exerce sur lui le droit de garde, avec toutes les prérogatives qui en résultent.

Contrôle du conseil de famille; fixation du budget du mineur, éducation du pupille

D'une façon générale, le tuteur, en tant qu'il a à s'occuper de la personne du mineur ne jouit pas d'un pouvoir exclusif, à la différence du père ou de la mère. Le tuteur est soumis en ce qui concerne la personne du mineur comme en ce qui concerne les biens au contrôle du conseil de famille. L'art. 454 décide que lors de l'entrée en exercice de toute tutelle, autre que celle des père et mère, le conseil de famille règlera, par aperçu et selon l'importance des biens régis, la somme à laquelle pourra s'élever la dépense annuelle du mineur ainsi que celle d'administration de ses biens. En un mot, d'après cette disposition, c'est le conseil de famille qui règle le budget du mineur, et il la règle bien entendu d'après ses ressources.

Ce texte donne au conseil de famille le droit d'imprimer une direction générale à l'éducation du mineur. Le conseil de famille ayant à fixer le budget du mineur, se trouve par cela même appelé à déterminer le but et l'objet de cette dépense, par conséquent le

Source : BIU Cujas

genre d'éducation qui sera donnée à l'enfant; alors que le père ou la mère est libre, indépendant du conseil de famille, au contraire le tuteur est à cet égard sous la dépendance de cet organisme.

Contrôle du C.de f. quant à l'exercice du droit de correction

D'autre part, certains droits qui appartiennent normalement au père ou à la mère ne peuvent être exercés par le tuteur ou ne peuvent l'être que sous le contrôle du conseil de famille. C'est le cas du droit de correction. Le tuteur a le droit de correction; il peut demander le placement du pupille; mais la loi exige (art. 468) que le tuteur n'exerce le droit de correction qu'à la condition d'être autorisé par une décision du conseil de famille prise à l'unanimité. A ce point de vue le mineur a toute garantie, puisque la loi exige une décision du conseil de famille prise à l'unanimité, y compris par conséquent la voix du juge de paix. On peut être assuré que le conseil de famille ne prendra cette décision que s'il y a réellement des raisons graves de demander le placement du mineur par voie de correction. D'ailleurs en pareil cas le tuteur ne peut jamais agir par voie de réquisition.

Mariage du pupille

D'autre part, en ce qui concerne le mariage, on sait que ce n'est pas le tuteur qui est appelé à consentir au mariage du mineur, c'est le conseil de famille, en l'absence des père et mère ou autres ascendants. Le tuteur a simplement le droit le cas échéant de faire opposition au mariage. Nous avons vu à cet égard l'art. 175 qui n'autorise le tuteur à faire opposition au mariage que dans les deux cas prévus par l'art. 174 et encore à la condition qu'il soit autorisé par le conseil de famille.

Ainsi les droits du tuteur sont singulièrement restreints par rapport à ceux qui appartiennent au père ou à la mère exerçant la puissance paternelle.

B-Gestion du patrimoine

B) Pouvoirs du tuteur en ce qui concerne la gestion du patrimoine du mineur. Ici il n'y a pas en principe, et sauf exceptions , à distinguer suivant que la tutelle appartient au père ou à la mère survivant ou à toute autre personne. En ce qui concerne l'administration du patrimoine du mineur, le tuteur quel qu'il soit est en principe soumis à toutes les obligations que nous allons indiquer; lorsqu'il y aura une différence en faveur du père ou de la mère qui exerce les fonctions de tuteur, elle sera indiquée.

La représentation du pupille

Quels sont les pouvoirs et les obligations du tuteur? Le principe est posé dans l'art. 450, alinéa 1er le tuteur représentera le mineur dans tous les actes civils. le tuteur est institué représentant légal du mineur, c'est-à-dire qu'il agit au nom et pour le

Source : BIU Cujas

compte de ce mineur sans que celui-ci ait à figurer personnellement à l'acte. C'est ce qui caractérise la représentation. Tous les actes ainsi accomplis par le tuteur dans les limites de ses pouvoirs sont considérés comme faits par le mineur lui-même et lui sont opposables. Tout se passe comme si le mineur lui-même avait passé l'acte. C'est la conséquence de la représentation: tous les actes faits par le représentant produisent leurs effets dans le patrimoine du représentant. En définitive, dans notre droit, le mineur, quel que soit son âge, alors même qu'il serait tout près de sa majorité, ne joue aucun rôle en principe dans les affaires où il est intéressé.

Les différents modes de protection, des incapables: représentation, assistance, autorisation

Il convient de présenter ici quelques explications sur les différents systèmes qui sont admis par la loi, les différents modes de protection des incapables. Nous venons de voir que le mineur est placé en principe sous le régime de la représentation; il ne figure pas lui-même aux actes dans lesquels il est intéressé, c'est son tuteur qui parle pour lui, qui passe l'acte, en indiquant bien entendu qu'il agit en qualité de tuteur.

La représentation dans notre droit s'applique aux incapables qu'on veut protéger d'une manière particulièrement efficace, en général parce qu'ils sont hors d'état d'agir eux-mêmes. C'est le système qui est applicable aux mineurs non émancipés et aux interdits. Ni les uns ni les autres ne figurent en principe aux actes dans lesquels ils sont intéressés; ils y sont représentés par leurs tuteurs. En vertu de la représentation les actes accomplis par le représentant produisent leurs effets au regard du représenté comme si celui-ci avait agi personnellement. Le tuteur est un représentant légal et un administrateur du patrimoine d'autrui; il est chargé d'administrer le patrimoine du mineur.

Mais ce n'est pas le seul mode de protection des incapables que connaisse notre droit. C'est le mode le plus énergique, le plus efficace, celui qui assure de la manière la plus efficace la protection des intérêts du mineur. D'autres incapables sont soit sous le régime de l'assistance, soit sous le régime de l'autorisation.

Notre droit connaît en définitive trois modes de protection des incapables: la représentation qui est applicable aux mineurs non émancipés et aux interdits, l'assistance et l'autorisation.

Incapables soumis au régime de l'assistance

Sont placés sous le régime de l'assistance les mineurs émancipés et les personnes pourvues d'un conseil judiciaire. Sous le régime de l'assistance l'incapable figure lui-même à l'acte, mais son curateur ou

Source : BIU Cujas

son conseil judiciaire doit y être présent; il doit être à ses côtés, l'assister, et mention doit en être faite à l'acte. L'assistance par conséquent suppose le concours continu à l'acte de la part du curateur ou de la part du conseil. C'est le mineur émancipé, l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, qui figure à l'acte, mais avec l'assistance de son curateur ou de son conseil judiciaire.

Incapables soumis à l'autorisation

Quant à l'autorisation, c'est un régime moins énergique. Elle suppose l'assentiment donné d'avance à un acte par la personne chargée de protéger l'incapable. Il n'est pas nécessaire, en un mot, que celui qui donne l'autorisation soit présent à l'acte; il suffit qu'il donne cette autorisation par écrit avant que l'acte n'ait été passé. L'autorisation doit évidemment être antérieure à l'acte; donnée postérieurement à l'acte ce ne serait plus une autorisation, ce pourrait être une ratification, mais l'acte aurait été irrégulièrement fait.

En fait, il n'est pas toujours facile de distinguer l'assistance et l'autorisation. Nous avons vu en effet que, dans les cas où la femme reste incapable, le mari peut donner son autorisation en concourant lui-même à l'acte; en pareil cas c'est une sorte d'assistance. Mais théoriquement les deux régimes doivent être séparés.

Quels sont les incapables qui sont sous le régime de l'autorisation? Ce sont en principe les femmes mariées dans la mesure où elles conservent aujourd'hui une certaine incapacité.

Différence entre les 3 régimes quant au maniement des deniers de l'incapable

En tous cas, les personnes chargées d'autoriser ou d'assister ne sont pas chargées d'administrer; elles ne manient pas les valeurs, les deniers de l'incapable. Il n'y a qu'une personne qui soit chargée du maniement des deniers, c'est le tuteur, représentant; ni le conseil judiciaire, ni le curateur du mineur émancipé, ni le mari chargé de donner l'autorisation, ne manient les deniers ou le patrimoine de l'incapable; le mari le fait sous le régime de la communauté, mais en tant que chef de la communauté et non en tant que chargé d'autoriser sa femme.

Tels sont les trois régimes sous lesquels se trouvent les incapables.

Le principe de la représentation dans la tutelle. Exceptions qu'il comporte :

En ce qui concerne le mineur, le principe c'est la représentation, mais ce principe comporte deux catégories d'exceptions.

En premier lieu, il est certains actes, peu nombreux d'ailleurs, pour lesquels le mineur a pleine capacité et qu'il peut par conséquent accomplir seul.

Source : BIU Cujas

actes pour lesquels le mineur est capable

Ces actes, nous les avons déjà vus en traitant de l'incapacité des mineurs. Il y a par exemple les actes conservatoires, la reconnaissance d'un enfant naturel, le dépôt de sommes à la Caisse d'épargne, et dans une certaine mesure à partir de 16 ans, le retrait des sommes déposées.

Actes requérant la présence personnelle du mineur autorisé ou assisté

Il est une seconde catégorie, d'actes dans lesquels le mineur doit figurer personnellement, avec l'autorisation ou l'assistance de son tuteur ou d'autres personnes désignées par la loi. Ici le mineur sera placé exceptionnellement sous le régime de l'assistance ou sous le régime de l'autorisation. Il en est ainsi d'abord en matière de mariage. Lorsque le mineur se marie, c'est lui qui personnellement doit figurer devant l'officier de l'état civil en justifiant de l'autorisation des personnes qui sont appelées à consentir à son mariage. C'est le régime de l'autorisation. En ce qui concerne le contrat de mariage du mineur, c'est au contraire le régime de l'assistance. L'art. 1398 décide en effet que le mineur habile à contracter mariage est habile à consentir toutes les conventions dont ce contrat est susceptible et ces conventions sont valables pourvu qu'il ait été assisté dans le contrat des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage. Par conséquent le mineur figure lui-même devant le notaire qui reçoit son contrat de mariage, mais il doit être assisté de la personne ou des personnes appelées à consentir à son mariage.

De même en cas d'engagement volontaire, c'est le régime de l'autorisation. Le mineur, âgé de moins de vingt ans, lorsqu'il s'engage volontairement, signe lui-même son acte d'engagement, mais il doit justifier de l'autorisation de son père, de sa mère ou de son tuteur.

En matière judiciaire, si le mineur est appelé seul à défendre à une action pénale, c'est lui qui doit comparaître personnellement devant le tribunal correctionnel, cour d'assises, ou tribunal de simple police.

Ces exceptions mises à part, c'est le tuteur qui représente le mineur.

Obligations du tuteur

Quelles sont les obligations du tuteur? La loi impose au tuteur :

1°- Certaines obligations au moment de son entrée en charge;

2°- certaines prescriptions à observer au cours de la tutelle.

Nous avons donc: 1°- les obligations du tuteur lors de son entrée en charge, et 2°- les obligations du tuteur au cours de la tutelle.

Source : BIU Cujas

1°- A son entrée en charge

1°- Lors de son entrée en charge, la loi impose au tuteur certaines obligations.

a)Levée des scellés

Tout d'abord le tuteur doit (art. 451, § 1) dans les dix jours qui suivront celui de sa nomination, requérir la levée des scellés, s'ils ont été apposés. N'oublions pas, en effet, que la tutelle s'ouvre toujours à la suite d'un décès, abstraction faite du cas de déchéance de la puissance paternelle - par conséquent les scellés ont pu être apposés, le tuteur doit requérir la levée des scellés.

b) inventaire Sa triple utilité

En second lieu, le tuteur doit faire procéder par le ministère d'un notaire à l'inventaire des biens du mineur (art. 451). Cet inventaire est absolument indispensable dans tous les cas, mais il sert le plus souvent à trois fins. Il sert d'abord à établir la consistance du patrimoine du mineur. Mais en outre cet inventaire se confond généralement avec celui qui doit être dressé en cas de dissolution de la communauté. Généralement le père ou la mère sont mariés sous le régime de la communauté. En cas de dissolution de la communauté, il y a lieu de dresser un inventaire (art. 1442). En outre, c'est la troisième fin de l'inventaire, le mineur ne peut jamais accepter une succession que sous bénéfice d'inventaire. Or, le mineur au moment où la tutelle s'ouvre, hérite de son père ou de sa mère; il y aura lieu alors pour lui ou son tuteur d'accepter la succession ou de la refuser. Un inventaire est nécessaire pour permettre de prendre parti. L'inventaire prescrit par la loi au tuteur sert donc à trois fins.

Sanction contre le père ou la mère survivant du défaut d'inventaire

La loi tient beaucoup à cet inventaire, et elle frappe d'une sanction le père ou la mère survivant qui n'y procéderait pas. L'art. 1442 décide, en effet, al. 2, que s'il y a des enfants mineurs le défaut d'inventaire fait perdre à l'époux survivant la jouissance de leurs revenus. Par conséquent, le père ou la mère survivant et le tuteur qui ne ferait pas procéder à l'inventaire prescrit par la loi perdrait le droit de jouissance légale.

Déclaration de l'inventaire du créancier du tuteur contre le pupille

Lors de cet inventaire, la loi fait une certaine obligation au tuteur (art. 451, al. 2). La loi se place dans le cas où le mineur serait débiteur du tuteur, en sa qualité d'héritier, L'art. 451 décide que s'il est dû quelque chose par le mineur au tuteur, celui-ci doit 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. En un mot, lorsque le notaire procède à l'inventaire, il doit demander au tuteur s'il est créancier du mineur; le tuteur doit, s'il a une créance, en faire la déclaration au notaire, Si le tuteur ne fait

Source : BIU Cujas

pas cette déclaration, et à supposer que par la suite il invoque cette créance, il est déchu de son droit de créancier. Pourquoi la loi impose-t-elle cette déclaration au tuteur au moment de l'inventaire et sous peine de déchéance de cette créance?

Parce que la loi a craint que le tuteur ne fasse revivre à son profit une créance éteinte en détruisant la quittance qu'il aurait donnée antérieurement au père ou à la mère du mineur et qu'il retrouverait dans les papiers de ceux-ci à l'ouverture de la créance.

C)vente aux enchères des meubles corporels, sauf décision contraire du conseil de famille.

Troisième obligation qui incombe au tuteur: c'est la vente du mobilier. Art. 452: "Dans le mois qui suivra la clôture de l'inventaire, le tuteur fera vendre en présence du subrogé tuteur aux enchères reçues par un officier public, et après les affiches ou publications dont le procès-verbal de vente fera mention, tous les meubles autres que ceux que le conseil de famille l'aurait autorisé à conserver en nature".

La tutelle s'ouvre: le mobilier doit être constaté par l'inventaire: dans le mois de l'inventaire le tuteur est obligé de vendre aux enchères tout le mobilier du mineur. Les meubles en effet sont improductifs et sujets à des causes de détérioration et de dépréciation. De là on conclut que cette disposition de l'art. 452 ne s'applique qu'aux meubles corporels. Il n'y a pas lieu de l'étendre à cette catégorie de meubles qu'on appelle les meubles incorporels. On entend par là les droits qui appartiennent au mineur, ses créances, ses rentes, les actions, les obligations et d'une manière générale toutes les valeurs mobilières qui peuvent appartenir au mineur. Ces meubles incorporels, il ne faut pas les comprendre dans la catégorie des meubles dont l'art. 452 prescrit la vente aux enchères lors de l'ouverture de la tutelle. Il n'y a pas les mêmes raisons. On vend le mobilier corporel parce qu'il s'agit de biens improductifs et sujets à des détériorations. Au contraire, les meubles incorporels ne sont pas improductifs; les rentes qui appartiennent au mineur, les titres d'actions ou d'obligations produisent des revenus, par conséquent il n'y a pas les mêmes raisons d'en prescrire la vente. L'art. 452 ne vise donc que les meubles corporels, mobilier meublant et autres objets qui peuvent appartenir au mineur.

Mais la loi ne fait pas de la vente du mobilier corporel une obligation absolue. Le conseil de famille peut autoriser le tuteur à conserver tout ou partie du mobilier, le dispenser de la vente. C'est une question à régler par le conseil de famille.

Exception en ce qui concerne le père ou la mère

D'autre part, cette obligation de vendre le mobilier corporel s'impose seulement au tuteur autre que

Source : BIU Cujas

le père ou la mère. Art. 453: "Les père et mère, tant qu'ils ont la jouissance propre et légale des biens du mineur, sont dispensés de vendre les meubles, s'ils préfèrent les garder pour les remettre en nature".

Lorsque c'est le père ou la mère qui exerce la tutelle-c'est le cas le plus fréquent - il n'est pas obligé, quand il a la jouissance légale au moins, de vendre le mobilier appartenant au mineur. Il y a là une raison de sentiment, une raison pratique. C'est qu'en pareil cas les meubles proviennent généralement de la succession du conjoint prédécédé. Or, il aurait été vraiment trop rigoureux d'obliger le conjoint survivant à vendre ses meubles parmi lesquels il a vécu peut-être pendant de longues années. Cette obligation de vendre le mobilier n'est imposée qu'au tuteur autre que le père ou la mère.

d) sauf pour les père et mère, fixation par le c.de f. du budget du pupille

Quatrième obligation qui n'est imposée également qu'au tuteur autre que le père ou la mère, articles 454 à 456: "Lors de l'entrée en exercice de toute tutelle autre que celle des père et mère, le conseil de famille doit régler par aperçu, et selon l'importance des biens régis, la somme à laquelle pourra s'élever la dépense annuelle du mineur, ainsi que celle d'administration de ses biens". En un mot, dès l'ouverture de la tutelle le tuteur est obligé de demander au conseil de famille de règler le budget du mineur, de fixer sa dépense par aperçu, de fixer notamment les sommes qui seront affectées à son éducation, à supposer que le mineur ait perdu son père et sa mère.

Il y a là un réglement budgétaire à fixer par le conseil de famille. Mais cette obligation ne s'impose pas lorsque le tuteur est le père ou la mère, et cela se comprend puisque ici le père ou la mère a en principe la jouissance légale des revenus du mineur et qu'il en dispose comme il l'entend . D'autre part, il exerce la puissance paternelle, il peut élever son enfant, l'éduquer comme il lui convient.

Fixation par le c.de f.de la somme à partir de laquelle le tuteur (autre que père ou mère) doit placer l'excédent des revenus

Autre mesure qui doit être prise par le conseil de famille, toujours dans le cas où la tutelle est déférée à un autre que le père ou la mère, article 455: "le conseil de famille, dès l'ouverture de la tutelle, doit déterminer la somme à laquelle commencera pour le tuteur l'obligation d'employer l'excédent des revenus sur la dépense: cet emploi devra être fait dans le délai de six mois, passé lequel le tuteur devra les intérêts à défaut d'emploi".

Il s'agit ici pour le conseil de famille de fixer comment s'opérera le placement des économies faites sur les revenus du mineur. Il faut supposer que les revenus du mineur soient assez élevés pour que, tou-

Source : BIU Cujas

tes les dépenses ayant été faites, il reste un excédent. Le conseil de famille aura à déterminer la somme à laquelle commencera pour le tuteur l'obligation d'employer l'excédent des revenus sur la dépense. On n'a pas voulu que le tuteur fût obligé de placer immédiatement cet excédent, quelque minime qu'il fût. Semblable placement n'aurait pu être parfois que désavantageux lorsqu'il s'agit d'une somme très minime. Il est donc préférable d'attendre que l'excédent des revenus sur les dépenses soit assez élevé pour procéder à un placement. C'est le conseil de famille qui doit fixer la somme à partir de laquelle le tuteur est obligé de placer l'excédent.

Mais cette obligation pour le conseil de famille de fixer la somme à partir de laquelle le tuteur est obligé de placer les économies du mineur excédant les revenus, ne s'impose que lorsque la tutelle est déférée à un autre que le père ou la mère. Le père ou la mère a en effet la jouissance légale; par conséquent, il est maître de disposer des revenus. Ces revenus, il se les approprie; le conseil de famille n'a aucune obligation à lui imposer. Mais il est curieux de constater que, même si la jouissance légale a pris fin, le père ou la mère n'est pas tenu de faire emploi des économies réalisées sur les revenus. Le conseil de famille n'est pas tenu de fixer la somme à partir de laquelle le père ou la mère est tenu de faire l'emploi des économies.

Voilà ce que décide la loi. Le tuteur par conséquent n'est tenu de faire l'emploi des économies que lorsque ces économies atteignent la somme fixée par le conseil de famille. Lorsqu'il en est ainsi, l'emploi doit être fait par lui dans le délai de six mois, passé lequel le tuteur doit les intérêts de plein droit.

e)conversion au nominatif des valeurs mobulières du pupille (loi 27 Février 1880)

Cinquième obligation imposée au tuteur: elle est prévue par une loi du 27 Février 1880 relative à l'aliénation des valeurs mobilières appartenant aux mineurs et aux interdits, et à la conversion de ces mêmes valeurs en titres nominatifs. La loi du 27 Février 1880 fait une obligation à tous les tuteurs , y compris le père et la mère, de convertir les titres au porteur appartenant au mineur en titres nominatifs. Ceci s'applique aux rentes, aux obligations, aux actions qui peuvent appartenir au mineur.

Tantôt ces actions ou ces obligations, ces titres de rente, sont nominatifs, c'est-à-dire que le nom du propriétaire est inscrit sur les registres de la société ou de la personne morale débitrice et que la transmission de ces obligations de ces rentes ou de ces actions ne peut avoir lieu que sur une déclaration de

Source : BIU Cujas

de transfert qui est enregistrée sur les registres de la société. Au contraire, lorsqu'il s'agit de titres au porteur, le titre porte un simple numéro et il peut être transmis de la main à la main . On comprend tout de suite qu'il peut y avoir intérêt à obliger le tuteur à convertir les titres au porteur en titres nominatifs; les titres au porteur appartiennent à celui qui en est porteur, et par conséquent laisser entre les mains du tuteur des titres au porteur appartenant au mineur ce serait faciliter les dilapidations. Le tuteur pourrait sans qu'on exige aucune justification vendre les titres appartenant au mineur. Voilà pourquoi, pour garantir le mineur contre ces dilapidations, la loi exige que le tuteur fasse procéder à la mise au nominatif des titres au porteur appartenant au mineur. Le tuteur devra dans les trois mois qui suivront l'ouverture de la tutelle convertir en titres nominatifs les titres au porteur appartenant au mineur et dont le conseil de famille n'aurait pas jugé l'aliénation nécessaire ou utile. Le conseil de famille peut d'ailleurs fixer pour la conversion un terme plus long.

Mais la difficulté est que certaines valeurs, notamment les actions de certaines sociétés étrangères, ne peuvent revêtir que la forme au porteur. Aujourd'hui, lorsqu'il s'agit de sociétés françaises, les titres peuvent toujours être nominatifs; la loi fait une obligation à toutes les sociétés de délivrer des titres nominatifs aux actionnaires, aux obligataires qui en réclament la délivrance. Par conséquent, lorsque le mineur sera actionnaire ou obligataire d'une société française, la mise au nominatif est toujours possible. Mais le contraire peut arriver lorsqu'il s'agit de sociétés étrangères qui n'admettent pas la forme nominative. Alors, que faire lorsque le mineur est actionnaire de ces sociétés? Il y a deux moyens qui s'ouvrent au conseil de famille: (art.5, al. 4);; ou bien ordonner la vente de ces valeurs; ou bien les conserver, s'il s'agit bien entendu de valeurs excellentes, dont le maintien dans le portefeuille du mineur est désirable; mais le conseil peut en pareil cas prescrire que les titres en question seront conservés sous leur forme au porteur mais déposés au nom du mineur soit à la Caisse des Dépôts et consignations, soit entre les mains d'une personne par exemple d'un notaire, d'un banquier, ou d'une société spécialement désignée, de telle sorte que ces titres ne soient pas à la merci du tuteur.

2°- Pouvoirs et obligations du tuteur au cours de la tutelle.

Source : BIU Cujas

2-Obligation de gérer en bon père de famille Moment auquel commence cette obligation

Le tuteur est obligé de gérer le patrimoine du mineur. C'est une obligation pour lui, et cette obligation de gérer commence pour le tuteur au moment où il connaît le fait qui l'investit de la tutelle. S'il s'agit par conséquent d'un tuteur légal - cas du père ou de la mère survivant - il y a pour ce père ou cette mère obligation d'administrer en principe du jour du décès de son conjoint, qui donne ouverture à la tutelle. Cependant nous avons vu que le tuteur même légal, père ou mère, ne peut s'immiscer dans l'administration que lorsqu'il a fait nommer le subrogé tuteur; jusque là il peut faire seulement des actes conservatoires. Mais s'il s'agit d'un tuteur datif, désigné par le conseil de famille, l'obligation de gérer date du jour de sa nomination, s'il est présent au conseil de famille qui le nomme, ou du jour de la notification qui lui est faite s'il n'était pas présent au conseil de famille.

Le tuteur doit se comporter en administrateur fidèle. Ce principe est posé dans l'art. 450, al.2 : le tuteur administrera les biens du mineur en bon père de famille et répondra des dommages qui pourraient résulter d'une mauvaise gestion.

Actes interdits au tuteur à raison de l'opposition d'intérêts entre le tuteur et le pupille

Dans ce but la loi entend éviter que le tuteur se trouve pris entre ses devoirs de tuteur et ses intérêts personnels. C'est pourquoi elle interdit au tuteur trois sortes d'actes, qui créeraient chez ce tuteur un conflit entre ses devoirs de tuteur et ses intérêts particuliers.

Dans ce but, l'art. 450 interdit trois sortes d'actes:

1°- L'achat par le tuteur des biens du mineur. Le tuteur ne peut en aucun cas se rendre acquéreur des biens meubles ou immeubles du mineur.

2°- L'art. 450 interdit en principe au tuteur de prendre à bail les biens du mineur; on craint qu'il ne se consente à lui-même un bail trop avantageux. Cependant ici la défense aurait peut-être été trop sévère dans certains cas: c'est pourquoi, à la différence de l'achat des biens du mineur qui est interdit d'une manière absolue au tuteur, la loi permet au tuteur de prendre à ferme ou à bail les biens du mineur, mais à la condition qu'il y soit autorisé par le conseil de famille et que ce soit le subrogé tuteur qui fasse le bail. Le tuteur ne peut pas jouer le double rôle dans ce bail de bailleur et de locataire; c'est le subrogé tuteur qui passera le bail au tuteur.

3°- L'art. 450 interdit absolument au tuteur d'acheter aucun droit ou créance contre son pupille. Si le mineur est débiteur d'une personne, il est interdit au tuteur d'acheter à ce créancier la créance que celui-

Source : BIU Cujas

ci peut avoir contre le pupille. On craint, en effet, qu'une cession de créance étant généralement faite à vil prix, ou pour un prix inférieur au montant de la créance, le tuteur ne spécule aux dépens du mineur, qu'il achète une créance à vil prix et qu'il se rembourse à lui-même, étant administrateur du patrimoine du mineur. La cession d'une créance contre le pupille est interdite d'une manière absolue au tuteur.

Réglementation des différents actes que peut faire le tuteur Quatre espèces d'actes

Dans l'accomplissement des différents actes relatifs à l'administration des biens du pupille, quels sont les pouvoirs du tuteur? Le tuteur a des pouvoirs qui ne sont pas règlés par la loi d'une manière uniforme. Le pouvoir du tuteur est plus ou moins étendu suivant l'importance de l'acte et les dangers qu'il peut présenter pour le patrimoine du mineur. La loi distingue à ce point de vue quatre catégories d'actes :

1°- Les actes que le tuteur peut faire seul, en vertu de ses pouvoirs d'administration et sans avoir besoin d'aucune autorisation.

2°- Les actes que le tuteur ne peut faire valablement qu'avec l'autorisation du conseil de famille.

3°- Les actes que le tuteur ne peut faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille homologuée par le tribunal. Ici, deux conditions: il faut que le tuteur ait l'autorisation du conseil de famille, et que cette autorisation soit homologuée par le tribunal.

4°- Les actes qui sont absolument interdits au tuteur, même avec l'autorisation du conseil de famille, les actes qu'on ne peut faire au nom du mineur.

Du principe que le tuteur est libre de faire seul tout acte pour lequel la loi ne prévoit pas de formalités particulières.

Mais avant d'examiner quels sont les actes qui rentrent dans chacune de ces catégories, il y a lieu de trancher une question préalable, qui s'est posée pendant une bonne partie du XIXème siècle, qui se pose encore aujourd'hui mais avec une moindre acuité.

Silence du C.C. en ce qui concerne les meubles incorporels du pupille. Inconvénients du principe de la liberté du tuteur par suite du développement des valeurs mo-

La question est la suivante: lorsqu'il n'existe pour un acte déterminé aucun texte qui indique dans quelles conditions cet acte peut être fait par le tuteur, quelle solution doit-on admettre ? Le tuteur peut-il faire cet acte seul ou bien doit-on exiger une autorisation du conseil de famille? La question s'est posée au cours du XIXème siècle à l'occasion des actes relatifs aux meubles incorporels. Les meubles incorporels, ce sont des droits, par exemple, des créances, un fonds de commerce, un brevet d'invention, un droit de propriété littéraire ou artistique; mais surtout la catégorie des meubles incorporels comprend les valeurs mobilières; c'est-à-dire les rentes sur l'Etat, les obligations émises par des personnes administratives les villes par exemple, les obligations émises par les

Source : BIU Cujas

bilières.

sociétés, les parts d'intérêts ou les actions dans les sociétés, tout ce que l'on comprend habituellement sous le vocable "valeurs mobilières", quelquefois "titres de bourse", bien qu'ils ne soient pas tous négociables en bourse. C'est surtout à l'occasion des valeurs mobilières que la question des pouvoirs du tuteur a été discutée au cours du XIXème siècle. Sur ce point le Code civil présentait une lacune. En matière de tutelle, comme dans toutes les matières qu'il a réglementées d'ailleurs, le Code civil est en effet resté fidèle à la conception ancienne qui voit dans l'immeuble, la terre, les maisons, l'élément essentiel des fortunes. Quant aux meubles, ce sont choses d'importance secondaire. On disait autrefois: "res mobilis, res vilis", ce qui explique bien des solutions admises par notre ancien droit. Le Code, bien que cette conception fût déjà périmée au moment où il a été rédigé, est resté fidèle à cette tradition que l'élément essentiel des fortunes c'est l'immeuble, c'est le sol et les choses qui y sont adhérentes, notamment les bâtiments Le Code ne s'est occupé en ce qui concerne la tutelle que des meubles corporels, tels que les meubles meublants, les voitures, les animaux, pour en prescrire la vente dès l'ouverture de la tutelle. Pas un mot dans le Code au point de vue de la tutelle, des meubles incorporels, qui cependant n'étaient pas inconnus lors de la rédaction du Code civil, Il y a au titre des biens un texte qui énumère un certain nombre de meubles incorporels, mais rien au point de vue de la tutelle parce qu'on considère que cela n'a pas d'importance, et surtout les rédacteurs du Code civil n'y ont pas pensé.

Et cependant il y avait déjà des valeurs mobilières au moment où le Code a été rédigé, on connaissait bien les rentes sur l'Etat, les actions, il y avait des sociétés par actions, mais en nombre infiniment moindre qu'aujourd'hui. Malgré tout, les rédacteurs du Code civil, hommes de l'ancien régime, n'ont pas pensé que cela pût avoir quelque importance. Il est vrai que l'opinion publique devait être assez peu favorable à ces valeurs mobilières; on sortait de la banqueroute du tiers consolidé, et dans beaucoup de fortunes de particuliers il n'y avait pas de titres émanant de sociétés.

Par conséquent, il y avait une lacune dans le Code civil, lacune qu'il fallut bientôt combler, en ce qui concerne les rentes sur l'Etat et les actions de la Banque de France.

Deux textes postérieurs au Code, une loi de 1806 une loi de 1813, avaient limité les pouvoirs du tuteur lorsqu'il s'agissait de rentes sur l'Etat ou d'actions

Source : BIU Cujas

de la Banque de France appartenant au pupille, on ne permettait pas au tuteur de les aliéner librement. Mais en ce qui concerne les autres valeurs mobilières, rien dans le Code civil, et il en fut ainsi jusqu'à 1880.

Aussi se trouva-t-on très embarrassé lorsque le prodigieux développement de ces valeurs mobilières devint tel au cours du XIXème siècle qu'elles constituaient l'élément essentiel, pour ne pas dire unique, de beaucoup de fortunes. La question se posait dès lors de savoir quels étaient les pouvoirs du tuteur à l'égard de ces valeurs; pouvait-il notamment les aliéner sans autorisation?

Après des hésitations, la jurisprudence se fixa dans le sens de la liberté du tuteur. Elle donnait ainsi une réponse à une question plus générale, celle que nous posions plus haut: toutes les fois que la loi est muette en ce qui concerne un acte déterminé quels sont les pouvoirs du tuteur? Doit-il agir avec une autorisation ou peut-il agir seul? La Cour de cassation dans différents arrêts, notamment un arrêt du 4 Août 1873, s'est prononcée pour la liberté. Toutes les fois qu'un texte ne vient pas limiter ses pouvoirs, il a le pouvoir d'accomplir l'acte sans avoir besoin d'aucune espèce d'autorisation. Il faut bien reconnaître que c'est la solution la plus raisonnable, sinon, en l'absence de texte, à quelles formalités seraient soumis les actes de disposition non prévus par la loi? Faudrait-il exiger l'autorisation du conseil de famille? Faudrait-il exiger l'homologation du tribunal? Ce serait l'arbitraire. Il vaut mieux se prononcer pour la liberté du tuteur. C'est ce qu'avait fait la Cour de cassation en ce qui concerne les valeurs mobilières. Le tuteur, représentant légal du mineur, disait la Cour de cassation, a le pouvoir de faire seul, sans autorisation, tous les actes pour lesquels la loi ne l'astreint pas expressément à obtenir une autorisation.

Conforme à la loi, cette jurisprudence n'en aboutissait pas moins à des conséquences peu en harmonie avec l'esprit du Code qui entend avant tout assurer la protection du mineur. La loi exige pour la vente d'un lopin de terre non seulement l'autorisation du conseil de famille, mais l'homologation du tribunal, et elle permettait au tuteur d'aliéner librement les valeurs mobilières du mineur, qui pouvaient constituer une fortune considérable ! Il y avait là quelque chose de contradictoire.

La loi de 1880

Pour mettre fin à cet état de choses, le législateur est intervenu par une loi du 27 Février 1880. Cette loi, très importante qui décide que les valeurs mobilières au porteur seront mises au nominatif, comme

Source : BIU Cujas

nous l'avons déjà dit, a pour titre exact: "Loi relative à l'aliénation des valeurs mobilières appartenant aux mineurs et aux interdits, et à la conversion de ces mêmes valeurs en titres au porteur". Nous verrons que ce titre est trop étroit; il s'applique à tous les biens incorporels.

La question que nous posions de savoir ce qu'il advient des actes non prévus par la loi, a donc perdu la plus grande partie de son importance depuis la loi de 1880, car c'est surtout au sujet des valeurs mobilières qu'elle se présentait. Néanmoins, elle est encore susceptible de se présenter aujourd'hui et elle s'est présentée à propos d'une opération non prévue par la loi: le retrait des fonds déposés au nom du mineur à une caisse d'épargne. Rien n'était prévu à cet égard. Le tuteur peut-il opérer ce retrait seul ou a-t-il besoin d'une autorisation? La Cour de cassation, très logique avec son point de départ, a conclu que du moment qu'aucun texte ne limitait le pouvoir du tuteur , celui-ci pouvait librement opérer le retrait, sans avoir besoin d'aucune autorisation (13 mars 1905 S.I9I0.I.465).

Certains auteurs critiquent la solution de la Cour de cassation, mais encore une fois c'est la solution qui me paraît la plus sûre, même encore à l'heure actuelle.

Nous arrivons maintenant à l'étude des différentes catégories d'actes que le tuteur peut faire seul ou avec une autorisation.

A-Actes que le tuteur peut faire seul:actes d'administration

A - Première catégorie : les actes que le tuteur peut faire sans avoir besoin d'aucune autorisation;il peut les accomplir seul.

D'une façon générale, ce sont tous les actes d'administration courante.

1- Actes extra-judiciaires: actes conservatoires,

1 - En matière extra-judiciaire le tuteur peut faire seul tous actes conservatoires, inscription d'hypothèque par exemple au nom du mineur; il peut faire exécuter les réparations aux immeubles du mineur.

Aliénation des meubles corporels

Il peut aliéner les meubles corporels, ceux bien entendu que le conseil de famille l'a autorisé à conserver, puisqu'en principe, il est nécessaire d'avoir une autorisation du conseil de famille pour conserver les meubles corporels. les meubles corporels en principe doivent être vendus. Si le conseil de famille a autorisé le tuteur à les conserver, l'autorisation est de droit pour le père ou la mère tuteur ou tutrice - et si le tuteur veut aliéner les meubles corporels, il

Source : BIU Cujas

peut le faire librement. La seule question douteuse est celle de savoir en quelle forme il doit faire l'aliénation. Certains exigent que l'aliénation ait lieu aux enchères par officier public, commissaire priseur par exemple. D'autres - et c'est la solution qui devrait prévaloir - considèrent que la vente peut être faite à l'amiable. En un mot il faut admettre la pleine et entière liberté du tuteur à cet égard. Mais en pratique la question n'a pas une très grande importance.

Paiement des dettes

Le tuteur peut encore seul payer les dettes du mineur.

Perception des revenus.

D'autre part, il peut percevoir les revenus du mineur, sauf obligation de faire emploi de l'excédent des revenus sur les dépenses dans les conditions que nous avons indiquées (art. 455 et 456). En effet, le conseil de famille détermine positivement la somme à laquelle commence pour le tuteur l'obligation de faire emploi de l'excédent des revenus. Mais le tuteur peut toucher librement les revenus, à la condition de se conformer aux directives qui lui sont imposées par le conseil de famille. Les dispositions sur le placement des revenus ne s'appliquant pas au tuteur, lorsque celui-ci est le père ou la mère.

Réception des capitaux - Obligation d'emploi

Le tuteur peut également recevoir les capitaux du mineur. Ici c'est un pouvoir très large, très important qui lui est donné et qui n'est pas sans danger. Un tuteur peut recevoir sans aucune autorisation un capital parfois considérable provenant d'une succession échue au mineur ou du remboursement d'une créance appartenant au mineur; ou encore le remboursement d'obligations ou d'actions amorties; ou même le remboursement d'un lot. Le mineur a une obligation de la Ville de Paris qui sort au tirage et à laquelle échoit un lot; le tuteur peut recevoir ce lot, sans aucune espèce d'autorisation, ou de contrôle. Tandis que s'il s'agissait d'aliéner une obligation de la Ville de Paris, il lui faudrait une autorisation.

Il peut donc recevoir les capitaux, seulement sa liberté est tout de même entravée. La loi du 27 Février 1880 soumet en ce qui concerne les capitaux le tuteur à l'obligation de faire emploi. Cette obligation s'impose à tout tuteur, fut-il le père ou la mère. Le père ou la mère est dispensé des obligations habituelles du tuteur en ce qui concerne l'emploi de l'excédent des revenus, mais il n'est pas dispensé de l'emploi des capitaux, dont il n'a pas le droit de disposer.

L'article 6 de la loi de 1880 décide que le tuteur doit faire emploi des capitaux appartenant au mineur ou qui lui adviendraient par succession ou autrement dans le délai de trois mois, à moins que le conseil de famille ne fixe un délai plus long. Nous nous demande-

Source : BIU Cujas

rons si pour cet emploi le tuteur a besoin d'une autorisation; c'est une question controversée qui vient d'être résolue par la Cour de cassation (v.plus loin).

baux des biens du pupille. La règle des 9 ans

Le tuteur peut encore seul donner à bail les immeubles du mineur. Mais sur ce point nous avons des dispositions particulières dans le Code civil. L'article 1718 au chapitre du louage déclare qu'en ce qui concerne les baux des mineurs, il y aura lieu d'appliquer les textes qui se trouvent au titre du contrat de mariage et qui sont relatifs aux baux des femmes mariées sous le régime de la communauté. Ces textes sont les articles 1429 et 1430. Il résulte de ces textes - qui visent le bail consenti par le mari mais qui s'appliquent aux baux consentis par le tuteur - que le tuteur peut faire seul un bail qui n'excède pas neuf ans. On considère en effet que le bail n'excédant pas neuf ans est un acte d'administration. Par contre un bail qui excède neuf ans dépasse la portée des actes d'administration qui sont permis en général au tuteur. C'est un acte de disposition pour lequel il lui faudrait l'autorisation du conseil de famille.

Mais qu'arriverait-il si un tuteur faisait un bail excédant neuf ans, un bail de 18 ans, de 25 ans? Le bail ne serait pas nul mais, dit l'art. 1429, à la cessation de la tutelle, le bail passé pour une durée supérieure à neuf ans ne serait obligatoire pour le mineur devenu majeur que pour la période de neuf ans qui serait en cours. Par exemple le tuteur a consenti un bail de 25 ans, bail commercial; si la tutelle vient à prendre fin au cours de la première période de neuf ans, le mineur devenu majeur n'est tenu que jusqu'à l'expiration de la première période de neuf ans; si la tutelle vient à prendre fin au cours de la seconde période de neuf ans, le mineur devenu majeur n'est tenu que jusqu'à concurrence de la seconde période de neuf ans, c'est-à-dire jusqu'à 18 ans. Il ne peut pas être lié au-delà de la période de neuf ans qui est en cours.

Renouvellement des baux

D'autre part, il fallait penser que dans certains cas, il est opportun de renouveler un bail à l'avance sans attendre son expiration. Mais il ne fallait pas permettre au tuteur de tourner la loi en renouvelant les baux trop longtemps à l'avance; par exemple le tuteur consentirait un bail de neuf ans et au bout d'une année il consentirait un nouveau bail de neuf ans. Ce serait une sorte de fraude. L'art. 1430 décide que seront valables, opposables par conséquent au mineur, les renouvellements lorsqu'ils auront lieu trois ans au plus avant l'expiration du bail courant, s'il s'agit de biens ruraux, et deux ans au plus avant l'expira-

Source : BIU Cujas

tion du bail courant s'il s'agit de maisons. La loi permet de renouveler un bail rural plus longtemps d'avance que s'il s'agit d'un bail de maison.

2 -Actes judiciaires

Quels sont les pouvoirs du tuteur en matière judiciaire? Quels sont les actes qu'il peut faire seul? En matière judiciaire il faut admettre que le tuteur peut plaider seul comme représentant du mineur tant en demande qu'en défense lorsqu'il s'agit d'une action mobilière. Toutes les fois que l'instance porte sur un droit mobilier, le tuteur peur intenter la demande seul et il peut y défendre sans avoir besoin d'aucune autorisation, application de la règle "res mobilis, res vilis". Cette solution résulte a contrario de l'art. 464, qui décide que le tuteur ne peut introduire une action immobilière sans autorisation du conseil de famille, d'où il résulte, a contrario, que lorsqu'il s'agit d'une action mobilière il peut l'intenter seul.

Intenter une action mobilière ou y défendre

Si maintenant il s'agit d'une action immobilière, par exemple l'action en revendication d'un immeuble, il résulte de l'art. 464 que le tuteur peut y défendre seul. Si le pupille est défendeur, le tuteur n'a pas besoin d'autorisation pour défendre, alors qu'il a besoin d'une autorisation pour intenter une action immobilière ou pour acquiescer à la demande.

Défendre à une action immobilière pétitoire

Mais par contre on admet, bien que la loi ne soit pas formelle sur ce point, qu'il est une catégorie d'actions immobilières que le tuteur peut exercer seul, sans autorisation, ce sont les actions dites possessoires. Les actions possessoires sont considérées comme ayant un caractère conservatoire; elles ne mettent en jeu que la possession, et non pas la propriété. Aussi admet-on que le tuteur puisse intenter seul une action possessoire.

Intenter une action possessoire ou y défendre

B - Deuxième catégorie : les actes que le tuteur ne peut passer qu'avec l'autorisation du conseil de famille.

B-Autorisation du c. de f.

1)Actes extra-judiciaires

Dans cette catégorie, la loi a placé l'acceptation d'une succession ou la renonciation à une succession échue au mineur (art. 461). Le texte ajoute que si l'on accepte la succession, cette acceptation ne peut avoir lieu que sous bénéfice d'inventaire. Voilà un grand principe qui concerne les mineurs: on ne peut jamais accepter une succession échue à un mineur que sous bénéfice d'inventaire. Le bénéfice d'inventaire a pour le mineur cet avantage que, à supposer que la succession soit grevée de dettes considérables, le mineur ne sera jamais obligé de payer ces dettes héréditaires que jusqu'à concurrence de l'actif successoral. En

Acceptation sous bénéfice d'inventaire ou répudiation d'une succession

Source : BIU Cujas

principe, lorsqu'un héritier accepte purement et simplement une succession, il est tenu de payer les dettes de la succession même sur ses propres biens, si le passif de cette succession dépasse l'actif. On ne veut pas qu'une semblable obligation puisse être imposée à un mineur. C'est pourquoi la loi prescrit qu'on n'accepte jamais que sous bénéfice d'inventaire une succession échue à un mineur, ce qui permet à ce dernier de n'être soumis au paiement des dettes héréditaires que jusqu'à concurrence de l'actif.

Acceptation ou refus d'une succession (droit des ascendants)

Autre acte que le tuteur ne peut faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille (art. 463) : l'acceptation d'une donation faite au mineur. C'est une libéralité, le mineur ne peut qu'y gagner, pourquoi donc exiger l'autorisation du conseil de famille? C'est que: il peut y avoir une raison morale de refuser une donation. Certaines donations peuvent être indésirables; on ne veut pas que le tuteur se fasse juge de la question, qu'il accepte à la légère une donation; c'est pourquoi la loi appelle le conseil de famille à examiner la question de près. L'acceptation de la donation ou son refus ne pourra émaner que du conseil de famille.

Mais il y a à cette règle un palliatif, qui résulte d'un texte déjà cité, l'art. 935, qui permet au père et à la mère , ou même à un ascendant quelconque, bien qu'il ne soit pas tuteur, d'accepter une donation pour le mineur. Par conséquent, si le tuteur est le père ou la mère, il pourra très bien accepter une donation sans recourir au conseil de famille en qualité de père ou de mère, et en vertu de l'art. 935; de même un ascendant quelconque. En somme, le texte de l'art. 463 ne s'applique réellement que lorsque le tuteur est un autre que le père ou la mère et qu'il n'existe aucun ascendant.

2-Actes judiciaires

Intenter une action immobilière pétitoire

En matière judiciaire, le tuteur, en vertu de l'art. 464, ne peut introduire en justice une action relative aux biens immobiliers du mineur, ni acquiescer à une demande relative aux mêmes droits, sans l'autorisation du conseil de famille. Ici la loi veut assurer laprotection de la fortune immobilière.

Intenter une action en partage

Voici maintenant un autre acte, jugé fort important par la loi, pour lequel celle-ci exige également que le tuteur soit muni de l'autorisation du conseil de famille. C'est le partage dans lequel est impliqué un mineur. Le mineur par exemple a recueilli une succession avec plusieurs héritiers; il y a indivision, et pour sortir de l'indivision il faut procéder à un partage. L'art. 465 décide que le tuteur, pour provoquer le partage, doit être muni de l'autorisation du conseil de famille. Si c'est lui qui prend l'initiative de de-

Source : BIU Cujas

mander le partage - car nul n'est tenu de rester dans l'indivision - il lui faudra donc l'autorisation du conseil de famille. Mais si c'est un autre des cohéritiers qui provoque le partage, comme nul n'est tenu de rester dans l'indivision et que nécessairement le tuteur ne peut pas refuser de procéder au partage avec les autres, il peut répondre à la demande de partage, y procéder, sans avoir besoin d'aucune autorisation.

Inutilité de l'autorisation du c. de f. pour s'adjoindre à une requête en partage formée par tous les cohéritiers

Une loi du 15 Décembre 1921 (art. 465) dans un but de simplification a décidé que le tuteur pourrait sans autorisation du conseil de famille s'adjoindre à la requête collective à fin de partage présentée par tous les cohéritiers. Il y a une manière pour les cohéritiers de demander le partage, c'est de le demander tous ensemble par une seule requête. Ils sont d'accord, pour procéder au partage; le tuteur n'a pas besoin de l'autorisation du conseil de famille s'il s'adjoint à la requête des autres cohéritiers. Le partage est une chose nécessaire, tous la demandent, il n'y a pas de raison pour obliger le tuteur à convoquer le conseil de famille pour procéder à un partage aqquel nul ne peut se soustraire.

Du principe que le partage dans lequel est impliqué un mineur doit être judiciaire

Lorsqu'un mineur est impliqué dans un partage, notamment dans un partage de succession, c'est un principe qui est formulé par le Code civil à différentes reprises que ce partage doit avoir lieu en justice (art. 466).

Il y a deux manières de procéder à un partage: partage amiable, lorsque tout le monde s'entend; c'est généralement ce que l'on fait et c'est ce qu'il vaut mieux faire. Lorsque les cohéritiers ne s'entendent pas, il faut que la justice procède au partage. Le partage judiciaire s'impose encore, même si l'on s'entend , lorsqu'il y a un mineur. Or, le partage judiciaire est une procédure compliquée et extrêmement coûteuse, qui peut aboutir et qui aboutira généralement à la licitation des immeubles et peut-être des autres biens de la succession. La loi l'impose ici parce qu'elle estime que l'intervention de la justice sera plus protectrice des intérêts du mineur qu'un partage amiable dans lequel il ne serait représenté que par son tuteur.

Moyens pratiques pour éviter le partage judiciaire. Maintien de l'indivision

Mais le partage judiciaire est si compliqué et si coûteux qu'en pratique toutes les fois que cela est possible on cherche à l'éviter. La pratique a trouvé différents moyens de se soustraire à la nécessité du partage judiciaire. Parmi ces moyens, il en est un qui peut réussir dans certains cas: c'est la convention d'indivision. L'art. 815 du Code civil permet à des

Source : BIU Cujas

cohéritiers de convenir qu'ils resteront dans l'indivision pendant cinq ans au maximum. Lorsque le mineur est assez voisin de sa majorité, il vaut mieux convenir qu'on restera dans l'indivision jusqu'à ce que le mineur soit majeur; ensuite on procédera à un partage amiable.

Partage amiable avec clause de porte-fort

Mais lorsque le mineur est trop jeune, on ne peut pas attendre indéfiniment le partage, il y a d'autres moyens, pour éviter le partage judiciaire, mais moins sûrs, dangereux pour les majeurs, notamment le partage avec clause de porte-fort. Le tuteur et les autres cohéritiers procèdent à un partage amiable et les majeurs se portent fort les uns envers les autres que le mineur ratifiera le partage lorsqu'il arrivera à sa majorité. C'est dangereux parce que si le mineur ne ratifie pas, on est obligé de recommencer; mais les héritiers s'étant portés fort les uns vis-à-vis des autres ne peuvent réclamer aucuns dommages-intérêts.

Partage provisionnel

Enfin il y a un autre moyen, qui est d'ailleurs prévu dans une certaine mesure par l'art. 466, c'est le partage provisionnel. Ce partage se présente sous forme de partage amiable. Il peut d'ailleurs être accompagné d'une clause de porte-fort. Lorsque le mineur sera devenu majeur, il pourra faire recommencer le partage, puisque le partage a été fait illégalement, sans autorisation du conseil de famille. Mais on ne reviendra pas sur les perceptions de revenus qui ont été faites par chacun des copartageants sur les biens mis dans son lot; les revenus des biens mis dans chaque lot resteront acquis au cohéritier dans le lot duquel avaient été mis les biens en question. C'est ce qui résulte de l'art. 466, dernier alinéa, qui nous dit que tout autre partage dans lequel sera impliqué le mineur ne sera considéré que comme provisionnel. Un partage provisionnel, c'est un partage qui ne s'applique qu'aux revenus.

Loi de 1880 : aliénation des meubles incorporels du pupille dont la valeur ne dépasse pas 7.500 frs

Cétaient là les seuls actes pour lesquels le Code civil exigeait l'intervention du conseil de famille. Mais la loi du 27 Février 1880 a augmenté la liste des actes pour lesquels l'autorisation du conseil de famille est exigée. Il s'agit ici des meubles incorporels. Le titre de la loi est trop étroit, "valeurs mobilières"; la valeur mobilière cela s'entend généralement des titres de vente, d'actions ou d'obligations. En réalité il s'agit ici de tous les meubles incorporels. L'article 1er nous en cite d'ailleurs quelques-uns. Il parle des rentes, actions, parts d'intérêts, obligations et autres meubles incorporels quelconques appartenant au mineur ou à l'interdit. Parmi ces meubles incorporels il faut citer le fonds de commerce appartenant à un mineur, qui proviendrait de la succession de son père ou de sa mère; un office ministériel, le père était officier

Source : BIU Cujas

ministériel, il vient à décéder, dans la succession figure un office ministériel; ou encore des droits de propriété littéraire, artistique ou industrielle.

Que décide la loi de 1880 en ce qui concerne les meubles incorporels ? En ce qui concerne leur aliénation, la loi exige l'autorisation du conseil de famille (art. 2), l'autorisation du conseil de famille seule lorsque le meuble à aliéner a une valeur n'excédant pas 7.500 frs, d'après l'appréciation du conseil de famille. La loi de 1880 disait 1.500 frs, mais étant donné la dépréciation du franc, une loi du 9 Juillet 1931 a substitué au chiffre de 1.500 celui de 7.500 frs. Par conséquent, lorsque les valeurs mobilières à aliéner n'excèdent pas 7.500 frs, il faut que le tuteur obtienne l'autorisation du conseil de famille, mais cette autorisation suffit; pas besoin d'homologation du tribunal.

Le conseil de famille, lorsqu'il autorise l'aliénation de valeurs mobilières, prescrit les mesures qu'il juge utiles, notamment les mesures de remploi. Il peut subordonner l'aliénation à la condition qu'il soit fait emploi des fonds qui proviendront de cette aliénation et il peut prescrire l'emploi du capital qui proviendra ainsi de l'aliénation.

C'est le conseil de famille qui apprécie la valeur de la chose aliénée, qu'il s'agisse de valeurs mobilières ou d'un fonds de commerce ou d'un droit de propriété littéraire. Lorsqu'il s'agit de titres cotés en bourse, il n'y a pas de difficultés, on peut se baser sur le cours de la bourse.

L'article 3 exige que l'aliénation, lorsqu'il s'agit de valeurs mobilières, soit opérée par le ministère d'un agent de change. Mais pour les titres qui ne sont pas cotés en Bourse, ou pour ceux qui ne sont cotés qu'à l'étranger, ou pour les autres meubles incorporels, fonds de commerce ou autres, il appartient au conseil de famille de fixer les conditions dans lesquelles la vente sera opérée. On pourra exiger que la vente soit faite par le Ministère d'un notaire ou autre officier public.

Conversion au porteur des valeurs nominatives du pupille ne dépassant pas 7.500 Fr

La loi de 1880 décide que la conversion de tout titre nominatif en titre au porteur est soumise aux mêmes conditions et formalités que l'aliénation. Cela se comprend: la conversion est le préliminaire d'une aliénation.

Placement des capitaux provenant d'une

La loi de 1880 ne s'est pas occupée seulement de l'aliénation des meubles corporels, elle s'occupe aussi du placement des capitaux appartenant au mineur.

Ici nous rencontrons une difficulté, provoquée

Source : BIU Cujas

aliénation (loi de 1880) ou d' un remboursement ou d'une succession (Cas 15 Nov.1938) inférieur à 7.500 Frs

par l'art. 6 alinéa 2 de la loi de 1880, difficulté qui vient d'être résolue par la Cour de cassation tout récemment.

Voyons d'abord les points certains.

En premier lieu, le placement des économies, c'est à-dire de l'excédent des revenus du mineur, est fait librement par le tuteur sans avoir besoin d'aucune autorisation du conseil de famille; seul l'emploi est obligatoire dans le délai fixé par le conseil de famille, mais le tuteur fait l'emploi comme il lui convient.

Deuxième point certain: le conseil de famille a certainement le droit de fixer l'emploi des capitaux provenant d'aliénations qu'il a autorisées. Par exemple le conseil de famille a autorisé une aliénation de meubles incorporels ou une vente d'immeubles; le conseil de famille est certainement fondé à prescrire comment se fera l'emploi du capital qui résultera de ces ventes, et le tuteur est obligé de s'y conformer. Mais la difficulté existe lorsqu'il s'agit de capitaux qui ne proviennent pas d'une aliénation, par exemple un capital provenant d'une succession qui vient d'échoir au mineur, ou encore le capital provenant d'un remboursement d'une créance appartenant au mineur. Nous avons déjà vu que le tuteur reçoit seul, sans avoir besoin d'aucune autorisation, ce capital. Le capital peut être perçu par le tuteur. L'article 6 lui prescrit seulement d'en faire l'emploi dans les trois mois.

Mais la question est de savoir s'il est tenu, pour faire cet emploi, de demander l'autorisation du conseil de famille jusqu'à 7.500 frs, et au-dessus l'homologation du tribunal, comme cela est prescrit par la loi de 1880, C'est ici qu'intervient le texte litigieux, l'article 6, alinéa 2, qui décide que "les règles prescrites par les articles ci-dessus, pour les valeurs mobilières, et par l'article 455 du Code civil, seront applicables à l'emploi des capitaux".

Deux opinions se sont formées sur l'interprétation de ce texte.

Première opinion: elle interprète le texte restrictivement. Les formalités, autorisation du conseil de famille et homologation du tribunal, ne sont exigées que lorsqu'il s'agit d'emploi de sommes provenant d'une aliénation autorisée par le conseil de famille. Au contraire, s'il s'agit de capitaux provenant d'une succession, ou du remboursement d'une créance, le tuteur fait librement le remploi du capital; il n'a pas besoin d' autorisation pour déterminer les biens dans lesquels sera fait ce remploi.

Source : BIU Cujas

Deuxième opinion: L'article 6, alinéa 2 est général, Tout placement de capitaux doit être autorisé par le conseil de famille, et au-dessus de 7.500 frs il faut que l'autorisation du conseil de famille soit homologuée par le tribunal.

C'est cette dernière solution que vient de consacrer la Cour de cassation dans un arrêt du 15 Novembre dernier (G.P. 29 Décembre 1938). C'est une solution assurément très protectrice du mineur, mais elle a l'inconvénient d'amener des lenteurs, d'engager des frais assez considérables, parfois, pour un placement minime.

C-Autorisation du C. de f. et homologation du tribunal en Chambre du conseil

C - Troisième catégorie d'actes: les actes qui exigent tout à la fois l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal.

En un mot, la loi ne se contente pas ici de la délibération du conseil de famille, elle exige encore que cette délibération du conseil de famille donnant l'autorisation au tuteur soit soumise au tribunal siégeant en Chambre de conseil, et il appartient au tribunal de voir si l'autorisation donnée est opportune; sinon, il refusera d'homologuer et l'acte ne pourra être accompli. Ici le contrôle du tribunal est très étroit. Ce sont des actes jugés par la loi très importants.

Emprunt.

Dans cette catégorie, le Code a rangé l'emprunt contracté au nom du mineur (art. 457).

Vente et hypothèque d'immeuble

Dans la même catégorie, le même article 457 range la vente et l'hypothèque des immeubles du mineur. Ici la protection de la fortune immobilière apparaît. Lorsqu'il s'agit de vendre un bout de terrain sans grande valeur, il faut l'autorisation du conseil de famille homologuée par le tribunal. A la vente, il faut assimiler les opérations équivalentes, et notamment l'apport d'un immeuble en société.

Par contre, aucune autorisation n'est nécessaire en cas de vente forcée, parce qu'ici le mineur ne peut s'y soustraire; en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique de l'immeuble d'un mineur, ou encore en cas de saisie immobilière d'un immeuble appartenant à un mineur, La vente s'impose, le conseil de famille ne peut pas s'y opposer.

Licitation provoquée par le tuteur

Il est une autre forme de vente, qui est prévue par l'art. 460: c'est la licitation d'un immeuble appartenant pour partie à un mineur et pour d'autres parties à d'autres personnes. La licitation, en effet, c'est la vente aux enchères d'un bien indivis. Il faut supposer qu'un immeuble est indivis entre un mineur et un autre copropriétaire. Il résulte de l'art. 460 que,

Source : BIU Cujas

si la licitation a lieu à la demande d'un des copropriétaires autres que le mineur, pas besoin d'autorisation du conseil de famille. C'est qu'ici, comme en matière de partage de succession, la licitation s'impose, car nul ne peut rester dans l'indivision. Par contre, si c'est le tuteur qui veut provoquer la licitation, il faut alors l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal.

Formalités imposées pour la validité de la vente

Mais là ne se borne pas la protection du mineur en ce qui concerne sa fortune immobilière. Il résulte des articles 458 et 459 que lorsque la vente d'un immeuble du mineur a été autorisée par le conseil de famille et que cette autorisation a été homologuée par le tribunal, la vente devra être faite nécessairement aux enchères. On ne pourra pas procéder à une vente amiable. La vente, dit l'art. 459, sera faite publiquement, en présence du subrogé tuteur, aux enchères qui seront reçues par un membre du tribunal de première instance, ou par un notaire à ce commis. La loi exige absolument la vente aux enchères, parce qu'elle estime que la vente se fera probablement dans de meilleures conditions que ne se ferait une vente amiable.

Cette vente a lieu suivant des formes qui sont règlées par le Code de procédure. Ce sont les formes de ventes de biens de mineurs. La vente a lieu soit devant le tribunal, à l'audience des criées, soit devant un notaire commis par le tribunal.

Loi de 1880 Vente des meubles incorporels, emploi des capitaux, conversion au porteur au dessus de 7.500 Fr

Et maintenant nous arrivons aux dispositions concernant les meubles incorporels. La loi du 27 Février 1880 exige l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal toutes les fois qu'il s'agit de vendre un meuble ou des meubles incorporels appartenant à un mineur et que la valeur du meuble ou des meubles à aliéner dépasse 7.500 Frs. Jusqu'à 7.500 frs, la loi se contente de l'autorisation du conseil de famille; au-dessus de 7.500 frs, étant donnée l'importance, relative, de la valeur à aliéner, la loi exige que l'autorisation du conseil de famille soit homologuée par le tribunal. Bien entendu lorsqu'il s'agira de faire l'emploi des capitaux du mineur supérieurs à 7.500 frs, il faudra d'après la dernière jurisprudence de la Cour de cassation, que le tuteur soit muni et de l'autorisation du conseil de famille et de l'homologation du tribunal; système très protecteur, encore une fois, mais qui a l'inconvénient d'être long et coûteux.

Formalité supplémentaire pour la transaction

Un acte est soumis à des formalités tout à fait spéciales, c'est la transaction, qui peut intervenir lorsqu'un mineur est en litige avec une autre personne au sujet d'un droit quelconque. La transaction, dit

Source : BIU Cujas

l'art. 2044, est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. Quand on transige on se fait des concessions réciproques.

La loi admet bien qu'on transige au nom d'un mineur, mais elle va y mettre toutes sortes de formalités. Elle exige que le projet de transaction soit soumis au conseil de famille et approuvé par lui, en outre que l'autorisation de transiger soit homologuée par le tribunal. Mais le Code exige une formalité qui est tout à fait spéciale à la transaction. L'art. 467 décide que le tuteur ne pourra transiger au nom du mineur qu'après y avoir été autorisé par le conseil de famille, et de l'avis de trois jurisconsultes désignés par le procureur de la République près le tribunal de première instance. Il ne peut y avoir que des avocats inscrits à un barreau qui puissent être désignés par le procureur de la République. Ils examineront le projet et donneront leur avis. Si leur avis est favorable, il sera soumis au conseil de famille, qui pourra autoriser ou refuser d'autoriser; si le conseil de famille autorise, il faudra que sa décision soit homologuée par le tribunal.

D - Quatrième catégorie d'actes: les actes qui sont complètement interdits au tuteur et pour lesquels aucune autorisation ne peut lui être donnée.

Parmi ces actes ,citons l'acceptation pure et simple d'une succession.

D'autre part, le tuteur ne peut faire aucune libéralité pour le compte du mineur, si ce n'est pour les présents d'usages, légers donc rémunératoires, pourboires, étrennes.

Le tuteur ne pourrait pas davantage engager le mineur comme caution. Ni le conseil de famille ni le tribunal ne peuvent autoriser de semblables actes.

Le tuteur ne peut pas non plus faire ce que l'on appelle un compromis, c'est-à-dire une convention par laquelle on confierait à des parties le soin de trancher un litige dans lequel serait impliqué un mineur. S'il y a litige et qu'on n'aboutisse pas à transaction, il faut nécessairement que l'affaire soit soumise au tribunal, on ne pourrait pas la soumettre à l'arbitrage. Le compromis, c'est-à-dire la convention par laquelle les parties en litige décident de recourir à des arbitres, est absolument interdit au tuteur (Code de procédure, article 1004).

Enfin le tuteur ne peut faire aucun acte de commerce pour le compte du mineur non émancipé.

Source : BIU Cujas

Le subrogé tuteur

Il est un personnage dont nous n'avons pas parlé jusqu'ici, c'est le subrogé tuteur. Il faut bien reconnaître que son rôle est assez effacé.

Voyons quels sont les pouvoirs et les fonctions du subrogé tuteur.

I - Assistance nécessaire du subrogé tuteur à certains actes.

I - Le Code exige que certaines formalités soient remplies en présence du subrogé tuteur qui en surveille l'exécution. Le suborgé tuteur est avant tout un surveillant, un contrôleur. Il est certaines formalités qui pour être valables exigent la présence du subrogé tuteur; par exemple l'inventaire des biens du mineur au début de la tutelle doit être fait en présence du subrogé tuteur ou lui dûment appelé. Il faut convoquer nécessairement le subrogé tuteur et qu'il en soit fait mention.

De même la vente des meubles corporels qui doit être faite à l'ouverture de la tutelle doit être faite en présence du subrogé tuteur ou lui dûment appelé.

Art. 459 : Lorsqu'il s'agit de vendre un immeuble du mineur avec l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal, cette vente doit être faite également devant notaire ou devant le tribunal en présence du subrogé tuteur, ou lui dûment appelé; il faut justifier de cette formalité.

Enfin la loi du 27 Février 1880 prescrit au subrogé tuteur de surveiller l'accomplissement des formalités exigées par la loi pour l'aliénation des meubles incorporels ou pour le placement des capitaux. Le subrogé tuteur a sous sa responsabilité l'obligation de veiller à ce que toutes les prescriptions imposées par le conseil de famille ou par la loi soient observées par le tuteur, notamment que la vente des valeurs mobilières soit faite par le ministère d'un agent de change, que le remploi des capitaux soit fait lorsque l'a prescrit le conseil de famille.

Surveillance de la gestion du tuteur

D'une manière générale le subrogé tuteur est investi de la mission de surveiller la gestion du tuteur. L'art. 446 lui permet de provoquer la destitution du tuteur par le conseil de famille.

Pour faciliter la mission du subrogé tuteur, l'art. 470 autorise le conseil de famille à prescrire que tout tuteur, autre que le père ou la mère, devra pendant la tutelle remettre au subrogé tuteur des

Source : BIU Cujas

états de situation de sa gestion, aux époques que le conseil de famille fixera, sans que le tuteur puisse être astreint à en fournir plus d'un état chaque année; mais le père ou la mère tuteur ou tutrice ne peut être astreint à fournir cet état de situation de la gestion.

Dans le même but, pour faciliter la surveillance du subrogé tuteur, l'art. 444 du Code de procédure ordonne que les jugements rendus contre le mineur soient signifiés non seulement au tuteur mais au subrogé tuteur. Il faut que celui-ci soit averti de la procédure dirigée contre le mineur.

Toutes ces mesures sont évidemment assez peu efficaces. La loi ne donne pas au subrogé tuteur des moyens d'investigation sérieux pour exercer son contrôle. C'est une mission de surveillance générale à laquelle est astreint le subrogé tuteur sous sa responsabilité.

2-Remplacement du tuteur en cas d'opposition des intérêts entre celui-ci et le pupille

2) Le subrogé tuteur est appelé à représenter le mineur toutes les fois que les intérêts de celui-ci sont en opposition avec ceux du tuteur. C'est le subrogé tuteur qui se substitue au tuteur et qui fait l'acte. Notamment la loi nous en donne un exemple lorsqu'elle décide que le conseil de famille pourra autoriser le tuteur à prendre à bail un immeuble du mineur; c'est dans ce cas le subrogé tuteur qui passe le bail. D'une manière générale, il remplace le tuteur toutes les fois qu'il y a opposition d'intérêts entre le mineur et le subrogé tuteur.

Il est assez curieux de constater que cette disposition était écrite dans l'art. 420, mais qu'elle a disparu à la suite d'une loi de 1917. L'alinéa 2 de l'art. 420 primitif décidait en effet: les fonctions du subrogé tuteur consisteront à agir pour les intérêts du mineur lorsqu'ils seront en opposition avec ceux du tuteur. Or, la loi du 20 Mars 1917 qui décide que les femmes pourraient être tutrices ou subrogées tutrices a ajouté au texte la mention d'une subrogée tutrice. Seulement on a oublié de reproduire l'alinéa 2, si bien que l'art. 420 ne comprend plus qu'un alinéa : "Dans toute tutelle il y aura un subrogé tuteur ou une subrogée tutrice". Certains en ont conclu que depuis la loi de 1917 le subrogé tuteur n'a même plus la mission de remplacer le tuteur lorsque les intérêts du tuteur sont en opposition avec ceux du mineur. La jurisprudence a considéré qu'il y avait là un simple oubli du législateur de 1917, et que le subrogé tuteur conserve la mission de remplacer le tuteur dans le cas que nous visons (Cassation 1er Avril 1924 et 29 Novembre 1926).

De même lorsque le tuteur plaide contre le mineur

Source : BIU Cujas

c'est le subrogé tuteur qui représente le mineur dans l'instance.

Provocation par le subrogé tuteur de la nomination d'un nouveau tuteur lorsque la tutelle devient vacante.

Mais, à part ce cas d'opposition d'intérêts entre le mineur et le tuteur, le subrogé tuteur n'est pas autorisé à remplacer le tuteur lorsque la tutelle devient vacante. L'art. 424 décide en effet que le subrogé tuteur ne remplacera pas de plein droit le tuteur lorsque la tutelle deviendra vacante ou qu'elle sera abandonnée par absence; mais il devra, en ce cas, sous peine de dommages-intérêts qui pourraient en résulter pour le mineur, provoquer la nomination d'un nouveau tuteur. Pendant cette sorte d'interrègne, il n'y a personne qui représente le mineur; le subrogé tuteur doit en toute hâte convoquer le conseil de famille pour provoquer la nomination d'un nouveau tuteur.

Responsabilité du subrogé tuteur.

Le subrogé tuteur est responsable des négligences qui lui sont imputables dans l'exercice de ses fonctions.

3 - La cessation de la tutelle.

Actes qui mettent fin à la tutelle de façon absolue ou relative

La tutelle prend fin lorsque le mineur atteint l'âge de la majorité ou lorsqu'il est émancipé. Ici la tutelle prend fin d'une manière absolue.

Mais la tutelle peut prendre fin d'une manière simplement relative dans le cas de mort du tuteur, ou de destitution , ou dans le cas de survenance d'une cause d'excuse ou d'une incapacité, d'une manière générale toutes les fois que le tuteur est empêché d'exercer ses fonctions. En pareil cas, la minorité subsistant, il faut nommer un nouveau tuteur, provoquer la réunion du conseil de famille.

Compte de tutelle
Etat des recettes et des dépenses

Lorsque le tuteur sort de charge, il doit, comme tout administrateur des biens d'autrui rendre compte de sa gestion. Art. 469: Tout tuteur est comptable de sa gestion lorsqu'elle finit. Si le tuteur est mort, l'obligation de rendre compte incombe à ses héritiers.

A qui le compte doit-il être rendu? En cas de majorité, au mineur devenu majeur, en cas de mort du mineur, à ses héritiers; en cas d'émancipation, le compte doit être rendu au mineur émancipé assisté de son curateur; et enfin en cas de changement de tuteur, le compte doit être rendu au nouveau tuteur.

Le compte de tutelle se rend ordinairement à l'amiable, mais en cas de conflit il se rend en justice.

Le compte de tutelle, comme tout compte, se présente sous forme d'un état de recettes et de dépenses. Au chapitre des recettes figure tout l'actif du mineur; et au chapitre des dépenses toutes les sommes que le

Source : BIU Cujas

tuteur a déboursées pour le compte du mineur. D'une façon générale au chapitre des dépenses figurent, dit l'art. 471, toutes dépenses suffisamment justifiées et dont l'objet sera utile. Au chapitre des dépenses figurent également les frais de la reddition de compte, qui sont à la charge du mineur (art. 471).

I- Reliquat en faveur du pupille - Cours de plein droit des intérêts

Quel sera le résultat de ce compte? Deux solutions sont possibles.

S'il ressort du compte un excédent d'actif au profit du pupille, le tuteur doit en pareil cas restituer au pupille les biens dont celui-ci est propriétaire et lui payer les sommes dont il reste créancier. Mais par une mesure favorable au mineur ou à l'ex-mineur, l'art. 474 décide que la somme à laquelle s'élèvera le reliquat dû par le tuteur portera intérêts de plein droit à compter de la clôture du compte. C'est là une mesure spécialement favorable au mineur. En principe, une somme due ne porte intérêt qu'à compter d'une mise en demeure; ici la somme due par le tuteur porte intérêts de plein droit à compter de la clôture du compte. On n'a pas voulu que le mineur fût obligé d'adresser une sommation à son tuteur pour faire courir les intérêts; on le dispense de cette sommation, mais par contre les intérêts courent de plein droit.

Hypothèque légale du pupille

Pour obtenir le paiement de ce qui lui est dû, le pupille se voit conférer une hypothèque légale sur les immeubles du tuteur, hypothèque grâce à laquelle il sera payé par préférence aux autres créanciers du tuteur, car l'hypothèque prend rang du jour de l'ouverture de la tutelle. Par conséquent le mineur passera avant tout créancier hypothécaire postérieur à l'ouverture de la tutelle.

C'est une garantie sérieuse, mais à condition que le tuteur ait des immeubles. Or, dans bien des cas aujourd'hui le tuteur n'est pas propriétaire d'immeubles. Alors le mineur est dépourvu de garanties. C'est pourquoi les législations modernes, et notamment la législation applicable dans les trois départements recouvrés, décide qu'au cas où le tuteur n'a pas d'immeubles, le conseil de famille peut fixer telles garanties à prendre contre le tuteur, par exemple prescrire que le tuteur déposera une somme où des valeurs mobilières entre les mains d'un banquier ou d'un notaire pour garantie de sa gestion. Dans notre droit au contraire c'est l'un ou l'autre; ou bien le tuteur a des immeubles et le mineur est garanti par une hypothèque légale; ou bien le tuteur n'a pas d'immeubles, et le mineur n'a aucune garantie, C'est un système périmé.

2-Solde en faveur du tuteur

Supposons maintenant que du compte detutelle il résulte un solde au profit du tuteur; le tuteur est

Source : BIU Cujas

créancier du mineur. Bien entendu le tuteur a droit de réclamer le remboursement de ce qui lui est dû, mais les intérêts ne courent pas de plein droit en sa faveur. Les intérêts de ce qui sera dû au tuteur, par le mineur ne courront que du jour de la sommation de payer qui aura suivi la clôture du compte (art. 474). Il n'y avait pas de raison de faire exception à la règle normale qui ne fait courir les intérêts qu'à dater de la sommation.

Mesures légales destinées à assurer la reddition du compte. Nullité de tout traité entre le tuteur et le pupille devenu majeur intervenu avant moins de 10 jours après la reddition du compte

La loi attache une importance considérable à la reddition du compte de tutelle. Aussi a-t-elle pris des mesures à l'effet d'empêcher que le tuteur n'abuse de son influence vis-à-vis de l'ex-mineur pour se faire dispenser par celui-ci de l'obligation de rendre compte. Le tuteur en effet est souvent le père ou la mère. Par conséquent on peut redouter que ce père ou cette mère, n'exerce une certaine influence, une certaine pression sur l'enfant pour se faire dispenser de l'obligation de rendre compte. La loi tient absolument à ce que le compte de tutelle soit rendu. De là la disposition de l'art. 472, qui est ainsi conçu: "Tout traité qui pourra intervenir entre le tuteur et le mineur devenu majeur sera nul, s'il n'a été précédé de la reddition d'un compte détaillé, et de la remise des pièces justificatives; le tout constaté par un récépissé de l'oyant compte, dix jours au moins avant le traité".

Il résulte de cette disposition qu'à peine de nullité aucun traité concernant la gestion du tuteur ne peut intervenir entre celui-ci et le mineur devenu majeur avant un délai de dix jours qui court à compter du jour de la reddition de compte et des pièces justificatives.

De là découle une première conséquence, c'est que le mineur ne peut en principe dispenser son tuteur de rendre compte; le traité qui précède, par hypothèse, la reddition de compte serait entaché de nullité. Tout traité est nul qui intervient avant un délai de dix jours avant la reddition de compte. S'il n'y a pas de reddition de compte, la convention par laquelle le mineur devenu majeur dispenserait son tuteur de rendre compte serait a fortiori nul.

Deuxième conséquence: lorsque le tuteur a rendu son compte, la loi ne veut pas que l'incapable devenu majeur l'accepte immédiatement. Pendant un délai de dix jours l'incapable devenu majeur ne peut ni donner décharge au tuteur, ni transiger avec lui, ni renoncer à lui réclamer le reliquat du compte, ni faire en un mot aucun acte ayant pour but direct ou indirect de donner au tuteur quittance de sa gestion.

Source : BIU Cujas

Le mineur devenu majeur fera ce qu'il voudra après mais pendant un délai de dix jours toute quittance ou décharge qu'il donnerait au tuteur de sa gestion serait sans valeur. Une fois le délai de dix jours expiré, l'incapable devenu majeur a pu prendre connaissance du compte, la loi le suppose tout au moins, et il recouvre son entière liberté, Il peut passer valablement tout traité avec le tuteur.

Cette prohibition de l'art. 472 ne s'applique qu'au mineur devenu majeur. C'est le cas où il y a lieu de redouter l'influence du tuteur sur le mineur, qui, enchanté de recouvrer sa liberté, est tout prêt à donner décharge à son tuteur. Au contraire, l'art. 472 n'a pas lieu de s'appliquer lorsque la tutelle cesse par la mort du mineur. En pareil cas le compte est rendu à ses héritiers qui sont en principe des majeurs et qui savent ce qu'ils ont à faire.

De même l'art. 472 ne s'applique pas dans le cas où la tutelle cesse par l'émancipation du mineur. Alors le compte doit être rendu au mineur assisté de son curateur; le mineur est protégé, il n'y a pas lieu de lui imposer ce délai de dix jours.

Portée de la prohibition

Seulement, il faut bien s'entendre; la loi dit: tout traité qui pourrait intervenir sera nul. Il s'agit d'un traité qui aurait pour but dedécharger le tuteur de sa gestion, de lui donner quittance. Par contre, rien n'interdit au mineur dans le délai de dix jours de passer un acte étranger à la reddition de compte, par exemple de vendre un immeuble au tuteur, alors que celui-ci n'aurait pas rendu son compte. Ce qui est interdit, c'est tout traité relatif à la reddition de compte.

Caractère relatif de la nullité

La nullité qui frappe le traité intervenu entre le tuteur et le mineur devenu majeur en violation de l'art. 472, est une nullité relative qui ne peut être invoquée que par l'ancien incapable. C'est une mesure de protection qui appelle simplement une nullité relative.

Nullité de toute libéralité du pupille à l'ex tuteur avant la reddition et l'apurement du compte.

La loi complète sa prohibition en décidant, dans l'art. 907 que le mineur devenu majeur ne pourra disposer soit par donation entre vifs, soit par testament au profit de celui qui aura été son tuteur, si le compte définitif de la tutelle n'a été préalablement rendu et apuré. La loi ne veut pas que le mineur fasse une donation à son tuteur, donation entre vifs, ou même qu'il fasse son testament en faveur de son tuteur, du moment que le compte de la tutelle n'a pas été rendu et apuré. Jusque là il y a une véritable incapacité de recevoir à la charge de l'ancien tuteur. Cependant la loi fait exception lorsque le tuteur est un ascendant

Source : BIU Cujas

du mineur. En pareil cas on n'a pas voulu interdire, même dans ce délai qui sépare la cessation de la tutelle de la reddition de compte, au mineur devenu majeur de tester en faveur d'un de ses ascendants.

Prescription décennale de toute action contre le tuteur relativement aux faits de la tutelle.

Voici maintenant une disposition favorable au tuteur; c'est celle de l'art. 475 qui décide que toute action du mineur contre son tuteur relativement aux faits de la tutelle se prescrit par dix ans, à compter de la majorité. Si l'on avait appliqué le droit commun ici, la prescription de l'action du mineur contre le tuteur aurait été de trente ans, le délai ordinaire de la prescription. Ici la loi abrège la durée de la prescription à dix ans à compter de la majorité. La raison de cette disposition c'est qu'il eut été rigoureux de laisser le tuteur exposé pendant trente ans à une action en responsabilité pour faits de gestion. La tutelle est une lourde charge, d'autant plus lourde qu'elle est gratuite, qu'elle grève les immeubles du tuteur d'une hypothèque légale. Ainsi s'explique que la loi ait allégé les obligations du tuteur en limitant sa responsabilité quant aux faits de la tutelle à dix années.

Actions soumises à la prescription de 10 ans

La prescription de dix ans ne s'applique bien entendu que relativement aux faits de la tutelle, ce qui comprend l'action en reddition de compte ou l'action en responsabilité contre le tuteur pour faute de gestion. Au contraire, toute action de l'incapable contre son tuteur en raison d'un fait étranger à la tutelle ne se prescrit que par trente ans. On applique même la prescription de trente ans à l'action en paiement du reliquat du compte de tutelle, parce que, dit la jurisprudence, cette action est étrangère au fait de la tutelle; elle est née du compte qui est intervenu après que la tutelle a pris fin. C'est une interprétation assez sévère. L'action en responsabilité pour un fait produit pendant la tutelle se prescrit par dix ans, mais l'action en paiement du reliquat de compte de tutelle ne se prescrit que par trente ans; c'est un fait postérieur à la cessation de la tutelle.

Source : BIU Cujas

Appendice

Pouvoirs de l'Administrateur légal.

Loi de 1910 Ressemblance avec la tutelle sauf absence de conseil de famille et de subrogé tuteur

Quels sont les pouvoirs et les obligations du père ou de la mère quand il exerce l'administration légale?

Le Code civil n'avait rien prévu sur ce point. L'ancien art. 389 se bornait à poser le principe que le père est administrateur légal, et qu'il était comptable de sa gestion, mais le Code n'indiquait nullement quels etaient les pouvoirs de l'administrateur légal. De là un grand nombre de difficultés qui s'étaient présentées en pratique et qui avaient été soumises aux tribunaux.

Une loi du 6 Avril 1910 est venue combler cette lacune, les dispositions de la loi du 6 Avril 1910 se trouvent aujourd'hui dans l'art. 389.

La loi de 1910 a modelé dans une assez large mesure l'administration légale sur la tutelle, avec ces deux différences toutefois, que l'administration légale ne comporte ni conseil de famille ni subrogée tutelle.

Cette solution s'explique parce que le père et la mère étant vivants, la loi estime que le mineur est suffisamment protégé par leur collaboration. Seulement ce n'est pas toujours vrai, notamment en cas de divorce ou de séparation de corps, et cependant latutelle n'est pas ouverte dans ces cas. La loi applicable dans les trois départements recouvrés est au contraire beaucoup plus protectrice du mineur, même lorsqu'il est soumis à l'administration légale. Dans les pays recouvrés la tutelle ne s'ouvre qu'après la mort du père ou de la mère, mais le père ou la mère, administrateur légal, est soumis à la surveillance du juge des tutelles. Dans notre droit l'administration légale est un régime moins protecteur. On va le comprendre par la disposition de l'art. 389, alinéa 6 :

Du principe que l'administrateur légal peut faire seul les actes que le tuteur peut faire seul ou avec autorisation du c.de f.

"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".

Il n'y a pas de conseil de famille, pas de subrogé tuteur, L'administrateur légal peut accomplir seul les

Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

actes que le tuteur peut faire seul, et en outre les actes que le tuteur ne peut faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille.

Actes requérant autorisation du tribunal

Par contre, il faut à l'administrateur légal l'autorisation du tribunal pour tous les actes qui exigent l'homologation du tribunal s'il s'agissait d'un tuteur.

Faisons application de ces principes, il s'agit pour l'administrateur légal de vendre des valeurs mobilières appartenant à son enfant: les valeurs à aliéner n'excèdent pas 7.500 frs; en pareil cas, le tuteur ne peut aliéner qu'avec l'autorisation du conseil de famille, le père ou la mère, administrateur légal, n'aura besoin d'aucune autorisation pour aliéner ces valeurs. Si au contraire elles excèdent 7.500 frs, comme en pareil cas le tuteur ne pourrait aliéner qu'avec l'autorisation du conseil de famille homologuée par le tribunal, l'administrateur légal ne pourra aliéner qu'avec l'autorisation du tribunal.

De même pour l'aliénation d'un immeuble. Le tuteur, aurait besoin de l'autorisation du conseil de famille et de l'homologation du tribunal; le père administrateur légal devra obtenir purement et simplement l'autorisation du tribunal .

Emploi des capitaux.

En outre, la loi impose à cet administrateur légal un certain nombre d'obligations qui pèsent également sur le tuteur. L'art. 389, alinéa 7, décide que l'administrateur est tenu de faire en bon administrateur emploi des capitaux appartenant à l'enfant lorsqu'ils s'élèvent à plus de 7.500 frs, et de convertir en titres nominatifs les titres au porteur des valeurs mobilières lui appartenant. Mais pour faire emploi des capitaux lorsqu'ils s'élèvent à plus de 7.500 frs, la loi n'exige pas l'intervention du tribunal. Au contraire, d'après la toute récente jurisprudence de la Cour de cassation, un tuteur qui veut faire emploi d'un capital supérieur à 7.500 frs doit obtenir l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal.

Par contre, le père ou la mère, administrateur légal, n'a pas à faire l'emploi des économies; il a la jouissance légale.

Il est un certain nombre de dispositions que l'art. 389 déclare applicables à l'administrateur légal, dispositions applicables au tuteur. Lorsqu'on vendra un immeuble du mineur, il faudra que l'administrateur légal ait l'autorisation du tribunal, mais la loi exige que la vente soit faite publiquement aux enchères, devant le tribunal ou par le ministère d'un notaire. De même lorsque l'administrateur légal acceptera une succession échue à son enfant ou un legs universel, il devra

Source : BIU Cujas

le faire sous bénéfice d'inventaire, mais il pourra le faire sans autorisation, puisque le tuteur n'a besoin que de l'autorisation du conseil de famille.

Reddition du compte

Au point de vue de la reddition de compte, l'administrateur légal est assimilé au tuteur (art. 389, al. 11). Il doit rendre compte exactement comme le tuteur, et notamment l'art. 472 qui interdit tout traité entre le tuteur et l'ex-mineur doit s'appliquer à l'administrateur légal.

Par contre, l'administrateur légal ne voit pas ses biens grevés de l'hypothèque légale.

§ 3 - L'émancipation

Définition

L'émancipation est un bénéfice accordé au mineur et qui résulte tantôt de la loi, tantôt d'un acte juridique.

Ce bénéfice confère au mineur le gouvernement de sa personne et une capacité restreinte en ce qui concerne l'administration de ses biens.

En législation on pourrait concevoir que tout mineur parvenu à un certain âge, fût émancipé de plein droit, obtînt une demi-capacité. Ce serait une sorte de stage, de période intermédiaire entre la pleine incapacité résultant de la minorité et la pleine capacité attachée à la majorité. Mais ce n'est pas l'esprit de notre législation.

L'émancipation doit résulter en principe d'un acte juridique émanant du père, de la mère ou du conseil de famille, et c'est seulement dans un seul cas que le mineur est de plein droit émancipé, en cas de mariage.

L'émancipation constitue dans notre droit un régime intermédiaire entre l'incapacité presque complète du mineur et la capacité entière du majeur; c'est un mélange de liberté et de protection. C'est un régime complexe, qui n'est pas exempt d'une certaine obscurité, alors qu'il aurait dû être très simple.

Plus simple est le système admis dans certaines législations et notamment le Code civil allemand, le système de la déclaration de majorité. Le Code civil allemand admet qu'un enfant mineur puisse, à un certain moment, faire l'objet d'une déclaration de majorité qui lui confère une majorité anticipée.

Dans notre droit au contraire l'émancipation ne confère au mineur qu'une demi-capacité, dont les limites sont d'ailleurs difficiles à déterminer.

Il faut bien reconnaître que l'émancipation est chose relativement rare en pratique. Elle est à peu

Source : BIU Cujas

près ignorée, lorsque l'enfant a encore son père et sa mère, parce que généralement cet enfant n'a pas de bien et qu'il n'y a pas de raison de lui accorder une émancipation dont il ne saurait que faire.

Par contre, l'émancipation est plus fréquente lorsque l'un des père et mère est décédé, En pareil cas l'émancipation a l'avantage de conférer au mineur ayant l'âge requis une certaine capacité pour les actes de la vie courante, et surtout l'émancipation a pour avantage d'éviter la constitution et le fonctionnement d'une tutelle.

A-Emancipation légale résultant du mariage

I - A quelles conditions un mineur peut-il être émancipé?

Tout d'abord il est un cas d'émancipation légale (art. 476): le mineur est émancipé de plein droit par le mariage. Pas besoin d'acte d'émancipation, l'émancipation est de droit, elle résulte du mariage, même s'il s'agit d'une femme n'ayant pas atteint l'âge de quinze ans révolus. Nous allons voir en effet que l'âge de l'émancipation c'est quinze ans, mais lorsqu'il s'agit de l'émancipation légale résultant du mariage, et à supposer qu'il s'agisse d'une femme ayant obtenu la dispense d'âge pour se marier, elle bénéficie de l'émancipation.

B-Emancipation par les père et mère ou le conseil de famille

En dehors de l'émancipation légale, par mariage, l'émancipation doit résulter d'un acte du père ou de la mère ou du conseil de famille.

1- Emancipation par le père ou àson défaut par la mère

Plaçons-nous d'abord dans le cas où le mineur a ses père et mère ou l'un des deux. Du vivant des père et mère, le père exerçant la puissance paternelle; il a le droit d'émanciper l'enfant. Si le père meurt, le droit passe à la mère. Si le père est fou, interdit ou absent, le droit appartient également à la mère.

En cas de déchéance de la puissance paternelle, l'art. 14 de la loi de 1889 dit que le droit du père passe à la mère, et s'ils sont déchus l'un et l'autre de la puissance paternelle le droit à l'émancipation est exercé par les mêmes personnes que si le père et la mère étaient décédés, en fait par le conseil de famille.

En cas de divorce, le père conserve le droit d'émanciper l'enfant, même s'il n'en a pas la garde. Mais les tribunaux se reconnaissent à cet égard un droit de contrôle. Comme l'émancipation est une mesure qui ne doit être prise que dans l'intérêt de l'enfant, les tribunaux se reconnaissent le droit d'annuler une émancipation qui serait faite par le père en haine de la mère, et notamment pour lui retirer le droit de

Source : BIU Cujas

jouissance légale qui disparaîtrait avec l'émancipation.

Age de l'émancipation

L'enfant peut être émancipé à quinze ans. Art. 477: "Le mineur, même non marié, pourra être émancipé par son père, ou à défaut de père par sa mère, lorsqu'il aura atteint l'âge de quinze ans révolus".

Déclaration unilatérale devant le juge de paix

L'émancipation s'opère par la seule déclaration du père ou de la mère reçue par le juge de paix assisté de son greffier. Il suffit que le père ou la mère se présente devant le juge de paix assisté du greffier et qu'il déclare émanciper son enfant. L'enfant n'a pas à accepter ou refuser l'émancipation; le père lui confère l'émancipation; le greffier enregistre et l'enfant est par ce seul fait émancipé.

2- Emancipation par le conseil de famille

Que se passe-t-il au cas où le père et la mère sont l'un et l'autre décédés? Art. 478 :"Le mineur resté sans père ni mère pourra aussi, mais seulement à l'âge de dix huit ans accomplis, être émancipé, si le conseil de famille l'en juge capable".

Ici l'âge de l'émancipation n'est plus 15 ans mais 18 ans, lorsque le mineur n'a plus son père et sa mère, On a craint qu'on émancipât trop facilement un enfant pour se débarrasser de la charge de la tutelle. La loi éxige donc que l'enfant ait 18 ans accomplis.

De qui proviendra l'émancipation? Pas du tuteur, qui serait trop intéressé à faire émanciper l'enfant pour se débarrasser de la tutelle. L'émancipation résulte de la délibération du conseil de famille que préside le juge de paix. L'art. 478 décide que l'émancipation résultera de la délibération qui l'aura autorisée et de la déclaration que le juge de paix, comme président du conseil de famille, aura faite dans le même acte, que le mineur est émancipé. C'est le procès-verbal de la délibération du conseil de famille contenant la déclaration du juge de paix qui emportera émancipation.

II - Quelles sont les conséquences de l'émancipation?

Le mineur émancipé se trouve affranchi tout à la fois de la puissance paternelle et de la tutelle, ou de l'administration légale.

1-Pleine indépendance du mineur émancipé quant à sa personne

I- En ce qui concerne le gouvernement de sa personne, l'émancipation confère au mineur émancipé plein et entier droit de disposer de sa personne. Il n'est plus soumis ni au droit de garde ni au droit de correction. Il dispose librement de sa personne, se choisit un domicile, peut engager ses services, contracter un engagement volontaire, sans avoir besoin d'aucune autorisation. Il peut exercer toute profession sauf la

Source : BIU Cujas

Autorisation spéciale pour faire le commerce.

profession commerciale. Pour exercer la profession commerciale, en effet, il ne suffit pas d'être émancipé, il faut encore avoir 18 ans accomplis et avoir obtenu l'autorisation de son père, ou à défaut du père, de la mère, soit à défaut de père et mère, du conseil de famille, et une autorisation spéciale de faire le commerce. Il faut en outre que cette autorisation soit transcrite au registre du commerce (art. 2 Code de commerce).

Autorisation pour le mariage

Il y a donc un régime spécial pour la profession commerciale.

Bien qu'il gouverne librement sa personne, le mineur émancipé ne peut contracter mariage sans l'autorisation de ses père et mère ou du conseil de famille.

2 -Demi capacité du mineur émancipé

2 - Le mineur émancipé acquiert en second lieu le droit d'administrer ses biens, mais sur ce point sa capacité est loin d'être aussi complète que celle d'un majeur. La condition du mineur émancipé est une condition intermédiaire entre celle du mineur non émancipé et celle du majeur. Alors que le majeur a une entière capacité, le mineur émancipé ne peut faire seul que les actes de la vie courante, ceux que la loi appelle les actes de pure administration. Pour tous autres actes il ne peut agir seul.

Mais ici une distinction, bien critiquable: pour les actes qu'il ne peut accomplir seul le mineur émancipé se trouve placé sous l'un ou l'autre des régimes suivants.

Pour certains actes, il ne peut les faire qu'avec l'assistance d'un curateur qui lui est nommé par le conseil de famille. Pour d'autres actes, jugés particulièrement graves par la loi, le mineur émancipé est soumis exactement aux mêmes conditions que le mineur non émancipé.

Les trois catégories d'actes

Il y a trois catégories d'actes, par conséquent, en ce qui concerne le mineur émancipé: 1°- les actes qu'il peut faire seul, 2°- les actes qu'il ne peut faire qu'avec l'assistance du curateur, 3° - les actes pour lesquels il est soumis à la condition du mineur non émancipé.

Avant d'entrer dans l'étude de ces trois catégories d'actes, il convient de dire quelques mots de l'organisation et du fonctionnement de la curatelle.

nomination du curateur par le conseil de famille

En principe, le curateur du mineur émancipé est nommé par le conseil de famille (art. 480); il n'y a pas de curatelle légale. Aucun texte notamment ne décide que le survivant des père et mère est de plein droit le curateur du mineur émancipé. C'est généralement le père ou la mère survivant qui sera nommé cura-

Source : BIU Cujas

teur, mais ce n'est pas nécessaire.

Curatelle du mari sur la femme mineure

Par contre, on admet généralement, bien qu'il n'y ait aucun texte, que le mari majeur est de plein droit le curateur de sa femme mineure. Avant la loi du 18 Février 1938, certains auteurs soutenaient que la femme mariée mineure ne devait pas être soumise au régime de la curatelle. Elle était, disaient-ils, suffisamment protégée par l'obligation où la mettait son incapacité de femme mariée de demander l'autorisation du mari ou de justice; inutile de cumuler les deux incapacités. Cette solution était déjà très contestable avant la loi de 1938; aujourd'hui, elle n'est plus soutenable, puisque l'incapacité de la femme a disparu en principe. Il est donc nécessaire d'assurer la protection de la femme mariée mineure émancipée et de la placer sous le régime de la curatelle. On admet, même en l'absence d'un texte, que le curateur est en principe le mari , sauf dans deux cas, en cas de séparation de corps et dans le cas où le mari est lui-même mineur.

Caractère gratuit et obligation de la fonction de curateur

Depuis la loi du 24 mars 1917, les femmes peuvent être curatrices.

La curatelle comme la tutelle est une charge gratuite et obligatoire. Les causes d'excuse ou d'incapacité de la tutelle doivent être étendues à la curatelle.

Le rôle du curateur est différent de celui du tuteur, il n'a pas le maniement des deniers, il a un simple rôle d'assistance.

En ce qui concerne le mineur émancipé, il faut distinguer quatre catégories d'actes, ce qui ne va pas sans complication. Cependant le projet de Code civil avait établi pour le mineur émancipé une situation assez claire. Il y avait en ce qui le concernait deux catégories d'actes; ceux qu'il pouvait faire seul et ceux pour lesquels était requise l'assistance de son curateur. Malheureusement, on ne s'en est pas tenu là, et l'on a créé pour le mineur émancipé, une nouvelle catégorie d'actes: ceux pour lesquels il est dans la situation pure et simple du mineur non émancipé .

Les 4 catégories d'actes du mineur émancipé

Donc, quatre catégories d'actes:

1) Les actes que le mineur peut faire seul;

2) Les actes pour lesquels il a besoin d'être assisté du curateur;

3) Les actes pour lesquels il est dans la situation du mineur non émancipé, pour lesquels est requise l' autorisation du conseil de famille et le cas échéant l'homologation du tribunal.

4) Les actes formellement interdits au mineur émancipé comme ils le sont au mineur non émancipé.

Source : BIU Cujas

1-Actes de pure administration pouvant être faits par le mineur seul

1) Première catégorie: Les actes que l'émancipé peut faire seul; article 481.

"Le mineur émancipé passera les baux dont la durée n'excèdera point neuf ans; il recevra ses revenus, en donnera décharge et fera tous les actes qui ne sont que de pure administration, sans être restituable contre ces actes dans tous les cas où le majeur ne le serait pas lui-même".

Donc, pour ces actes de pure administration, il est dans la situation d'un majeur; il a pleine et entière capacité.

Exemples cités par la loi: baux ne dépassant pas 9 ans; perception des revenus

Mais que doit-on entendre par "actes de pure administration"? C'est là qu'est la difficulté. Parmi ces actes, la loi en cite deux: les baux dont la durée n'excède pas neuf ans et la réception des revenus. En dehors de ces deux actes expressément visés par la loi, quels sont les actes qui peuvent être considérés comme étant de pure administration?

La distinction des actes d'administration et des actes de disposition. Des cas où la question se pose; difficultés qu'elle présente.

Nous touchons ici à une des questions les plus discutées du droit civil. Il s'agit de savoir ce qu'on doit entendre par actes d'administration. La question de savoir ce qu'on doit entendre par actes d'administration se pose d'abord, pour les personnes qui sont pourvues d'une demi-capacité, comme le mineur émancipé comme l'était autrefois la femme séparée de biens. La question de savoir ce qu'il faut entendre par actes d'administration se pose également toutes les fois qu'il s'agit de déterminer les pouvoirs des administrateurs de biens d'autrui, pouvoirs du tuteur, pouvoirs de l'administrateur légal, pouvoirs du mari administrateur des biens de sa femme, etc..

C'est un problème qui se pose fréquemment et que la loi n'a nullement résolu. Nous sommes en présence de dispositions éparses comme celles de l'art. 481. Ce qui complique les choses c'est que la loi ne se fait pas une conception unique de l'acte d'administration. Dans certains cas, celui du mineur émancipé notamment, la loi se fait de l'acte d'administration une conception étroite, dans d'autres cas elle s'en fait une conception plus large.

A l'acte d'administration, on oppose l'acte de disposition. L'acte d'administration, a-t-on dit, c'est celui qui tend à conserver, à gérer, à faire fructifier le patrimoine ou un bien déterminé, sans toucher au capital, sans engager l'avenir d'une manière définitive ou trop durable. L'acte de disposition au contraire est celui qui tend à la modification du patrimoine considéré au point de vue du capital; celui qui porte atteinte au capital en tout ou en partie ou qui immobilise le capital d'une manière très prolongée.

Mais que doit-on faire rentrer dans l'une et dans

Source : BIU Cujas

l'autre catégorie? Par exemple un bail excédant neuf ans est considéré comme un acte de disposition, tandis qu'un bail qui n'excède pas la durée de neuf ans est considéré comme un acte d'administration. Donc, un acte de disposition n'exige pas nécessairement une aliénation; par exemple un bail excédant neuf ans n'est pas une aliénation, mais il engage l'avenir d'une manière prolongée, de telle sorte que la loi en fait généralement un acte de disposition. Au contraire, il y a des actes d'aliénation qui sont considérés par la loi comme constituant de purs actes d'administration, par exemple, la vente des récoltes, parce que les récoltes sont faites pour être vendues et pour procurer un revenu à celui qui a fait la récolte.

Mais bornons-nous à examiner le problème en ce qui concerne le mineur émancipé.

Opposition entre la libre administration de la femme séparée et de la pure administration du mineur émancipé

Le mineur émancipé peut faire seul les actes qui ne sont que de pure administration. La loi ne nous dit pas, à part les deux exemples qu'elle donne, ce qu'il faut entendre par les actes de pure administration. Or, il est de tradition, d'ailleurs défendable, d'opposer la disposition de l'art. 481 dont nous nous occupons en ce moment, avec celle de l'art. 1449, qui vise les pouvoirs de la femme séparée de biens.

Cet article 1449 nous dit que la femme séparée de biens a la libre administration de ses biens, tandis que le mineur émancipé, lui, n'a le droit que de faire des actes de pure administration. D'où l'on conclut habituellement que le mineur émancipé a une capacité moins étendue que celle qu'avait, avant la loi de 1938, la femme séparée de biens. Il ne peut faire que des actes de pure administration.

1) Actes extra-judiciaires rentrant dans la pure administration

Quels actes rentrent dans cette catégorie? On considère généralement comme rentrant dans les actes de pure administration non seulement les baux n'excédant pas neuf ans ou la perception des revenus, dont il est question dans l'art. 481, mais encore tous actes ayant pour objet l'administration et l'entretien du patrimoine, la tenue de la personne et de la maison, l'exercice d'une profession; le mineur émancipé peut faire tous actes conservatoires de ses biens, employer ses revenus (puisqu'il peut les ttoucher) il peut payer ses dettes au moyen de ses revenus; c'est un acte de bonne administration; il peut conclure un contrat de louage de services avec des domestiques ou des employés, acheter des objets usuels, prendre à bail une maison ou un appartement; vendre ses récoltes ou les produits de son travail, parce que ce sont là des choses qui sont destinées à être aliénées; ou encore vendre ses meubles corporels hors d'usage ou sujets à dépéris-

"Les Cours de Droit" Y Répétitions Ecrites et Orales
Source : BU Cujas DE LA SORBONNE, 3 Reproduction interdite

sement. Tous ces actes rentrent dans la pure administration.

Actes ne rentrant pas dans la pure administration

Par contre, ne rentre certainement pas dans la pure administration la réception d'un capital. L'art. 482 dit formellement qu'il ne peut recevoir un capital qu'avec l'assistance de son curateur. De même la vente des meubles, sauf lorsqu'il s'agit de meubles dépréciés ou sujets à dépérissement.

2)Actes judiciaires de pure administration: actions mobilières (au moins quant aux revenus), actions immobilières possessoires

En matière judiciaire, on considère comme actes de pure administration l'exercice des actions possessoires, qui sont des actions immobilières, et l'exercice des actions mobilières. En ce sens on tire argument de l'art. 482 qui décide que le mineur émancipé ne peut exercer une action immobilière sans l'assistance de son curateur; on en conclut qu'il peut donc exercer une action mobilière sans cette assistance.

Toutefois, d'après certains auteurs et certains arrêts, le mineur émancipé ne pourrait exercer seul que les actions mobilières tendant à la perception des revenus. Il ne pourrait exercer seul les actions mobilières tendant au recouvrement d'un capital, parce qu'en effet il ne peut pas recevoir seul un capital.

Discussion concernant le placement des capitaux

Il y a tout de même des points controversés. La question la plus discutée sur la consistance des actes de pure administration, concerne le placement des capitaux. Certains auteurs considèrent que le mineur émancipé peut placer seul ses capitaux, mais cette opinion est très douteuse. En effet, la loi décide qu'il ne peut recevoir ses capitaux sans l'assistance de son curateur; l'article 482 ajoute que le curateur surveillera l'emploi du capital reçu. Par conséquent, il semble bien que ces solutions entraînent logiquement l'obligation pour le mineur émancipé d'être assisté de son curateur pour le placement des capitaux. Il y a cependant des arrêts qui ont permis au mineur émancipé de placer des capitaux sans l'assistance du curateur.

II- Actes exigeant l'assistance du curateur.

2)Deuxième catégorie: Les actes que le mineur émancipé ne peut faire qu'avec l'assistance de son curateur.

Rôle du curateur (différence avec le tuteur)

A la différence du tuteur, le curateur ne représente pas le mineur émancipé dans les actes juridiques; c'est le mineur lui-même qui figure à ces actes: il agit lui-même: seulement, dans les cas prévus par la loi, le curateur doit assister le mineur, c'est-à-dire que le curateur doit être présent à l'acte afin de conseiller et de guider le mineur émancipé. Il résulte de tout cela que le curateur n'a qu'un simple rôle d'assistance. Il ne représente pas le mineur, il ne manie pas les deniers du mineur, et c'est ce qui explique que les immeubles du curateur ne soient pas grevés de l'hypothèque légale, à

Source : BIU Cujas

la différence des immeubles du tuteur.

Voyons maintenant les actes pour lesquels la loi exige que le mineur émancipé soit assisté de son curateur. Ces actes sont peu nombreux. Lors des travaux préparatoires du Code, tous les actes que le mineur ne pouvait faire seul devaient être faits par lui avec l'assistance de son curateur. Depuis qu'on a créé une troisième catégorie d'actes, ceux pour lesquels le mineur émancipé est dans la même situation que le mineur non émancipé, le rôle du curateur est devenu très restreint.

La loi nous indique un certain nombre d'actes que le mineur peut faire à la condition d'être assisté de son curateur.

Réception du compte de tutelle

C'est d'abord (art. 480) la réception du compte de tutelle.

Ester dans une action immobilière

En second lieu (art.482) l'exercice d'une action immobilière, par exemple une action en revendication; les actions possessoires, on les considère comme pouvant être exercées par le mineur à titre d'actes de pure administration. Il ne peut intenter une action immobilière, ni même y défendre sans l'assistance de son curateur.

Recevoir un capital mobilier et en donner quittance

En 3ème lieu, il ne peut recevoir ni donner décharge d'un capital mobilier sans l'assistance du curateur, qui doit surveiller l'emploi du capital reçu.

Acceptation d'une donation

Art. 935: Le mineur émancipé ne peut accepter une donation sans l'assistance de son curateur. Même raison que pour le mineur non émancipé: lorsqu'il s'agit du mineur non émancipé, la loi exige l'autorisation du conseil de famille, il y a une question de moralité à envisager dans certains cas. Même s'il s'agit du mineur émancipé, on ne l'autorise à accepter une donation qu'avec l'assistance de son curateur.

Vente de meubles corporels

Il faut ajouter la vente des meubles corporels lorsqu'elle ne constitue pas un acte de pure administration, lorsqu'il ne s'agit pas d'une vente de récolte ou de meubles périssables ou dépréciés.

placement des capitaux

Enfin, il faut admettre, sauf controverse, que le placement des capitaux en immeubles ou en valeurs mobilières ne peut être fait par le mineur émancipé qu'avec l'assistance de son curateur.

3) Troisième catégorie: Actes soumis aux mêmes formalités que pour le mineur non émancipé.

Ce sont les actes les plus graves, ou jugés tels par la loi. Pour certains de ces actes, le mineur émancipé devra obtenir l'autorisation du conseil de famille, par exemple l'acceptation ou la répudiation d'une succession. Le mineur émancipé comme le mineur non émancipé ne peut accepter une succession que sous

Source : BIU Cujas

bénéfice d'inventaire. Dans d'autres cas il sera nécessaire que l'autorisation du conseil de famille soit homologuée par le tribunal. C'est le cas de l'emprunt (art. 483), de l'aliénation, de l'hypothèque d'un immeuble (art. 484). Pour la transaction (art. 467) on exigera les mêmes formes que pour le mineur non émancipé autorisation du conseil de famille, homologation du tribunal, et en plus avis des trois jurisconsultes.

Discussion sur l'assistance du curateur à ces actes

Une question se pose: Lorsque le mineur émancipé a obtenu les autorisations nécessaires, par exemple pour vendre un immeuble, contracter un emprunt, lui est-il nécessaire d'avoir l'assistance de son curateur pour passer l'acte ? Le conseil de famille l'a autorisé à emprunter, le tribunal a homologué la décision, est-il nécessaire pour passer cet acte d'emprunt que le mineur émancipé soit assisté de son curateur? D'après l'opinion la plus généralement admise, l'assistance d'un curateur est inutile; le curateur n'a plus rien à faire en cette matière. Néanmoins cette opinion est contestée par certains auteurs, tels Josserand qui exigent toujours l'intervention du curateur. En pratique, en effet, il semble bien qu'on exige l'intervention du curateur même lorsque le mineur a obtenu les autorisations nécessaires du conseil de famille et du tribunal.

Les meubles incorporels du mineur émancipé. Application de la loi de 1880 quant à l'aliénation des meubles incorporels du mineur émancipé au cours de la tutelle et autrement que par mariage

Jusqu'ici nous ne nous sommes pas occupés des pouvoirs du mineur émancipé à l'égard de ses meubles incorporels, et plus spécialement de ses valeurs mobilières. Nous avons réservé la question pour la fin, parce qu'elle donne lieu à une législation inutilement complexe;

La question de la capacité du mineur émancipé à l'égard de ses meubles incorporels a été réglée par la loi du 27 Février 1880.

D'après l'article 4 de la loi du 27 Février 1880, les dispositions relatives à l'aliénation des biens incorporels des mineurs non émancipés ne sont applicables qu'à une seule catégorie de mineurs émancipés; ceux qui ont été émancipés au cours de la tutelle, et encore, à la condition qu'ils n'aient pas été émancipés par le mariage.

L'article 4 de la loi de 1880 est ainsi conçu : "Le mineur émancipé au cours de la tutelle, même assisté "de son curateur, devra observer pour l'aliénation de "ses meubles incorporels les formes ci-dessus prescrites "à l'égard du mineur non émancipé. Cette disposition ne "s'applique pas au mineur émancipé par le mariage".

Par conséquent, les mineurs émancipés, à la condition qu'ils aient été émancipés au cours de la tutelle et qu'ils n'aient pas été émancipés par le mariage, doi

Source : BIU Cujas

vent pour aliéner leurs valeurs mobilières et leurs meubles incorporels en général observer les mêmes formalités qui sont prescrites pour le mineur non émancipé, c'est-à-dire l'autorisation du conseil de famille jusqu'à 7.500 frs, l'autorisation du conseil de famille homologuée par le tribunal au-dessus de cette somme.

Inapplication des dispositions concernant la conversion au nominatif des titres au porteur et l'emploi des capitaux mobiliers

Toutefois, comme l'article 5 de la loi de 1880, qui oblige le tuteur à convertir en titres nominatifs les valeurs au porteur du mineur, n'est pas déclaré applicable au mineur émancipé, celui-ci , s'il a des titres au porteur, peut dans une certaine mesure éluder l'application de la loi en transmettant ses titres de la main à la main.

D'autre part, l'article 6 de la loi de 1880 relatif à l'emploi des capitaux n'est pas applicable au mineur émancipé. Par conséquent pour ce mineur émancipé il lui suffira de l'assistance de son curateur, point n'est besoin de l'autorisation du conseil de famille, ni à plus forte raison de l'homologation du tribunal.

En tout cas, il résulte de l'article 4 que nous étudions en ce moment que les dispositions de la loi de 1880 touchant l'aliénation des meubles incorporels ne s'appliquent ni au mineur émancipé par le mariage, ni au mineur émancipé au cours de l'administration légale.

Aliénation des meubles incorporels du mineur émancipé par mariage ou au cours de l'administration légale

Pour ces deux dernières catégories, il résulte des travaux préparatoires à la loi de 1880 que le mineur émancipé peut aliéner ses meubles incorporels avec la seule assistance de son curateur; le conseil de famille n'a pas à intervenir, quel que soit le montant du capital des valeurs à aliéner.

Pourquoi avoir soumis les mineurs émancipés au cours de la tutelle à un régime plus strict que celui des mineurs non émancipés et se contenter de l'assistance du curateur s'il s'agit d'un mineur émancipé ou par le mariage ou au cours de l'administration légale?

En ce qui concerne les mineurs émancipés par le mariage, cela se défend. On n'a pas voulu imposer aux ménages dans lesquels l'un des époux ou les deux époux sont mineurs des formalités trop compliquées et trop coûteuses pour aliéner leurs valeurs mobilières. Au surplus dans un ménage, c'est généralement la femme qui est mineure, la protection de son mari lui suffit.

En ce qui concerne les mineurs émancipés au cours de l'administration légale, pourquoi avoir fait une faveur à ceux -là et pas à ceux émancipés au cours de la tutelle? La disposition légale s'explique - du moins on l'explique - parce qu'on n'a pas voulu faire intervenir le conseil de famille, pour lequel en principe il n'y a pas de place sous le régime de l'administration légale. Cette raison est d'ailleurs mauvaise, parce que

Source : BIU Cujas

le mineur , même émancipé sous le régime de l'administration légale, aura besoin de l'autorisation du conseil de famille pour emprunter ou aliéner un immeuble; la loi, à ce point de vue, ne distingue pas suivant qu'il a été émancipé sous l'administration légale ou sous la tutelle; il faut l'autorisation du conseil de famille. Mais la question n'a pas grande importance, car les mineurs émancipés sous le régime de l'administration légale sont très peu nombreux. En tous cas, il aurait été préférable de soumettre tous les mineurs émancipés au même régime de la seule assistance du curateur.

4)Quatrième catégorie: les actes qui sont absolument interdits au mineur émancipé, comme au mineur non émancipé; ce sont les donations, le compromis.

Capacité du mineur émancipé commerçant

Signalons enfin qu'il est un mineur émancipé qui jouit d'une capacité très étendue: c'est le mineur émancipé commerçant. Nous avons vu que tout mineur émancipé ne peut pas être commerçant. Pour être commerçant, il faut avoir dix-huit ans, avoir été émancipé, avoir obtenu une autorisation spéciale de faire le commerce, autorisation du père ou de la mère ou du conseil de famille, suivant les cas. Lorsque le mineur émancipé a obtenu l'autorisation d'être commerçant, l'art. 487 nous dit qu'il est réputé majeur pour les faits relatifs à ce commerce. Par conséquent, le mineur émancipé commerçant peut sans aucune autorisation, sans avoir besoin de l'assistance de son curateur, faire tous les actes nécessaires aux besoins de son commerce, notamment aliéner, emprunter, hypothéquer.

La seule restriction à sa capacité résulte de l'art. 6 C.Com. Il ne peut aliéner ses immeubles sans l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal, vestige de cette protection excessive de la fortune immobilière qui caractérise le Code civil.

Le mineur commerçant n'est réputé majeur que pour les faits relatifs à son commerce. S'il s'agit d'une question étrangère à son commerce , par exemple de l'acceptation ou de la répudiation d'une succession, il est dans la situation ordinaire du mineur émancipé.

§ 4 - Sanction judiciaire de l'incapacité du mineur

Un mineur a passé seul un acte pour lequel il était incapable, Quel va être le sort de cet acte?

La question se pose dans les mêmes termes pour le

Source : BIU Cujas

mineur en tutelle, pour celui qui est sous le régime de l'administration légale et pour le mineur émancipé. Cependant il y a des règles particulières au mineur émancipé; nous les étudierons dans un paragraphe spécial.

La loi a admis en cette matière un système complexe qui s'explique par une raison historique plutôt qu'il ne se justifie par des arguments rationnels. Il existe à cet égard une différence entre la situation du mineur et celle des autres incapables.

La sanction de l'incapacité en droit commun: nullité sans qu'il soit besoin qu'il y ait lésion

Généralement lorsqu'un incapable a fait un acte sans l'observation des formalités requises par la loi, cet acte est par cela même entaché de nullité, sans qu'il soit besoin de démontrer que l'acte ainsi fait a causé un préjudice à l'incapable.

C'est ce qu'admettait la loi en ce qui concerne la femme mariée et ce qu'il faut admettre encore aujourd'hui dans la mesure où la femme mariée a conservé son incapacité. C'est encore ce que la loi admet en ce qui concerne les interdits ou les personnes pourvues d'un conseil judiciaire. Du moment que les formalités légales n'ont pas été observées, l'acte est entaché de nullité.

Régime spécial de l'incapacité du mineur non émancipé: actes nuls pour lésion et actes nuls de plein droit

A l'égard des mineurs au contraire, la loi part d'un principe différent. La loi distingue en ce qui concerne les mineurs non émancipés deux catégories d'actes irréguliers: 1°- ceux qui ne seront annulés qu'à la condition qu'ils aient porté préjudice au mineur; et 2° les actes qui seront nuls de plein droit par cela seul que les formalités légales n'ont pas été observées.

Nous examinerons:

1) Sort des actes irréguliers faits par un mineur non émancipé;

2) Sort des actes irréguliers faits par un mineur émancipé.

I - Actes du mineur non émancipé.

Tout ce que nous allons dire se trouve dans les articles 1305 et suivants du Code civil.

Tout ce qui va être dit ne concerne pas le cas - cas plus théorique que pratique - où un acte juridique aurait été fait par un mineur trop jeune pour avoir le discernement suffisant. En pareil cas l'acte est nul pour défaut de consentement. Nous n'envisageons que le cas où l'acte a été fait par un mineur capable de discernement. Dans le Code civil allemand, cet âge est fixé à sept ans. Rien de pareil dans notre droit; c'est une question à trancher par les tribunaux suivant les espèces.

Source : BIU Cujas

En ce qui concerne le mineur capable de discernement, le principe est posé dans l'article 1305, qui est ainsi conçu : "La simple lésion donne lieu à la rescision en faveur du mineur non émancipé, contre toutes sortes de conventions; et en faveur du mineur émancipé, contre toutes conventions qui excèdent les bornes de sa capacité".

Du principe que le mineur est incapable de se léser par ses contrats. Origine de cette règle en droit romain

La simple lésion donne lieu à la rescision en faveur du mineur non émancipé contre toutes sortes de conventions.

Une observation terminologique: "rescision" entendez par là purement et simplement nullité. La distinction de l'action en rescision et de l'action en nullité avait de l'importance dans l'ancien droit, elle n'en a plus aucune aujourd'hui. Rescision veut donc dire nullité, mais par tradition, lorsqu'il s'agit d'une annulation pour lésion (préjudice), le Code civil a conservé la vieille expression "rescision". Mais quand on parle d'action en rescision pour lésion, cela veut dire action en nullité.

Il résulte de l'art. 1305 que l'acte fait par un mineur sans l'observation des formalités requises n'est pas par cela seul frappé de nullité. Il est simplement rescindable pour lésion, c'est-à-dire à la condition qu'il soit démontré que le mineur a subi un préjudice du fait de la conclusion de cet acte.

Si l'acte est normal, s'il ne cause aucun préjudice au mineur, celui-ci n'est pas recevable ni par lui-même, ni par son tuteur, à en demander la nullité, alors même qu'il l'a conclu seul, sans l'intervention de son tuteur ou de son administrateur légal.

C'est ce qu'on exprime en disant que dans notre droit le mineur n'est pas à proprement parler incapable d'agir; il est incapable simplement de se léser par ses contrats.

Telle était la solution admise dans notre ancien droit, qui tenait cette solution du droit romain. Seulement le droit romain se montrait beaucoup plus protecteur des mineurs que notre droit actuel,

C'est en effet au droit romain que nos anciens auteurs avaient emprunté l'adage bien connu "Minor restituitur, non tanquam minor, sed tanquam laesus"; le mineur est restitué non pas en tant qu'incapable mais en tant qu'il a subi un préjudice. Seulement les Romains étaient très protecteurs des mineurs de vingt cinq ans. Le droit romain appliquait cette règle même aux actes que le mineur pubère avait passé avec l'assistance de son curateur, et c'était même à ceux-là que le droit

Source : BIU Cujas

romain appliquait la règle "minor restituitur". En droit romain, même si le mineur avait passé un acte avec toutes les formalités requises, il pouvait faire annuler cet acte du moment qu'il avait subi un préjudice.

Les deux catégories d'actes: 1°- actes nuls en la forme. 2°- Actes rescindables pour lésion

Aujourd'hui c'est seulement lorsque le mineur a passé un acte irrégulièrement, sans l'intervention de son tuteur, qu'il peut réclamer, et encore à une condition: c'est qu'il ait été lésé.

Voilà donc une première catégorie d'actes pour lesquels le mineur sera restitué. La condition, c'est qu'il y ait lésion, que l'acte ait causé un préjudice au mineur.

Mais voici où la situation se complique. Il est une seconde catégorie d'actes dont le mineur peut demander la nullité par cela seul qu'ils ont été passés sans l'observation des formalités légales et sans qu'il soit besoin de démontrer l'existence d'une lésion.

Cette seconde catégorie d'actes est prévue, implicitement tout au moins, par l'art. 1311. "Le mineur "n'est plus recevable à revenir contre l'engagement "qu'il avait souscrit en minorité lorsqu'il l'a ratifié "étant majeur, soit que cet engagement fût nul en sa "forme, soit qu'il fut seulement sujet à restitution "pour lésion".

Il y a donc deux catégories d'actes prévus par la loi: les actes pour lesquels le mineur est sujet à restitution s'il y a lésion, et les actes nuls en la forme. Pour les actes nuls en la forme, la nullité peut être obtenue par cela seul que les formalités légales n'ont pas été observées.

Donc, deux catégories d'actes pour le mineur: les uns sont nuls en la forme, les autres simplement annulables, rescindables pour cause de lésion. Mais quels actes sont nuls en la forme, quels actes rentrent dans l'autre catégorie?

criterium de la distinction

Sans entrer dans le détail des controverses qui se sont élevées sur ce point, voici le criterium auquel se sont arrêtées la jurisprudence et la grande majorité de la doctrine.

1-Sont nuls en la forme les actes passés par le mineur seul alors qu'ils auraient dû être passés par le tuteur avec autorisation du conseil de fa-

On considère comme nuls en la forme tous les actes passés par le mineur seul et pour lesquels, s'ils avaient été faits régulièrement, le tuteur aurait eu besoin de l'autorisation du conseil de famille, et à plus forte raison de l'autorisation du conseil de famille et de l'homologation du tribunal. Pour ces actes-là, le tuteur peut en demander la nullité du moment que les formalités n'ont pas été remplies, que l'autorisation du conseil de famille n'a pas été obtenue, du moment que le mineur a fait l'acte seul. Par

Source : BIU Cujas

mille ou homologation du tribunal.

exemple, un mineur a aliéné seul son immeuble; cet acte est nul en la forme et la vente pourra être annulée sans qu'il soit besoin de démontrer que le mineur a subi une lésion. En effet, il s'agit d'un acte, l'aliénation d'un immeuble, que le tuteur ne peut faire seul, pour lequel il lui faut l'autorisation du conseil de famille homologuée par le tribunal. De même pour un emprunt ou pour l'aliénation de valeurs mobilières.

2-Rescindables pour lésion les actes passés par le mineur alors qu'ils auraient pu être faits par le tuteur

S'agit-il au contraire d'actes que le tuteur aurait pu faire seul, pour lequel aucune autorisation du conseil de famille n'est exigée, cet acte, si le mineur le fait sans l'intervention du tuteur ou de son administrateur légal, cet acte sera simplement rescindable pour lésion, c'est-à-dire que la nullité n'en pourra être obtenue qu'à la condition de démontrer qu'il en résulte un préjudice pour le mineur. Ce serait le cas de vente de meubles corporels ou le cas d'un bail consenti par le mineur sans l'intervention de son tuteur. Ici la simple intervention du tuteur n'est pas considérée comme une forme au sens de l'art. 1311. Le mineur, s'il fait seul cet acte, ne pourra en obtenir la nullité qu'à la condition de démontrer qu'il en a subi un préjudice.

Ce sont donc tous les actes que le tuteur peut faire seul qui rentrent dans cette seconde catégorie. Quels sont ces actes ? En général, les actes d'administration courante. Il résulte de ce régime que pour bon nombre d'actes de la vie courante, un bail par exemple, certains achats, l'incapacité du mineur est un peu théorique, puisque s'il fait ces actes seul, la nullité ne peut en être demandée du moment qu'il n'a subi aucun préjudice.

Règle spéciale pour la réception d'un paiement
Inutilité d'une lésion pour qu'il soit nul

Il est cependant un de ces actes qui peut être fait par un tuteur sans aucune autorisation, et qui cependant est nul de plein droit du moment que cet acte a été fait par le mineur seul, sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'existence d'un préjudice. Cet acte c'est la réception d'un paiement. Traditionnellement on considère que la réception d'un paiement par le mineur peut toujours être annulée sans qu'il soit nécessaire de démontrer que le mineur a subi un préjudice c'est-à-dire qu'il a dilapidé l'argent. L'art. 1241 qu'on invoque en ce sens, décide en effet que le paiement fait au créancier n'est pas valable s'il était incapable de le recevoir. On en conclut que du moment qu'un paiement a été fait à un mineur, la nullité de ce paiement peut être invoquée sans qu'il soit nécessaire de démontrer que le mineur a été lésé. Cette solution est peut-être sujette à contestation, nous l'indiquons sans y insister autrement.

Source : BIU Cujas

Sanction de l'irrégularité de l'acte accompli par le mineur. Nullité relative-ses trois caractères.

Que l'acte soit nul en la forme ou qu'il soit rescindable pour lésion, l'action en nullité ne peut être intentée que par le mineur ou ses héritiers ou son représentant légal. L'action ne rescision ou en nullité ne peut être exercée par la personne avec laquelle le mineur a contracté. En d'autres termes il s'agit d'une nullité purement relative qui ne peut être invoquée que par le mineur ou ses héritiers, son représentant légal.

D'autre part, la nullité peut disparaître par la confirmation de l'acte que fera le mineur devenu majeur, ou par la confirmation qui émanerait de son représentant légal.

Enfin l'action en nullité se prescrit par dix ans comme le sont en principe les actions en nullité relative (art. 1304), les dix ans courant d'ailleurs seulement du jour de la majorité.

Comparaison du domaine d'application des conditions de la nullité pour le mineur suivant qu'il est soumis à la tutelle ou à l'administration légale.

Cette distinction faite par la loi aboutit à une singulière conséquence lorsqu'il s'agit du mineur qui est sous le régime de l'administration légale. C'est que, lorsqu'il s'agit du régime de l'administration légale, il est des actes qui peuvent être passés par l'administrateur légal seul, alors que pour un tuteur ils devraient être accompagnés de l'autorisation du conseil de famille. Pour ces actes-là, ces actes que l'administrateur légal peut faire seul -et il sont plus nombreux pour l'administrateur léfal que pour le tuteur- le mineur pourra les faire et il les fera valablement à la condition de ne subir aucun préjudice.

Du principe que le mineur s'oblige par ses délits. Conséquence: validité de l'acte irrégulier passé par le mineur s'il a usé de manoeuvres frauduleuses pour faire croire à sa majorité.

Le mineur ne peut demander la nullité lorsqu'il a usé de manoeuvres frauduleuses vis-à-vis de son cocontractant, notamment lorsqu'il a usé de manoeuvres frauduleuses pour faire croire à sa majorité, lorsqu'il a par exemple produit un acte de naissance faux. En pareil cas, il a commis ce que l'on appelle un délit civil; or, l'art. 1310 décide que le mineur n'est point restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit.

Mais la loi décide dans l'art. 1307 que la simple déclaration de majorité faite par le mineur ne fait point obstacle à sa restitution. S'il s'est contenté de déclarer à son interlocuteur qu'il était majeur, il pourra tout de même demander la nullité. Son action en nullité en somme ne rencontre une fin de non recevoir que s'il a usé de manoeuvres frauduleuses, production d'actes faux par exemple.

S'il s'est contenté de déclarer à son interlocuteur qu'il était majeur, il pourra tout de même deman-

Source : BIU Cujas

mander la nullité, soit nullité en la forme, soit nullité pour lésion, parce qu'il appartenait à l'autre partie de prendre ses renseignements.

Appréciation de la lésion causée au mineur.

Dans le cas où l'acte n'est rescindable que pour lésion, quand pourra-t-on considérer que le mineur a subi une lésion, un préjudice? La loi n'a rien dit sur ce point, elle n'a fixé aucun chiffre, tandis que lorsqu'il s'agit de certains contrats qui peuvent être rescindés au profit des majeurs pour lésion, la loi a fixé un taux, par exemple le quart pour le partage; lorsqu'il s'agit d'un mineur la loi n'a fixé aucun chiffre; elle s'en rapporte sur ce point à l'appréciation des juges. Il y aura lésion par exemple si le mineur a vendu des meubles corporels à un prix trop bas. En tout cas, la lésion n'est prise en considération que lorsqu'elle résulte du contrat. C'est ce que signifie l'art. I306 qui décide que le mineur n'est pas restituable pour cause de lésion lorsqu'elle ne résulte que d'un événement casuel et imprévu. Par exemple le mineur a acheté un objet d'art; si cet objet d'art, il l'a payé beaucoup trop cher étant donné sa valeur, il pourra demander la rescision pour lésion; il a subi un préjudice résultant du contrat lui-même. Supposez au contraire qu'il ait acheté l'objet d'art à sa valeur; puis que cet objet vienne à être détruit par un cas fortuit, incendie ou un événement de guerre; il subit un préjudice, mais le mineur ne peut demander la rescision du contrat pour lésion, car la lésion qu'il subit ne résulte pas du contrat lui-même.

Conséquence de l'annulation de l'acte passé par le mineur: obligation de restitution à celui-ci dans les limites de son enrichissement.

Enfin lorsque l'acte passé par le mineur sans l'observation desformalités légales est annulé, le mineur peut être tenu de rembourser à son cocontractant tout ce qu'il a reçu de lui à la condition que cela ait tourné à son profit.

On ne concevrait pas en effet que le mineur puisse s'enrichir aux dépens de son cocontractant. C'est ce que dit l'art. I3I2:

" Lorsque les mineurs ou les interdits sont admis, en ces qualités, à se faire restituer, contre leurs engagements, le remboursement de ce qui aurait été, en conséquence de ces engagements, payé pendant la minorité ou l'interdiction, ne peut en être exigé, à moins qu'il ne soit prouvé que ce qui a été payé a tourné à leur profit."

Source : BIU Cujas

Par exemple, le mineur a contracté un emprunt, sans l'observation des formalités légales. Il le fait annuler. Il sera tenu de rembourser les sommes prêtées s'il est démontré que cette somme a tourné à son profit, notamment a servi à éteindre une dette . Mais s'il a dilapidé cette somme, il n'est obligé à aucun remboursement.

Voilà les conditions auxquelles est subordonnée la nullité des actes passés par un mineur non émancipé.

Validité des actes passés par le mineur dans les limites de sa capacité ou avec les formalités requises

Lorsqu'au contraire le mineur a agi dans les limites de sa capacité, ou encore lorsque toutes les formalités protectrices édictées par la loi ont été observées, l'acte est valable et la nullité n'en peut être demandée que dans les cas où cette nullité pourrait être demandée vis-à-vis d'un majeur. C'est le principe qui est posé dans l'art. 1314: "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".

La même solution est donnée par les art. 1308 et 1309, dans des cas particuliers, mais il faut généraliser le principe.

Différence sur ce point entre notre droit moderne et le droit romain; en droit romain, le mineur, même lorsque toutes les formalités avaient été observées, était restituable pour lésion; aujourd'hui, le mineur n'est restituable pour lésion que quand les formalités n'ont pas été observées.

Si toutes les formalités protectrices ont été observées, le mineur n'a rien à réclamer. C'est la condition nécessaire au crédit. Personne ne voudrait traiter avec le représentant d'un mineur si on était exposé à se voir opposer la nullité du contrat sous prétexte qu'il serait préjudiciable au mineur.

2 - Sanction judiciaire des actes irréguliers faits par le mineur émancipé

I- Actes soumis aux mêmes formalités que pour le mineur non émancipé Nullité en la forme

Il est tout d'abord des actes pour lesquels le mineur émancipé est astreint aux mêmes formalités que le mineur non émancipé, à savoir l'autorisation du conseil de famille et dans certains cas l'homologation du tribunal. Il est dans la même situation que le mineur non émancipé. Par conséquent si un mineur émancipé a passé un de ces actes, sans l'observation des formalités requises par la loi, la sanction est la même que pour le mineur non émancipé; l'acte est nul en la forme,

Source : BIU Cujas

c'est-à-dire que la nullité peut en être demandée par le mineur devenu majeur ou par le représentant du mineur sans qu'il soit nécessaire de justifier l'existence d'un préjudice à la charge du mineur.

2- Actes que le mineur émancipé n'aurait pu faire qu'avec l'assistance de son curateur. Rescision pour lésion

Il est une seconde catégorie d'actes. Elle comprend ceux que le mineur émancipé ne peut passer qu'avec l'assistance de son curateur. Mais ici l'assistance du curateur suffit. Lorsque le mineur fait seul un de ces actes, la sanction est la même qu'à l'égard du mineur non émancipé qui a agi sans l'intervention de son tuteur dans un cas où l'acte aurait pu être fait par le tuteur seul. L'acte est rescindable pour lésion.

C'est ce que dit d'ailleurs l'art. 1305: "La simple lésion donne lieu à la rescision en faveur du mineur non émancipé contre toutes sortes de conventions; et en faveur du mineur émancipé, contre toutes conventions qui excèdent les bornes de sa capacité". Il y a concordance ici; du moment que l'acte peut être fait soit par le tuteur seul soit avec l'assistance du curateur seul, il faut justifier d'une lésion pour obtenir la nullité. Si au contraire, il s'agit d'un de ces actes pour lesquels la loi exige l'autorisation du conseil de famille, l'acte est nul en la forme; pas besoin de justifier d'une lésion pour en obtenir la nullité. Il y a sur ce point concordance parfaite entre la situation du mineur émancipé et celle du mineur non émancipé.

3-Actes de pure administration que le mineur émancipé peut faire seul. Validité de l'acte sauf réductibilité pour excès de dépense. Exemples.

Mais voici ce qu'il y a de nouveau en ce qui concerne le mineur non émancipé. Il s'agit de la catégorie d'actes pour lesquels le mineur émancipé a pleine et entière capacité, les actes de pure administration: baux n'excèdant pas neuf ans, perception des revenus.. location d'un appartement, etc..Ces actes faits par le mineur émancipé seul sont en principe intangibles. L'art. 481 nous dit en effet que le mineur émancipé passera les baux dont la durée n'excédera pasneuf 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.

Mais ce principe n'est pas absolu. L'art. 484, al. 2, a en effet admis une dérogation spéciale au mineur émancipé. Ce texte décide que les obligations que le mineur émancipé aurait contractées par voie d'achats ou autrement seront réductibles en cas d'excès.

Cette réduction en cas d'excès n'est pas admise indistinctement vis-à-vis de tous les actes que le mineur émancipé peut faire seul; elle n'est admise qu'à l'égard des actes qui obligent le mineur à une dépense. La fin du texte le dit formellement: il y est dit

Source : BIU Cujas

que le tribunal doit, pour prononcer la réduction pour excès, considérer différentes circonstances et notamment l'utilité ou l'inutilité des dépenses. Par conséquent ce sont seulement les actes qui obligent le mineur à une dépense qui sont réductibles en cas d'excès, au cas où ces dépenses sont excessives par rapport à la situation du mineur.

Tels sont par exemple les achats de denrées, de vêtements, de meubles, bijoux, voitures, ou encore la location d'une maison ou d'un appartement. Ou encore le contrat passé avec un entrepreneur pour une construction, pour l'amélioration de la maison ou l'embellissement de la propriété appartenant au mineur. Tous ces actes peuvent constituer le mineur en dépenses et peuvent être réduits en cas d'excès.

Au contraire ne sont pas réductibles des actes tels que la vente des meubles corporels faite à bas prix, ou encore le bail par lequel le mineur loue un de ses immeubles pour un loyer trop faible. Il subit un préjudice, mais il pouvait faire cet acte, c'est un acte de pure administration; même si l'acte cause un préjudice au mineur, il ne peut pas obtenir l'annulation de cet acte, parce qu'ici le préjudice subi par le mineur est toujours limité. Il y aura une perte de loyer, une perte de revenu, mais c'est un préjudice limité, tandis que lorsque ce mineur a engagé une dépense, il peut éprouver un préjudice considérable et hors de proportion avec sa fortune. Il a pu faire des dépenses susceptibles de le ruiner, de consommer son capital.

C'est ici que la loi intervient; bien que le mineur ait la capacité de faire ces actes de pure administration, la loi intervient pour permettre au mineur de réduire la dépense en cas d'excès.

Appréciation du caractère excessif de la dépense.

Toutes les fois donc qu'il s'agit d'une dépense engagée par le mineur dans les limites de sa capacité, les tribunaux peuvent réduire en cas d'excès.

Mais quand y aura-t-il excès?

L'art. 484 dispose pour apprécier cet excès, que les tribunaux prendront en considération la fortune du mineur, c'est évident; s'il s'agit de dépenses qui ne dépassent pas les capacités pécuniaires du mineur, il n'y a pas lieu de réduire. les tribunaux devront tenir compte aussi d'autres circonstances: la bonne ou la mauvaise foi des personnes qui auront contracté avec lui.

Source : BIU Cujas

Il est possible que la dépense soit trop forte sans être cependant ruineuse, mais que celui qui a contracté avec le mineur soit de bonne foi; en pareil cas le tribunal pourra refuser la réduction. S'il s'agit d'un individu qui a abusé de la crédulité du mineur, le tribunal réduira l'engagement du mineur.

Il faut aussi prendre en considération, nous dit le texte, l'utilité ou l'inutilité des dépenses. S'il s'agit de dépenses futures, de pur amusement, le tribunal réduira plus facilement que s'il s'agit d'une dépense utile. Voilà donc un très large pouvoir d'appréciation donné aux tribunaux .

Comparaison entre la rescision pour lésion et la réductibilité pour excès

Mais une question se pose: lorsqu'il s'agit de ces actes que le mineur peut faire seul parce qu'ils sont de pure administration, est-ce que la réduction pour excès n'équivaut pas en réalité à la rescision pour lésion? Non, ce n'est pas la même chose, quoique les deux situations soient assez voisines.

La réduction pour excès diffère de la rescision pour lésion à différents points de vue,

1°-Indépendance entre la lésion et l'exces

1° - Un acte peut être lésionnaire sans être excessif: par exemple l'achat d'une automobile à un prix trop élevé; le mineur subit un préjudice mais il n'y a pas nécessairement excès. C'est une dépense qui, si le mineur a une fortune considérable, peut ne pas être ruineuse pour lui et ne constitue pas un excès. A l'inverse, un acte peut être excessif sans être lésionnaire. Le mineur a acheté une automobile à son véritable prix, mais il est possible que la dépense soit beaucoup trop considérable étant donné le montant de ses revenus. En pareil cas le mineur émancipé pourra obtenir la réduction pour excès.

2- Différence quant aux actes auxquels elle s'applique

2°- La réduction pour excès ne s'applique qu'à certains actes, ceux qui constituent une dépense, et notamment les achats, tandis que la rescision pour lésion s'applique à tous les actes quelconques, et notamment à toutes les obligations que peut contracter un mineur.

Un mineur non émancipé a passé un bail pour un prix dérisoire, a loué un de ses immeubles pour un prix insuffisant; s'il s'agit d'un mineur non émancipé on pourra demander la rescision pour lésion; s'il s'agit d'un mineur émancipé il n'y a pas de réduction pour excès possible, parce qu'il ne s'agit pas d'une dépense.

3°- Quant au résultat de l'action en rescision et de celle de l'action en réduction

3°- La rescision pour lésion entraîne l'anéantissement de l'acte. Il n'en est pas de même en principe de la réduction pour excès. Il ne s'agit pas d'une annulation, il s'agit en principe d'une réduction.

Source : BIU Cujas

Les juges peuvent tout en maintenant l'acte rectifier certaines clauses. Par exemple - le cas s'est présenté : une femme mariée mineure s'était engagée solidairement avec son mari; on a conservé l'engagement de la femme, mais supprimé la solidarité avec le mari, il y a réduction de l'engagement de la femme. Ou bien encore le mineur émancipé a traité avec un entrepreneur pour l'embellissement de sa maison ou de son appartement; le tribunal estime que le devis de l'entrepreneur est trop considérable; on pourrait se contenter de travaux moins importants; le tribunal pourra supprimer un certain nombre d'article du devis et ne conserver que les travaux essentiels; en pareil cas le devis sera modifié.

Au cas où la réduction se confond avec l'annulation

Mais il arrivera dans certains cas que la réduction aboutira nécessairement à la disparition de l'acte. Si le mineur par exemple a acheté un objet dont le prix dépasse ses ressources, il faudra bien annuler l'achat tout entier. Il a acheté une automobile de grande marque; cette automobile est d'un prix qui est disproportionné aux ressources du mineur, en pareil cas il n'y a pas d'autre ressource que d'anéantir purement et simplement la vente. On ne peut réduire le prix, du moment que le prix est proportionné à la valeur de l'automobile; réduire le prix ce serait causer au vendeur un préjudice injustifié; ce serait permettre au mineur de s'enrichir aux dépens du vendeur de l'automobile. Il faut donc supprimer l'acte tout entier.

Le curateur peut-il demander la réduction

Une autre question se pose: qui peut demander la réduction pour excès? Certains auteurs proposent ici d'admettre une nouvelle différence avec la rescision pour lésion. La rescision pour lésion peut être demandée avant la majorité par le tuteur ou l'administrateur légal, mais, disent ces auteurs, la réduction ne pourrait être demandée que par le mineur émancipé lui-même, et non par son curateur

Cette solution doit être rejetée. Si l'action en réduction pour excès était laissée à la discrétion du mineur émancipé, celui-ci n'en userait jamais ou presque jamais, afin de conserver son crédit; aussi doit-on permettre au curateur de demander la réduction. Il faut en un mot étendre la solution que nous verrons admise par la jurisprudence dans le cas du conseil judiciaire. Nous verrons en effet que le conseil judiciaire, bien que la loi n'ait pas prévu cela, est admis à demander la nullité des actes passés par le prodigue ou par le faible d'esprit contrairement à son incapacité. De même, le curateur du mineur émancipé peut demander la réduction pour excès; c'est l'intérêt même du mineur qui le commande.

Source : BIU Cujas
« Les Cours de Droit »
3, Place de la Sorbonne, 3
Répétitions écrites et orales
Reproduction Interdite
Y

Extension de la réduction pour les actes passés par le mineur avec assistance du curateur.

Mais voici une nouvelle question, qui ne devrait pas se poser. C'est une question qui a été discutée que de savoir si la réduction pour excès s'appliqueraient même aux actes que le mineur émancipé aurait passés avec l'assistance de son curateur. La réponse doit certainement être négative. De même qu'on ne peut demander l'annulation d'un acte passé régulièrement par le tuteur seul, de même on ne doit pas pouvoir demander l'annulation ou la réduction pour excès d'un acte que le mineur émancipé a faits régulièrement avec l'assistance de son curateur; sans cela il n'y a plus de confiance possible pour le public; on n'osera plus traiter avec les mineurs, même officiellement assistés ou autorisés. Cependant il existe un arrêt de la Cour de cassation du 2I août I882 qui a admis que l'acte fait par le mineur, même avec l'assistance de son curateur, est susceptible de réduction pour excès, solution qui parait inexacte. Du moment que les formalités prescrites par la loi ont été observées, l'acte est intangible. Cela résulte de l'art. 48I.

Révocation de l'émancipation. Ses formes et ses effets.

Supposons qu'un engagement ou plusieurs engagements du mineur aient été réduits pour excès, la loi admet une sanction possible contre le mineur qui n'a pas répondu à la confiance qu'on a eue en lui en l'émancipant. Une conséquence de la réduction des engagements du mineur, dit l'art. 485, c'est que celui-ci peut se voir retirer le bénéfice de son émancipation: "Tout mineur émancipé dont les engagements auraient été réduits en vertu de l'article précédent pourra être privé du bénéfice de l'émancipation, laquelle lui sera retirée en suivant les mêmes formes que celles qui auront eu lieu pour la lui conférer". Il faudra suivre pour retirer l'émancipation les mêmes formes, c'est-à-dire que le père ou la mère ou le conseil de famille déclare devant le juge de paix que l'émancipation est retirée. Mais la condition c'est qu'il y ait eu réduction des engagements pour excès. De ce texte il faut conclure que le retrait de l'émancipation n'est pas possible, même en cas de réduction pour excès, lorsque l'émancipation résulte du mariage, puisqu'il n'y a pas de formes dans ce cas, l'émancipation est automatique. Lorsque le mineur s'est vu retirer son émancipation, il rentre en tutelle, nous dit la loi (ou sous l'administration légale) et il y reste jusqu'à sa majorité accomplie. Il ne peut plus bénéficier d'une nouvelle émancipation. Cependant il faut admettre que ce mineur pourrait être émancipé par le mariage. En tout cas il a été jugé que le retrait de l'émancipation n'est possible qu'en cas de réduction pour excès; il ne serait pas possible en cas de mauvaise conduite du mineur (Paris, 9 janvier; D.I90I, II, 30I)

Source : BIU Cujas

Chapitre II

MESURES DE PROTECTION EN FAVEUR DES ALIENES ET DES FAIBLES D'ESPRIT DANS LA FAMILLE

La protection des aliénés et des faibles d'esprit dans la famille; l'intervention des pouvoirs publics

Les aliénés et les faibles d'esprit, comme les enfants, ont besoin tout d'abord qu'on s'occupe de leur personne, en second lieu qu'on prenne des mesures en vue de l'administration de leurs biens.

Le Code civil, comme pour les mineurs, a organisé la protection des aliénés et des faibles d'esprit dans le sein de la famille, La famille est considérée comme la protectrice née de ceux de ses membres qui ont perdu tout ou partie de leur raison. C'est donc à elle que la loi abandonne le soin de s'occuper de celui de ses membres qui est atteint d'aliénation mentale. Mais ici, comme à l'égard des mineurs, les pouvoirs pubdics ont un droit d'intervention et même un devoir d'intervention et de surveillance.

D'abord il peut être nécessaire de prendre d'office des mesures contre les aliénés dangereux; d'autre part les pouvoirs publics doivent se préoccuper de la situation des aliénés sans famille ou de ceux que leurs familles laissent à l'abandon. Enfin il est nécessaire que l'Etat intervienne pour protéger les aliénés ou soi-disant tels contre leurs familles, notamment contre les internements ou les séquestrations arbitraires dont ils peuvent être l'objet.

Voilà l'idée générale de la matière, mais c'est avant tout à la famille qu'incombe la protection des aliénés ou des faibles d'esprit.

Nous allons nous occuper dans une 1ère section des aliénés, et dans une 2ème section nous verrons comment est organisée la protection des faibles d'esprit et de ces gens que la loi assimile aux faibles d'esprit, les prodigues.

Source : BIU Cujas

Section I

Les aliénés

La protection du patrimoine (moins que de la personne) de l'aliéné

Ce qui caractérise le régime du Code civil c'est qu'il a organisé la protection des aliénés dans le sein de la famille. Mais le Code civil s'est surtout préoccupé de la protection du patrimoine de l'aliéné. Il y a bien dans le Code un texte qui s'occupe de la protection de la personne, l'art.510, qui dispose que les revenus d'un interdit doivent être essentiellement employés à adoucir son sort et à accélérer sa guérison. Le même texte décide que, selon le caractère de la maladie et l'état de la fortune, le conseil de famille pourra arrêter que l'interdit sera traité dans son domicile ou qu'il sera placé dans une maison de santé, et même dans un hospice. Tous les autres textes au titre de l'interdiction sont relatifs à la protection du patrimoine. C'est surtout l'administration des biens qui a préoccupé les rédacteurs du Code; c'est l'intérêt patrimonial qui tient la première place.

Il s'agit en somme peut être moins de protéger l'aliéné lui-même que de protéger sa famille, les héritiers présomptifs, contre la dissipation de la fortune de l'aliéné. Conception égoïste et paysanne, a-t-on dit, dans laquelle la pitié et la commisération n'ont pas une grande part. Il faut cependant retenir à la décharge des rédacteurs du Code civil qu'ils s'étaient fait de l'interdiction, - la mesure de protection prise en faveur des aliénés, une conception que malheureusement la pratique n'a pas ratifiée.

La conception des rédacteurs du C.C. L'interdiction obligatoire des aliénés: la pratique de l'internement; la loi de 1838 sur l'internement des aliénés

Pour les rédacteurs du Code civil en effet, l'interdiction était la condition préalable, ou en tout cas l'accompagnement nécessaire de l'internement; les deux choses, pour les rédacteursdu Code civil, allaient de pair. L'internement devait être précédé ou accompagné de l'interdiction. Nous en trouvons encore la trace dans les textes du Code civil, notamment dans l'art. 489, qui dit que "le majeur qui est dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur, doit être interdit". De même l'art. 491 ordonne au procureur de la République de faire interdire l'aliéné qui est en état de folie furieuse, c'est-à-dire l'aliéné dangereux qui doit être interné par mesure d'autorité publique.

Source : BIU Cujas

En réalité, la pratique n'a pas suivi le Code. Les familles faisaient bien interner les aliénés, mais sans provoquer leur interdiction, soit que cette procédure fût jugée trop longue et coûteuse, soit plutôt qu'on hésitât devant la publicité de la procédure qui est de nature à révéler l'existence d'un aliéné dans une famille. On consentait bien à faire interner un aliéné mais on ne voulait pas provoquer l'interdiction. Or, cette pratique était fâcheuse, parce que la procédure de l'interdiction - procédure qui se déroule devant le tribunal civil, constituait pour la personne qui en était l'objet une garantie contre les internements arbitraires.

Finalement le législateur, comme il arrive souvent, au lieu d'essayer de remonter le courant et d'exiger l'observation de la loi a préféré suivre les errements de la pratique. Il s'est efforcé de réglementer l'internement, puisque les familles ne voulaient pas l'accompagner de l'interdiction. Ce fut l'oeuvre de la loi du 30 Juin 1838. Le législateur en est même arrivé à l'individu interné sans être interdit un statut juridique spécial intermédiaire entre la capacité totale de l'individu sain d'esprit et l'incapacité totale qui frappe l'aliéné interdit.

Il faut aujourd'hui distinguer deux catégories de mesures: celles qui sont relatives à la personne même de l'aliéné, puis celles qui sont relatives à l'administration de ses biens.

§ 1 - Mesures relatives à la personne de l'aliéné

L'internement facultatif ou obligatoire

Il est une mesure qui peut être prise vis-à-vis de l'aliéné; c'est son placement, son internement, mesure qui s'impose dans certains cas. En principe le placement d'un aliéné dans un asile n'est pas obligatoire. L'article 510 le dit. L'aliéné peut être soigné à domicile . Il est cependant des cas dans lesquels le placement peut être ordonné par l'autorité publique d'office. C'est dans le cas où l'aliéné est dangereux pour l'ordre public: articles 18 et 19 de la loi de 1838: "à Paris le préfet de police, dans les départements les préfets, ordonneront d'office le placement dans un établissement d'aliénés de toute personne interdite ou non interdite, dont l'état d'aliénation compromettrait l'ordre public ou la sûreté des personnes".

Source : BIU Cujas

Donc le préfet dans le département, à Paris le préfet de police, peut ordonner d'office le placement d'un aliéné dangereux. Et même en cas de danger imminent, le maire, ou à Paris le commissaire de police, peut ordonner une mesure provisoire qui est nécessaire, à la charge d'en référer dans les 24 heures au préfet qui statue et prononce l'internement d'une manière définitive.

Mais hors ces cas où il s'agit d'un aliéné dangereux, le placement est purement facultatif. Le placement d'un aliéné peut être demandé par un parent quelconque, ou même par un tiers, à la condition, dispose l'art. 8 de la loi de 1838, que ce tiers indique dans sa demande la nature des relations qui existent entre lui et l'aliéné, relations d'amitié, ou relations de concubinage, peu importe.

Etablissements, publics ou privés d'internement

Surveillance des établissements privés

Les établissements dans lesquels sont placés les aliénés sont soit des établissements publics soit des établissements privés. Chaque département est tenu d'avoir un établissement public, un asile d'aliénés. L'ouverture d'un établissement privé est soumise à l'autorisation du gouvernement. Les établissements privés sont sous la surveillance de l'autorité publique. C'est ce qui résulte de l'art. 4 de la loi de 1838, qui décide que le préfet, les personnes déléguées par lui, le président du tribunal, le procureur de la République, le juge de paix, le maire, sont chargés de visiter les établissements publics ou privés consacrés aux aliénés. Ils peuvent entendre les aliénés qui ont des réclamations à faire.

Mesures destinées à empêcher les internements arbitraires

La loi de 1838 a pris une série de mesures pour éviter les internements arbitraires, mesures qui se révèlent en pratique insuffisantes.

Mesures au moment du placement: art. 8. Le chef de l'établissement public ou privé ne peut recevoir une personne atteinte d'aliénation mentale que si on lui remet d'abord une demande d'admission, contenant certains renseignements sur la personne à interner, son état civil notamment; puis un certificat de médecin constatant l'état mental de la personne à placer, indiquant les particularités de sa maladie et la nécessité de la faire traiter dans un établissement d'aliénés. Un certificat d'un médecin quelconque suffit: c'est là l'abus. Cependant la loi, et cela se comprend, exige que le médecin ne soit pas un médecin attaché à l'établissement. Ou encore elle refuse d'admettre la validité du certificat si le médecin signataire est parent ou allié au second degré inclusivement des chefs ou propriétaires de l'établissement ou de la personne qu'il s'agit de placer. A part cela, on peut se contenter du certificat d'un médecin quelconque. C'est évidemment une garantie insuffisante.

Source : BIU Cujas

Il existe d'autres garanties. Si le placement est fait dans un établissement privé, le préfet dans les trois jours de la réception du bulletin charge un ou plusieurs hommes de l'art de visiter la personne désignée dans ce bulletin à l'effet de constater son état mental, dans le même délai; le préfet doit notifier les noms, profession et domicile de la personne placée et de celle qui a demandé le placement au procureur de la République du domicile de l'interné et au procureur de la République de la situation de l'établissement.

Dernière précaution: quinze jours après le placement de la personne dans un établissement public ou privé, il doit être adressé au préfet un nouveau certificat du médecin de l'établissement. Ce certificat confirmera ou rectifiera, s'il y a lieu, les observations contenues dans le premier certificat, en indiquant le retour plus ou moins fréquent des accès ou des actes de démence.

Mesures en cours d'internement.

D'autres mesures sont exigées en cours d'internement. Article I2: il doit exister dans chaque établissement un registre coté et parafé par le directeur, sur lequel sont indiqués les noms et profession des personnes placées. On doit transcrire sur le registre le certificat du médecin, le certificat qui doit être délivré quinze jours après; puis le directeur de l'établissement doit consigner sur ce registre au moins tous les mois les changements survenus dans l'état du malade, ou la constatation qu'il n'y a pas de changement.

Mesures pour éviter un prolongement injustifié de l'internement.

D'autres mesures sont prises pour éviter que l'internement ne soit prolongé alors que le malade est guéri. Ces mesures, nous les trouvons dans les articles I3, I4 et suivants, ou dans les articles 29 et 30 de la loi de I838.

L'art. I3 pose en principe que toute personne placée dans un établissement d'aliénés doit cesser d'y être retenue aussitôt que sa guérison est constatée par les médecins. Mais, même avant que les médecins n'aient constaté la guérison, toute personne placée doit cesser d'être retenue dans l'établissement dès que sa sortie est requise par certaines personnes: tout d'abord le curateur à la personne, dont il sera question par la suite; en second lieu, l'époux ou l'épouse; s'il n'y a pas d'époux ou d'épouse, les ascendants; s'il n'y a pas d'ascendants, les descendants, puis la personne qui a signé la demande d'admission, et toute personne à ce autorisée par le conseil de famille. Par conséquent toutes ces personnes peuvent, alors même que l'aliéné n'est

Source : BIU Cujas

pas guéri, demander sa sortie.

S'il s'agit d'un aliéné jugé dangereux, le médecin de l'établissement doit avertir immédiatement le maire, qui peut ordonner un sursis provisoire à la sortie.

D'autre part, toute personne placée dans un établissement d'aliénés, son tuteur si elle est mineure, ou son curateur, et tout parent ou ami, pourront à quelque époque que ce soit se pourvoir devant le tribunal du lieu de l'établissement pour lui demander d'ordonner la sortie. Ici il faut supposer que la personne n'a pas pu obtenir la sortie par voie administrative. Cette personne peut se pourvoir devant le tribunal pour lui demander la sortie de l'établissement. Le tribunal consultera les médecins, aura recours à une expertise et il prononcera ou non la sortie.

Le curateur à la personne.

Enfin signalons une mesure, possible surtout lorsque l'aliéné n'a pas de famille: c'est la nomination d'un curateur à la personne. Ce curateur à la personne est distinct du tuteur qui peut être nommé à l'interdit ou de l'administrateur provisoire qui peut être nommé à l'aliéné interné sans être interdit. Ce curateur à la personne est nommé par le tribunal en chambre du conseil, sur la demande de l'intéressé lui-même, ou de l'un de ses parents, ou de son époux, ou d'un ami, ou sur la provocation d'office du procureur de la République.

Il doit veiller (art. 38 de la loi de 1838): 1° à ce que les revenus de l'interné soient employés à adoucir son sort et à accélérer sa guérison; 2° à ce que ledit individu soit rendu au libre exercice de ses droits aussitôt que sa situation le permettra. C'est lui qui pourra provoquer sa sortie dès que sa guérison sera certaine.

Malgré toutes ces mesures, tout le monde est d'accord pour reconnaître qu'en fait les garanties contre les internements arbitraires sont insuffisantes. Il y a des internements arbitraires, c'est incontestable. On a déposé des projets pour renforcer les garanties légales, mais ces projets n'ont pas encore abouti.

§ 2 - Mesures relatives à l'administration des biens de l'aliéné.

Les 3 catégories d'aliénés.

En ce qui concerne l'administration des biens de l'aliéné, le Code Civil ne connaissait que deux

Source : BIU Cujas

situations possibles.

Première situation: celle de l'aliéné non interdit; deuxième situation: celle de l'aliéné frappé d'interdiction judiciaire.

Mais la loi de 1838 a créé une troisième situation possible, que ne prévoyait pas le Code parce que, pour lui, l'interdiction allait de pair avec l'internement, celle de l'aliéné interné sans être interdit.

Nous avons donc aujourd'hui trois situations à examiner: 1°- celle de l'aliéné ni interdit, ni interné; 2°- celle de l'aliéné qui est frappé d'interdiction judiciaire; 3°- celle de l'aliéné interné sans être interdit (loi de 1838).

I-Aliéné ni interdit ni interné.

I - Situation de l'aliéné ni interdit ni interné.

Cet aliéné n'a été l'objet d'aucune mesure relati à l'administration de ses biens ni à la garde de sa personne.

La question qui se pose ici est la question de savoir quelle est l'influence de l'aliénation mentale sur la capacité. Il n'est pas question ici d'administration des biens, puisque l'aliéné n'est ni interdit ni interné. Quelle est l'influence de l'aliénation mentale sur la capacité?

Bien que l'aliénation par elle-même ne soit pas une cause d'incapacité, l'acte passé par l'aliéné ni interdit, ni interné, est nul, faute de consentement.

Il faut répondre que l'aliénation mentale n'est pas par elle-même une cause d'incapacité. Mais l'aliéné par le fait même qu'il est privé de raison, ne peut faire aucun acte juridique valable, du moment que cet acte a été fait alors qu'il était en état de démence. On va même plus loin, et ceci est grave: on admet couramment en jurisprudence que l'aliéné ne peut s'obliger en aucune manière, même par ses délits ou ses quasi-délits Voici un aliéné qui a commis un meurtre, qui a allumé un incendie. Il a causé par conséquent un grave préjudice; aucune responsabilité n'est possible à sa charge parce qu'il était privé de raison et que dans notre droit la responsabilité civile repose sur la faute. Or, pour commettre une faute il faut avoir sa raison. Cette dernière solution est très grave, et contestable d'ailleurs.

En tout cas, en ce qui concerne les contrats, il est certain que du moment que l'aliéné est en état de démence au moment où il faut un contrat, ce contrat n'est pas valable. Pour faire un acte juridique, il faut avoir une volonté saine. Par conséquent l'acte passé par une personne en état d'aliénation mentale est frappé de nullité.

Nature de cette nullité. Juris-

Mais quelle est la nature de cette nullité? La doc

Source : BIU Cujas

prudence:nullité relative

trine répond généralement: c'est un cas de nullité absolue. Certains disent même que c'est un cas d'inexistence.

Tel n'est pas l'avis de la jurisprudence. Depuis longtemps, la jurisprudence tend à admettre que la nullité de l'acte passé par un aliéné non interdit non interné est une nullité simplement relative, avec toutes les conséquences de la relativité, c'est-à-dire que la nullité ne peut être invoquée que par l'aliéné lui-même ou par son représentant légal, s'il vient à être par la suite interdit. Seul l'aliéné peut invoquer la nullité, et non pas la personne qui a traité avec lui. C'est la tendance de la jurisprudence, et il a fallu une loi spéciale, la loi du 19 Février 1933, pour décider que le mariage conclu par un aliéné est désormais entaché de nullité absolue, ce qui permet à l'époux qui a contracté mariage avec l'aliéné de provoquer la nullité. Mais s'il s'agit de tout autre acte juridique que le mariage, la jurisprudence admet que c'est un simple cas de nullité relative, il n'y a que l'aliéné qui puisse invoquer la nullité; l'autre contractant n'a pas le droit de le faire.

Preuve de la démence au moment où l'acte a été passé

Voilà le principe : tout acte passé par un aliéné est entaché de nullité. Mais en pratique l'application de ce principe se heurte à une difficulté de preuve. En effet, par lui-même l'aliéné n'est pas un incapable il ne figure pas dans la liste des incapables prévus par la loi. Donc un acte ne peut être déclaré nul par cela seul qu'il émane d'une personne qui est en état habituel de démence. Il ne suffit pas de démontrer que la personne est en état habituel de démence pour faire annuler l'acte, parce qu'il y a des intervalles lucides possibles. Il faut démontrer, pour obtenir la nullité, que l'auteur de l'acte était atteint de folie au moment précis où l'acte a été fait. Or, cette preuve peut dans certains cas être malaisée. Un acte peut avoir été fait par un fou et avoir toutes les apparences d'un acte fait par une personne raisonnable. D'autre part, la folie a des degrés. Elle peut être intermittente. Une personne aliénée peut avoir des intervalles lucides. Or, il s'agit de démontrer non pas que la personne était notoirement en état d'aliénation mentale à l'époque où l'acte a été fait, mais que cette personne était en état de démence à la minute même où la signature a été donnée; preuve difficile à faire, surtout lorsqu'il s'agit de personnes dont la folie est intermittente.

Du principe que les héritiers ne peuvent attaquer pour cau-

Mais la loi elle-même met un obstacle à l'annulation des actes passés par une personne aliénée, ou soi-disant telle; dans l'article 504, le Code pose en

Source: BIU Cujas

se de folie les actes de leur auteur

principe qu'après la mort d'un individu les actes par lui faits ne pourront être attaqués pour cause de démence.

Les héritiers d'une personne, a-t-on pensé, seraient parfois trop enclins à contester la validité des actes passés par cette personne et qui leur causeraient préjudice. La loi a entendu tarir cette source de procès, formés par les héritiers pour faire annuler les actes qu'aurait passés leur auteur, sous prétexte que cet auteur était en état de démence au moment où il les a passés. En principe, après la mort d'une personne ses héritiers ne peuvent pas attaquer les actes qu'il a faits, sous prétexte qu'elle était en état de démence

Exceptions

Cependant le principe de l'art.504 reçoit trois exceptions, deux qui résultent de l'art. 504 lui-même, et une autre que la jurisprudence et la doctrine tirent de l'art. 901.

a)Provocation de l'interdiction avant la mort de l'auteur de l'acte

Première exception: on peut après la mort d'un individu attaquer pour cause de démence les actes qu'il a faits lorsque son interdiction avait été provoquée avant son décès, lorsqu'une instance en interdiction avait été introduite, au cours de laquelle la personne est décédée. En ce cas, en effet, il existe une présomption grave en faveur de la démence, puisque dès avant la mort de la personne soi-disant aliénée, on avait commencé une instance en interdiction. Mais il faut supposer que l'auteur de l'acte est mort pendant l'instance. Le texte ne s'appliquerait plus si la demande d'interdiction avait été rejetée avant sa mort; il y aurait plutôt une présomption en faveur de sa raison.

Lorsque l'auteur de l'acte est mort en cours de l'instance, à quelles conditions ses héritiers pourront-ils obtenir la nullité de l'acte? Ils ne pourront l'obtenir qu'à la condition de démontrer qu'il était dément au moment même où il a fait l'acte. Ils ne sont pas dispensés de la preuve pour cela, bien qu'on ait soutenu le contraire. Le seul avantage qui leur est conféré, c'est de leur permettre d'attaquer l'acte fait par le dément après le décès de celui-ci.

b)Preuve de la démence résultant de l'acte même

Il est un second cas dans lequel l'acte d'une personne peut être attaqué après son décès pour cause de démence: c'est lorsque la preuve de la démence résulte de l'acte même qui est attaqué: il s'agit d'un acte incohérent qui démontre par lui-même la démence de son auteur.

c)Donation et testament

Troisième exception : d'après la jurisprudence et la quasi-unanimité de la doctrine, il y a également lieu de faire exception au principe de l'art. 504 lors-

Source : BIU Cujas

que l'acte attaqué est une donation entre vifs ou un testament. Et ceci vient apporter une brèche considérable au principe de l'art. 504, parce qu'évidemment les actes que les héritiers attaqueront le plus volontiers ce sont les libéralités faites par leur auteur. C'est un principe qui est posé par l'art. 901 que pour faire une libéralité il faut être sain d'esprit, c'est une des conditions de la validité de la libéralité. C'est pourquoi la jurisprudence décide qu'il sera toujours possible d'attaquer un legs ou une donation entre vifs, même après la mort de l'auteur.

D'ailleurs, cela se comprend. Si l'on s'en tenait au principe de l'art. 504, jamais on ne pourrait attaquer un testament pour cause de démence du testateur, puisque le testament ne produit ses effets qu'après la mort du testateur.

De tout ce qui précède, il résulte que l'action en nullité dirigée contre un acte et fondée sur la démence de son auteur se heurte à des obstacles, obstacles de fait, difficulté de la preuve de la démence, obstacles de droit tirés de l'art. 504, qui sont de nature à empêcher la réussite de ces actions. Ces obstacles n'existent pas au contraire lorsque l'aliéné a été l'objet d'une mesure que la loi met à la disposition des familles, à savoir l'interdiction judiciaire.

II - Situation de l'aliéné qui est frappé d'interdiction

Différence entre l'interdiction légale et l'interdiction judiciaire

L'interdiction judiciaire ne doit pas être confondue avec l'interdiction légale. L'interdiction judiciaire est la mesure de protection qui s'applique aux déments; l'interdiction légale est une peine qui s'ajoute à certaines peines de travaux forcés ou de réclusion, à certaines peines criminelles qui frappent les condamnés. C'est ce qui explique la différence essentielle qui existe au point de vue de la sanction des actes passés par l'interdit; lorsqu'il s'agit d'un acte passé par un interdit judiciaire, l'acte est nul, mais c'est une nullité de protection, nullité relative, qui ne peut être invoquée que par l'interdit revenu à la raison ou par son tuteur; s'il s'agit au contraire de l'interdiction légale, comme il s'agit d'une mesure d'ordre public, la nullité de l'acte fait par l'interdit légal est une nullité absolue, nullité d'ordre public qui peut être invoquée par toute personne intéressée.

Source : BIU Cujas

Peut être interdit tout individu qui est dans un état habituel de démence

I - Quelles personnes peuvent être interdites?

Pour quelles causes l'interdiction peut-elle être prononcée? Pour cause d'aliénation mentale. Mais la loi (art. 489) établit à cet égard des distinctions qui n'ont pas un grand intérêt pratique et qui n'ont, paraît-il, aucune valeur scientifique.

L'art. 489 dit: "Le majeur qui est dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur doit être interdit, même lorsque cet état présente des intervalles lucides".

Imbécillité, démence, fureur, ce sont là des distinctions peut -être critiquables au point de vue scienctifique, mais ,qui d'une façon générale marquent l'état d'une personne privée de raison et hors d'état de de prendre soin elle-même de ses affaires.

Il suffit que cette personne soit dans un état habituel de démence pour pouvoir être interdite, même si son état présente des intervalles lucides, dit la loi. Il n'est pas nécessaire que l'état soit permanent. Mais hors le cas de démence il n'y a pas d'autres causes possibles d'interdiction. En un mot ni les infirmités corporelles, ni la vieillesse, ni l'ivrognerie habituelle ne suffirdient à justifier l'interdiction si elles ne s'accompagnaient d'une véritable aliénation mentale. D'autre part, la simple faiblesse d'esprit justifie la dation d'un conseil judiciaire, mais non l'interdiction.

Interdiction d'un mineur; son intérêt

Toute personne en état d'aliénation mentale peut être interdite, même si elle est mineure. Une objection cependant: l'art. 489 ne vise que le majeur qui est en état d'imbécillité, de démence ou de fureur, Est-il donc impossible d'interdire un mineur? La question a été discutée, mais elle est résolue aujourd'hui d'une façon à peu près unanime en faveur de la possibilité d'interdire un mineur. Bien que le mineur soit frappé d'une incapacité générale, il peut y avoir intérêt à interdire un mineur pour deux raisons:

1°- Parce qu'il y a des actes que peut faire un mineur tandis que l'interdit ne le peut pas. En un mot l'incapacité qui frappe l'interdit est plus générale encore que celle qui frappe le mineur. C'est ainsi que le mineur à partir de 16 ans peut faire son testament; or, l'interdit ne peut pas faire un testament. Le mariage des mineurs est possible lorsque le mineur a atteint un certain âge; au contraire on peut soutenir avec beaucoup de force qu'un interdit ne peut pas se marier . Cependant ce n'est pas l'avis de la jurisprudence.

2°- Autre raison qui justifie l'interdiction du

Source : BIU Cujas

mineur: les actes de la vie courante que peut faire le mineur ne sont rescindables que pour lésion. Au contraire, fait par un interdit un acte est toujours annulable, sans qu'il soit nécessaire de démontrer le préjudice.

Enfin, on peut ajouter qu'il y a intérêt à interdire le mineur parce que le mineur interdit se trouvera en état d'interdiction au moment même où il franchira le seuil de la majorité, tandis que si l'on était obligé d'attendre la majorité pour interdire ce dément, il se passerait nécessairement un délai plus ou moins long pendant lequel il jouirait de sa pleine capacité.

II-Qui peut demander l'interdiction:

II- Qui peut demander l'interdiction ?

La réponse nous est donnée dans les art. 490 et 491. Art. 490: "Tout parent est recevable à provoquer l'interdiction de son parent. Il en est de même de l'un des époux à l'égard de l'autre".

Le conjoint,

Par conséquent, l'interdiction peut d'abord être demandée par le conjoint.

tout parent jusqu'au 12ème degré

En second lieu l'interdiction peut être demandée par tout parent. S'il s'agit des parents légitimes dont nous nous occupons actuellement, il faut tout de même apporter une limite au droit de demander l'interdiction. Cette limite doit être fixée au douzième degré. Pourquoi cela? Parce que c'est le degré auquel on peut succéder. Sans doute l'art. 755 décide qu'en principe on ne peut succéder au-delà du sixième degré, mais ce même texte admet que les parents collatéraux puissent succéder jusqu'au douzième degré lorsque le défunt n'était pas capable de tester et n'était pas frappé d'interdiction légale."N'était pas capable de tester": or, l'individu aliéné n'est pas capable de faire son testament. Par conséquent, lorsqu'il s'agit de la succession d'un aliéné, les parents collatéraux sont admis jusqu'au douzième degré. Il faut donc, s'agissant d'une demande d'interdiction, admettre que les parents jusqu'au douzième degré peuvent provoquer l'interdiction.

Les alliés sont exclus, car ils ne succèdent jamais On voit le point de vue auquel se place le Code civil; il s'agit de protéger les intérêts pécuniaires de la famille contre les dilapidations possibles de la part de l'aliéné.

Le ministère public

Il est enfin une personne qui peut demander l'interdiction, c'est le ministère public dans le cas de folie furieuse (art. 491). "Dans le cas de fureur, si l'interdiction n'est provoquée ni par l'époux ni par les parents, elle doit l'être par le procureur de la République, qui, dans les cas d'imbécillité ou de démence, peut aussi la provoquer contre un individu qui n'a ni époux, ni épouse, ni parents connus".

Source : BIU Cujas

Le ministère public doit provoquer l'interdiction lorsqu'il s'agit de folie furieuse et il peut la provoquer lorsqu'il s'agit de tout autre cas et à la condition que l'aliéné n'ait ni époux, ni épouse, ni parents susceptibles de provoquer l'interdiction. C'est là un vestige de la conception primitive du Code suivant laquelle l'interdiction était une mesure préalable à l'internement.

En tout cas il est certain que l'intéressé lui-même ne peut pas demander son interdiction. On avait proposé que l'aliéné dans un intervalle lucide et sentant que la raison lui échappe à certains moments, eût la possibilité de demander son interdiction. Mais cette disposition n'a pas été admise par le Code civil.

III- La procédure de l'interdiction. Compétence du tribunal civil

III- Etudions maintenant suivant quelle procédure l'interdiction peut être prononcée. Il y a ici une procédure dont il faut au moins connaître les grandes lignes parce que c'est une procédure qui a pour objet de protéger la liberté individuelle. C'était surtout vrai à l'époque où le Code a été rédigé et où l'on considérait que l'interdiction était la condition préalable de l'internement.

Les règles suivant lesquelles se déroule la procédure de l'interdiction, se trouvent dans le Code civil (art. 492 et ss.) et dans le Code de procédure (art. 890 et ss.)

1ère phase non contradictoire

La procédure de l'interdiction se déroule en deux phases: la première qui n'est pas contradictoire, dans laquelle la personne dont l'interdiction est demandée n'est pas mise en cause, et la seconde qui est contradictoire, qui se dérpule entre le demandeur et la personne dont l'interdiction est demandée.

Requête au président

C'est une procédure exceptionnelle. Elle débute par une requête qui est présentée au président du tribunal civil par le demandeur en interdiction . (Le tribunal de première instance est seul compétent pour prononcer l'interdiction). Cette requête, aux termes de la loi (art. 493 C.C. et 890 C.Pr.) doit articuler les faits qui sont relevés à la charge de la demande d'interdiction. Il ne suffit pas de dire purement et simplement qu'on sollicite l'interdiction de telle personne; il faut articuler par écrit les faits sur lesquels on fonde la demande d'interdiction. Il faut en outre que celui qui poursuit l'interdiction présente toutes pièces justificatives à l'appui et indique les témoins qui devront être entendus le cas échéant.

Communication au ministère public

Le président du tribunal saisi de cette requête en ordonne la communication au ministère public.et il commet un juge pour faire un rapport. Si les faits ne

Source : BIU Cujas

paraissent pas suffisamment probants pour justifier la demande d'interdiction, la requête peut être rejetée par le tribunal. Si les faits paraissent en somme assez sérieux, le tribunal, sur le rapport du juge et les conclusions du procureur de la République, ordonne la réunion du conseil de famille.

Réunion et avis du conseil de famille

On va donc réunir le conseil de famille de celui dont on demande l'interdiction, et ce conseil de famille sera composé moitié de parents paternels, moitié de parents maternels. Les règles de composition, de réunion de ce conseil de famille sont les mêmes que celles prescrites par la loi pour le conseil de famille d'un mineur.

D'après l'art. 495 le parent qui a provoqué l'interdiction ne peut pas faire partie du conseil de famille. Cependant, ajoute l'art. 495, l'époux ou l'épouse et les enfants de la personne dont l'interdiction sera provoquée pourront y être admis sans y avoir voix délibérative. Si c'est l'époux qui demande l'interdiction de son conjoint, ou un enfant qui demande l'interdiction de son père ou de sa mère, cet enfant ou cet époux pourra faire partie du conseil de famille, mais uniquement à titre consultatif, Si c'est un autre parent, il est exclu complètement du conseil de famille; cela se comprend, il serait à la fois juge et partie.

Ce conseil de famille est appelé uniquement à donner son avis sur l'état de la personne dont l'interdiction est demandée (art. 494 C.C.). Il n'a pas à statuer sur l'opportunité de l'interdiction;

2ème phase: Signification au défendeur de la requête ou de l'avis du conseil de famille

Voilà terminée la première phase, la phase non contradictoire. Jusqu'ici la personne dont l'interdiction est demandée n'a pas été mise en cause. Le conseil de famille s'étant réuni et ayant formulé son avis, la requête en interdiction et l'avis du conseil de famille sont cette fois-ci signifiés au défendeur. On lui signifie la requête dont il est l'objet et l'avis donné par le conseil de famille.

Interrogatoire du défendeur en Chambre du Conseil en présence du procureur de la République

Le tribunal doit alors ordonner que le défendeur sera interrogé en chambre du conseil. Voilà évidemment une disposition qui est favorable dans une certaine mesure à la liberté individuelle. Le défendeur à l'interdiction, c'est-à-dire celui dont l'interdiction est demandée, comparaîtra en chambre du conseil devant le tribunal tout entier et sera interrogé par le président. Evidemment c'est dans certains cas une séance pénible, mais il peut arriver que le défendeur ne soit pas réellement en état d'aliénation mentale, il a le droit de se défendre.

Si le défendeur ne peut se présenter lui-même, la loi (art. 496) prescrit qu'il sera interrogé dans sa

Source : BIU Cujas

demeure par un juge commis par le tribunal. En tout cas le procureur de la République doit toujours être présent à l'interrogatoire, que celui-ci ait lieu dans la chambre du conseil ou au domicile du défendeur

Possibilité de nommer un administrateur provisoire

Après ce premier interrogatoire, s'il apparaît au tribunal qu'il y a de grandes chances en effet pour que le défendeur soit un aliéné , le tribunal peut prendre une mesure provisoire. Il peut nommer au défendeur un administrateur provisoire qui prendra soin de sa personne et de ses biens pendant le cours de l'instance.

Une fois l'interrogatoire terminé la procédure suit son cours. Le tribunal peut ordonner une enquête s'il estime que l'interrogatoire n'est pas suffisamment probant. On peut entendre des témoins qui viendront attester ou nonles faits constitutifs d'aliénation mentale.

Le jugement; les trois solutions possibles

Puis le tribunal va statuer. Son jugement sera d'ailleurs susceptible d'appel, soit qu'il rejette la demande d'interdiction soit qu'il l'admette.

Trois solutions sont possibles : 1°- le tribunal peut prononcer l'interdiction; 2° -Il peut rejeter purement et simplement la demande d'interdiction; 3°- moyen terme qui est admis par l'art. 499, le tribunal peut rejeter la demande d'interdiction, mais si les circonstances lui paraissent l'exiger, nommer un conseil judiciaire au défendeur, qu'il considèrera plutôt comme un faible d'esprit que comme un véritable aliéné.

Publicité du jugement

Le jugement peut être frappé d'appel.

Le jugement qui prononce l'interdiction ou la dation de conseil judiciaire doit être l'objet d'une certaine publicité, d'une double publicité (art. 501).

a)affichage dans l'auditoire du tribunal et dans les études de notaire

a) L'arrêt ou jugement portant interdiction ou nomination de conseil judiciaire doit être signifié à partie et inscrit dans les dix jours sur les tableaux qui doivent être affichés dans la salle de l'auditoire du tribunal et dans les études de notaires de l'arrondissement.

b)Mention sur un registre au greffe du lieu de naissance

b) Publicité qui institue dans une certaine mesure une sorte d'ébauche de casier civil: la loi n'exige pas que le jugement portant interdiction figure sur les registres de l'état civil, mais elle décide (art. 501, al 2 et ss.) qu'un extrait du jugement ou de l'arrêt prononçant l'interdiction sera transmis par l'avoué qui aura obtenu ce jugement ou cet arrêt au greffe du tribunal du lieu de naissance du défendeur dans le mois du jour où la décision aura acquis l'autorité de la chose jugée. Cet extrait sera mentionné par le greffier sur un registre spécial dont toute personne pourra prendre communication et se faire délivrer copie. Le greffier

Source : BIU Cujas Reproduction interdite

adresse à l'avoué dans un délai de quinze jours un certificat constatant l'accomplissement de la formalité Dans chaque greffe de tribunal est tenu un registre spécial sur lequel sont portés les jugements d'interdiction prononçant l'interdiction ou le conseil judiciaire à l'encontre de personnes nées dans le ressort du tribunal. Ce registre est public, il peut être consulté par toute personne intéressée.

En ce qui concerne les individus nés à l'étranger ou ceux nés dans les colonies, il existe un registre qui est tenu au greffe du tribunal de la Seine

Si le jugement d'interdiction n'était pas publié régulièrement, notamment s'il n'était pas porté sur le registre tenu au greffe, la seule sanction serait une amende contre le greffier ou l'avoué responsable du défaut de publicité, amende de 50 frs, en outre responsabilité civile de ce greffier ou de cet avoué à qui le défaut de publicité est imputable. Mais l'interdit n'en est pas moins frappé d'incapacité, alors même que la publicité n'a pas eu lieu.

I- Incapacité générale de l'interdit

Conséquences de l'interdiction?

I (L'interdiction emporte l'incapacité générale de l'interdit. L'art. 502 décide que tous actes passés par l'interdit postérieurement à l'interdiction seront nuls de droit. Pour obtenir cette nullité, il suffit à l'interdit revenu à la raison ou à ses ayants-cause ou à son représentant légal de démontrer qu'ils ont été passés postérieurement au jugement d'interdiction, et sans qu'il y ait lieu de tenir compte des intervalles lucides.

Nullité relative mais "de droit" des actes passés par l'interdit

Voilà l'intérêt qu'il y a à ce qu'une personne soit interdite. Pour obtenir la nullité des actes qu'elle a pu passer en état d'interdiction il n'est pas nécessaire de démontrer qu'elle était en état d'aliénation mentale au moment où l'acte a été passé. Il suffit que l'acte ait été passé par l'interdit postérieurement à l'interdiction pour que cet acte soit nul de droit, suivant l'expression de la loi, Aucune autre preuve n'est à faire.

Certains auteurs ont autrefois entendu ce terme "nuls de droit" en ce sens que la nullité qui frappe l'acte passé par l'interdit serait une nullité absolue. Mais ce n'est pas le sens qu'il faut donner à ce texte. "Nul de droit", veut dire que c'est une nullité qui s'impose au tribunal; le tribunal n'a aucune appréciation possible. Du moment qu'on lui demande la nullité d'un acte passé par l'interdit postérieurement au jugement d'interdiction, le tribunal est obligé de prononcer cette nullité sans avoir en aucune manière à

Source : BIU Cujas

rechercher si l'interdit était ou non dans un intervalle lucide au moment où l'acte a été fait.

Conséquences du caractère relatif quant aux personnes qui peuvent demander la nullité.

La nullité doit être obligatoirement prononcée par le tribunal, mais c'est néanmoins une nullité relative qui peut être invoquée par l'interdit lui-même lorsque la main-levée de son interdiction aura été prononcée, ou encore par son tuteur ou par ses héritiers.

Seulement, différence avec le mineur qui doit en principe justifier d'une lésion, l'interdit ou ses ayants-cause n'ont pas à justifier d'une lésion. Du moment que l'acte a été passé par l'interdit, le tribunal est obligé d'en prononcer la nullité sans qu'il y ait lieu de rechercher si un préjudice en est résulté pour cet interdit.

Quant à la confirmation

Deuxième conséquence du caractère relatif de la nullité: l'acte passé par l'interdit peut être confirmé par lui, lorsque son interdiction aura été levée bien entendu, Il peut être confirmé également par son tuteur.

Quant à la prescription

Troisième conséquence du caractère relatif de la nullité, l'action en nullité se prescrit par dix ans. La prescription de cette action en nullité ne court que du jour de la mainlevée de l'interdiction ou du jour de la mort de l'interdit.

L'interdit peut il dans une période de timidité faire les actes extra-patrimoniaux ou ne comportant pas de représentation.

Voilà une première conséquence de l'interdiction: une capacité très générale de l'interdit. Mais cette incapacité soulève cependant certaines difficultés. L'art. 502 ne fait aucune espèce de distinction: tous actes passés postérieurement par l'interdit seront nuls de droit. Est-ce à dire que tous actes soient absolument interdits à la personne frappée d'interdiction? Est-ce à dire que son incapacité soit absolument générale? Il semblerait que l'on dût admettre l'affirmative. Cependant malgré la généralité du texte, certains auteurs voudraient apporter une exception au principe pour certains actes, notamment ceux qui ne peuvent pas être faits par mandataire, tels que le mariage, ou le testament. D'après ces auteurs l'interdit pourrait faire valablement ces actes, à la condition d'être dans un intervalle lucide.

D'autres auteurs admettent que l'interdiction n'a pour objet que de protéger le patrimoine de l'interdit. Ils en concluent que les actes extra-patrimoniaux, notamment le mariage et l'adoption, resteraient possibles à l'interdit qui se trouverait dans un intervalle lucide. Par exemple, un interdit qui se trouve dans un intervalle lucide pourrait contracter mariage ou il pourrait reconnaître un enfant naturel, ou encore il pourrait adopter. Mais M. Morel estime

Source : BIU Cujas

qu'il faut rejeter toutes ces distinctions qui vont à l'encontre du but de l'interdiction. Néanmoins, en ce qui concerne le mariage, la jurisprudence admet que l'interdit peut le contracter à la condition qu'il soit dans un intervalle lucide.

Perte par l'interdit de la qualité de chef de famille

En tout cas ce qui est certain c'est que l'interdit perd la qualité de chef de famille. Cela résulte des textes nouveaux, articles 213 et autres, loi du 18 Février 1938.

Capacité de l'interdit de s'obliger par un délit dans un moment de lucidité

Il est un point non moins certain c'est que l'interdit, à la condition qu'il soit dans un intervalle lucide, s'oblige par ses délits et ses quasi-délits. Du moment qu'il est dans un intervalle lucide il est soumis aux règles de la responsabilité civile; tout le monde est d'accord sur ce point.

Voilà donc la première conséquence de l'interdiction: l'incapacité qui frappe l'interdit. Nous verrons comment il est pourvu à cette incapacité.

II-Droit pour les héritiers de demander la nullité des actes passés par l'interdit

Deuxième conséquence de l'interdiction (art. 504): l'interdiction permet désormais d'attaquer pour cause de démence tous les actes passés par l'interdit avant son décès. Aux termes de l'art. 504 les actes faits par un individu ne peuvent être attaqués pour cause de démence après son décès, mais il en est autrement dans certains cas et notamment lorsque l'interdiction a été prononcée avant le décès. Ici il n'y a plus les mêmes raisons d'empêcher les héritiers de contester la validité pour cause de démence des actes passés par leur auteur.

III-Annulabilité des actes passés avant l'interdiction si la folie était notoire à l'époque où l'acte a été passé. Pouvoir d'appréciation du tribunal

Troisième conséquence de l'interdiction: l'interdiction une fois prononcée donnera des facilités pour obtenir l'annulation des actes passés par l'interdit avant le jugement d'interdiction. La nullité n'est de droit que pour les actes passés par l'interdit après le jugement d'interdiction. Mais l'interdiction va faciliter l'annulation des actes passés par l'interdit avant le jugement d'interdiction. Sans doute il ne s'agit pas ici d'un effet rétroactif du jugement d'interdiction; l'acte antérieur au jugement sera annulé comme émanant d'un dément et non d'un interdit, mais la preuve de la démence est facilitée. La loi n'exige pas que le demandeur en nullité démontre l'insanité d'esprit au moment même où a été passé l'acte. La loi se contente de la preuve que la cause de l'interdiction, c'est-à-dire la folie, existait notoirement à l'époque où l'acte a été fait.

Il suffira donc de démontrer au tribunal, pour obtenir l'annulation d'un acte passé antérieurement à l'interdiction, que pendant cette période antérieure à l'interdiction l'état de démence existait et que cet

Source : BIU Cujas

état était de notoriété générale.

Seulement, à la différence de ce qui a lieu pour les actes passés après l'interdiction, lorsqu'il s'agit d'un acte passé antérieurement à cette mesure le tribunal n'est pas obligé de prononcer la nullité. Il tiendra compte de l'intérêt du dément ou même de l'intérêt de la personne qui a contracté de bonne foi avec celui-ci et par conséquent le tribunal pourra refuser de prononcer la nullité.

Tout ceci résulte de l'art. 503: "Les actes antérieurs à l'interdiction pourront être annulés, si la cause de l'interdiction existait notoirement à l'époque où ces actes ont été faits".

Point de départ de l'incapacité dès le jour où le jugement est rendu quand bien même il y aurait appel

Et maintenant quel est exactement le point de départ de l'incapacité qui frappe l'interdit? Il ne devrait pas y avoir de question; l'incapacité qui frappe l'interdit, si l'on appliquait les règles du droit commun, ne devrait commencer qu'au jour où le jugement ou l'arrêt qui a prononcé cette mesure est devenu définitif. Et l'on peut soutenir en effet qu'il en est ainsi.

Mais tel n'est pas l'avis de la majorité de la doctrine et de la jurisprudence. On invoque à cet égard le texte de l'art. 502, qui décide que l'interdiction ou la nomination d'un conseil judiciaire aura son effet du jour du jugement. On peut interpréter ce texte en disant qu'il ne fait qu'appliquer le droit commun : l'interdiction n'aura son effet que du jour du jugement, sous-entendu "devenu définitif". Mais telle n'est pas l'interprétation qu'on donne habituellement à ce texte. Sans doute tout le monde est d'accord pour admettre que l'effet de l'interdiction ne remonte pas au jour de la demande: pas d'effet rétroactif; mais beaucoup d'auteurs notamment Colin et Capitant, et certains arrêts décident que si le jugement qui prononce l'interdiction a été frappé d'appel et si la Cour a confirmé l'interdiction, l'incapacité date non pas de l'arrêt mais du jour du jugement confirmé. On interpréte ainsi l'art. 502: l'interdiction ou la nomination d'un conseil aura son effet du jour du jugement, quand bien même ce jugement aurait été frappé d'appel et que la cour aurait confirmé. C'est du jour du jugement que date l'interdiction.

La raison qu'on donne en faveur de cette interprétation c'est que si on admettait l'effet suspensif de l'appel, on pourrait craindre que l'aliéné ne dissipât ses biens pendant l'instance d'appel puisqu'il resterait pleinement capable pendant cette instance. Au contraire, en décidant que l'interdiction date du jour même du jugement, ce danger n'est pas à redouter.

Source : BIU Cujas

Seulement la période qui s'écoule entre le jour du jugement et le jour où sera rendu l'arrêt d'appel peut être assez longue et il peut arriver ceci: supposons que l'arrêt d'appel confirmant le jugement soit l'objet d'un pourvoi de cassation et que la Cour de cassation casse cet arrêt, elle renverra devant une autre cour, qui pourra confirmer de nouveau l'interdiction. Il se passera peut-être deux ou trois ans avant que la solution soit donnée. On sera dans un état d'incertitude et si jamais la cour de renvoi confirme, il faudra faire remonter le jugement d'interdiction au jour du jugement primitif. Pendant ce temps l'aliéné aura pu faire des actes et des personnes de bonne foi auront pu être trompées.

Mais certains auteurs vont plus loin; c'est le cas de Colin et Capitant. Ils admettent que même si la Cour d'appel refuse de prononcer l'interdiction, infirme le jugement de première instance qui a prononcé cette interdiction, le défendeur à l'interdiction aura été frappé d'incapacité pendant la période qui sépare le jugement prononçant l'interdiction de l'arrêt infirmatif. Le tribunal de première instance prononce l'interdiction. Puis la personne défendeur fait appel. La cour infirme le jugement et décide qu'il n'y a pas lieu de prononcer l'interdiction. Il semblerait qu'on dût admettre que cette personne n'a jamais été interdite; c'est la conséquence de l'effet suspensif de l'appel. Cependant des auteurs tels que Colin et Capitant, interprétant à la lettre l'art.502 admettent que le défendeur aura été frappé d'interdiction depuis le jour du jugement jusqu'au jour de l'arrêt qui a décidé qu'il n'y avait pas lieu de l'interdire. C'est une période incertaine pendant laquelle cet individu devra être considéré comme ayant été incapable.

Cette solution est indéfendable. On peut admettre à la rigueur la première pour le cas où le jugement est confirmé, bien qu'elle ne soit peut être pas exacte. Mais lorsqu'il y a infirmation lorsque la cour décide qu'il n'y a pas lieu de prononcer l'interdiction il parait indéfendable de soutenir que le défendeur a été incapable entre le jour du jugement et celui de l'arrêt. C'est tout à fait contraire au principe de l'effet suspensif de l'appel. C'est contraire en outre à la règle posée dans l'art. 895 C.Pr. C. qui décide que si le jugement est confirmé sur appel il sera pourvu seulement à ce moment-là à la nomination du tuteur et du subrogé tuteur. La loi n'admet la nomination du tuteur, en cas d'appel, que lorsque le jugement est confirmé et seulement à partir de

Source : BIU Cujas

l'arrêt de confirmation. Par conséquent, la solution de Colin et Capitant paraît tout à fait contraire à la loi.

Administration des biens de l'aliéné interdit.

Tutelle de l'interdit

L'interdit est frappé d'une incapacité générale ; comment ses biens vont-ils être administrés pendant le temps où il restera frappé d'interdiction?

Nomination du tuteur par le Conseil de famille, sauf pour le mari tuteur légal de sa femme interdite

L'interdit est placé en tutelle comme le mineur. En principe le tuteur de l'interdit est nommé par le conseil de famille (art. 505). Toutefois il existe un cas de tutelle légale; le mari est de droit le tuteur de sa femme interdite, décide l'art. 506. Cependant, on propose une exception, bien qu'elle ne résulte d'aucun texte, pour le cas où il y aurait séparation de corps entre les époux. En pareil cas il serait assez inopportun de décider que le mari sera tuteur de sa femme. Malgré tout la loi n'a rien prévu sur ce point.

Possibilité pour le c.de f. de confier la tutelle de l'interdit à sa femme, et en ce cas de restreindre ses pouvoirs

Quant à la femme de l'interdit, l'art. 507 fait simplement une faculté pour le conseil de famille de la désigner comme tutrice de son mari. Quels seront en pareil cas ses pouvoirs? La femme tutrice de son mari, à l'époque où les femmes mariées étaient frappées d'incapacité, n'avait besoin d'aucune autorisation pour agir comme tutrice de son mari. Elle avait le pouvoir du tuteur. Par exemple, la femme mariée sous le régime de la communauté ne peut en principe administrer ses propres biens. Mais si son mari est interdit et si elle a été nommée sa tutrice, elle pourra administrer ses propres biens comme ceux de son mari.

Seulement la loi permet au conseil de famille de restreindre les pouvoirs de la femme. Tout en désignant la femme comme tutrice, le conseil de famille peut règler la forme et les conditions de son administration.

La loi (art. 507) donne à la femme un recours devant le tribunal si elle se croit lésée par la décision du conseil de famille.

Application des règles de la tutelle des mineurs

La tutelle de l'interdit est organisée de la même manière que celle du mineur. Elle comporte un tuteur un subrogé tuteur, un conseil de famille et l'intervention du tribunal lorsque celle-ci est nécessaire. En ce qui concerne les pouvoirs et les obligations du tuteur et d'une façon générale l'organisation de la tutelle, les règles sont exactement les mêmes que pour la tutelle des mineurs (art. 509). "L'enfant est assimilé au mineur pour sa personne et pour ses biens. Les lois sur la tutelle des mineurs s'appliqueront à la tutelle des interdits".

Particularités

Cependant il existe quelques particularités rela-

Source : BIU Cujas

tives à la tutelle de l'interdit.

Durée des fonctions du tuteur

Tout d'abord, comme l'interdit est susceptible de vivre très longtemps, la loi n'a pas pu imposer à une personne la charge d'une tutelle qui pourrait se prolonger pendant une trop longue durée. C'est pourquoi l'art. 508 décide que "nul, à l'exception des époux, des ascendants et descendants, ne sera tenu de conserver la tutelle d'un interdit au-delà de dix ans". Le tuteur s'il n'est ni l'époux ni un ascendant , ni un descendant de l'interdit peut se faire décharger de la tutelle au bout de dix ans, Il peut obtenir son remplacement.

Revenus de l'interdit

Voici une autre particularité de la tutelle de l'interdit. Il s'agit de l'emploi des revenus de l'interdit. Ces revenus, décide l'art. 510. doivent être employés à adoucir son sort et à accélérer sa guérison.

Dot et établissement des enfants

Enfin voici une disposition tout à fait spéciale à la tutelle de l'interdit. En principe le conseil de famille ne peut faire aucune libéralité au nom de l'incapable. S'il s'agit d'un mineur , ni le tuteur ni le conseil de famille , ni le tribunal ne peuvent consentir une libéralité au nom de l'incapable; c'est un de ces actes qui sont absolument prohibés. La même règle existe en ce qui concerne l'interdit. Mais il y avait une question à règler; c'est celle de la dot, et d'une façon générale de l'établissement d'une manière quelconque des enfants de l'interdit. Sous prétexte qu'on ne peut faire aucune libéralité au nom d'un incapable placé en tutelle il aurait été bien rigoureux de dire qu'il serait impossible de doter l'enfant de l'interdit ou de lui constituer une somme pour acheter un fonds de commerce ou pour s'établir d'une manière quelconque. C'est pourquoi l'art. 511 décide que "lorsqu'il sera question du mariage de l'enfant d'un interdit la dot ou l'avancement d'hoirie et les autresconventions matrimoniales seront réglés par un avis du conseil de famille, homologué par le tribunal, sur les conclusions du procureur de la République"

Si un efant de l'interdit se marie, comme celui-ci est hors d'état de lui constituer une dot, étant frappé d'incapacité, c'est le conseil de famille qui règlera le montant de la dot et les conventions matrimoniales ; la décision du conseil de famille doit être soumise au tribunal pour homologation.

Mainlevée de l'interdiction

L'interdiction peut être l'objet d'une mainlevée à la demande de l'interdit. La mainlevée n'est prononcée qu'en observant les formalités prescrites pour parvenir à l'interdiction (art. 512), c'est-à-dire qu'il faudra notamment que le tribunal interroge l'interdit en Chambre du conseil.

Source : BIU Cujas

III- Troisième situation possible; celle de l'aliéné interné sans être interdit.

Le Code civil ne connaissait que deux situations: celle de l'aliéné non interdit et celle de l'interdit. La loi du 30 Juin 1838 a créé une troisième situation celle de l'aliéné qui est interné sans avoir été interdit.

D'après le Code civil, jusqu'en 1838, l'internement dans un asile ne produisait aucun effet sur la validité des actes passés par l'aliéné. Du moment que l'aliéné n'avait pas été interdit, il n'y avait pas à distinguer suivant qu'il avait été ou non placé dans un asile . Pour obtenir la nullité des actes qu'il passait, il fallait démontrer qu'ils avaient été faits dans un moment de démence.

En outre, l'art. 504, interdisait aux héritiers d'attaquer les actes de leur auteur après sa mort, même si cet auteur avait été enfermé dans un asile d'aliénés.

Présomption de démence contre l'interné. Nullité relative des actes passés pendant son internement, sans avoir à prouver la folie au moment où l'acte a été passé .Pouvoir d'appréciation du tribunal. Droit des héritiers de demander la nullité

La loi de 1838 est venue modifier cette situation. Sans assimiler la personne internée à celle qui est interdite, elle facilite la nullité des actes passés par cette personne. La loi de 1838 a été amenée à créer cette situation intermédiaire parce que pratiquement les familles ne provoquaient pas l'interdiction des aliénés; on demandait l'internement.

Une personne internée et qui n'est pas en état d'interdiction a profité d'une visite qui lui était faite pour passer un acte juridique; ou simplement, étant à l'asile, elle a fait un acte unilatéral tel qu'un testament ou une reconnaissance de dette. Quel est le sort réservé à cet acte?

L'art. 39 de la loi de 1838 décide que "les actes faits par une personne placée dans un établissement d'aliénés pendant le temps qu'elle y aura été retenue, sans que son interdiction ait été prononcée ni provoquée, pourront être attaqués pour cause de démence, conformément à l'art. 1304 du Code civil".

Il résulte de ce texte;

1°- que pour faire tomber l'acte passé par cet interné il n'est plus besoin de démontrer que son auteur était en état de démence au moment précis où l'acte a été fait. Les juges peuvent annuler l'acte par cela seul qu'il a été passé par un individu interné.

Mais, différence avec l'interdiction, le tribunal n'est pas obligé de prononcer cette annulation, qui est purement facultative pour lui. L'acte, en un mot, n'est pas nul de droit, comme celui qui est passé par

Source : BIU Cujas Reproduction interdite

l'interdit. L'acte passé par un individu interné sans être interdit, le tribunal a la simple faculté d'en prononcer la nullité, mais sans qu'il soit nécessaire qu'on lui démontre l'état de démence au moment même où l'acte a été passé. C'est tout de même une facilité.

2°- Il résulte de ce texte que tous les actes passés par un individu interné pendant son internement peuvent être attaqués par ses héritiers après son décès, même si l'interdiction n'a pas été provoquée avant le décès ou si la preuve de la démence ne résulte pas de l'acte lui-même.

En d'autres termes, dans le système de la loi de 1838, le simple fait de l'internement fait peser une présomption d'insanité sur les actes passés par l'individu interné pendant son internement.

Prescription de 10 ans; point de départ du délai

L'action en nullité se prescrit par dix ans. Seulement une règle particulière existe quant au point de départ de la prescription de dix ans. Il y a une différence ici avec la règle de l'art. 1304. Lorsqu'il s'agit de l'interdit la prescription de dix ans court soit du jour de la mainlevée, soit du jour du décès de l'interdit. Or, il peut arriver que l'interdit qui a obtenu la mainlevée de l'interdiction ne se rappelle plus l'acte qu'il a fait étant interdit, ou il peut arriver, s'il décède, que ses héritiers soient dans l'ignorance absolue des actes qu'il a faits. Il suffira que la personne avec qui a traité l'interdit ait la patience d'attendre les dix ans à dater du décès ou à dater de la mainlevée pour que l'action en nullité soit désormais prescrite . Pour parer à cet inconvénient, le législateur de 1838 a pris une mesure de précaution. Les dix ans, dit l'art. 39, de l'action en nullité courront, à l'égard de la personne internée qui aura souscrit les actes, à dater de la signification qui lui en aura été faite ou de la connaissance qu'elle en aura eue après sa sortie définitive de la maison d'aliénés". Par conséquent les dix ans courent non pas du jour de la sortie de la maison d'aliénés, mais du jour de la signification qui a été faite à l'interné sorti de la maison d'aliénés ou de la connaissance qu'il en aura eue.

De même à l'égard de ses héritiers les dix ans courent à dater de la signification qui leur aura été faite de l'acte ou de la connaissance qu'ils en auront eue depuis la mort de leur auteur.

Mais lorsque les dix ans ont commencé à courir contre l'aliéné revenu à la raison, ils continuent de courir contre les héritiers.

Administration des biens de l'interné

Nous devons étudier maintenant les mesures prises par la loi de 1838 par l'administration des biens de l'interné.

Source : BIU Cujas

Le caractère assez fragmentaire de ces mesures s'explique par le fait que le législateur a pensé certainement qu'elles n'auraient jamais qu'un caractère provisoire.

De deux choses l'une, en effet: ou bien l'individu interné arrivera assez vite à la guérison, il sortira de l'asile et reprendra sa pleine capacité et l'administration de ses biens; ou, au contraire, la situation de cet interné s'avérera définitive, ou en tout cas d'une très longue durée, et l'on recourra nécessairement, semble-t-il, tout au moins, à l'interdiction.

Représentation de l'interné par une administration provisoire. Désignation de celui-ci suivant que l'interné est placé dans un établissement public ou privé.

Le principe est que l'individu interné sans être interdit est représenté par un administrateur provisoire, qui est muni de pouvoirs assez restreints.

Si l'interné se trouve dans un établissement public d'aliénés, le principe est que la commission administrative de l'hospice remplit les fonctions d'administrateur provisoire. Les sommes qu'elle peut percevoir à ce titre sont conservées dans la caisse du receveur de l'hospice et le cautionnement de ce receveur est affecté à la garantie des deniers par privilège aux créances de toute autre nature (loi de 1838 art. 31).

Alors même que l'interné se trouve dans un établissement public, la loi n'exige pas que la commission administrative joue le rôle d'administrateur provisoire. Elle admet très bien qu'un administrateur provisoire puisse être nommé sur la demande de la commission administrative elle-même, s'il s'agit notamment d'une fortune considérable, ou encore sur la demande d'un parent, du conjoint ou du procureur de la République.

D'autre part, lorsque la personne internée se trouve dans un établissement privé, il faut lui nommer un administrateur provisoire. En pareil cas c'est le tribunal civil qui désigne l'administrateur provisoire, sur les conclusions du procureur de la République et après délibération du conseil de famille. Ce n'est donc pas le conseil de famille qui désigne l'administrateur provisoire; il n'est réuni que pour donner un avis sur cette nomination, et c'est le tribunal qui nomme l'administrateur.

Durée de ses fonctions

L'administrateur provisoire n'est d'ailleurs nommé que pour trois ans. Cela indique tout de suite l'esprit du législateur, qui entend bien que cet administrateur provisoire ne soit que tout à fait temporaire. Après trois ans ses pouvoirs peuvent être renouvelés, mais cette disposition ne s'applique pas aux administrateurs provisoires donnés aux personnes admises dans un établissement privé; pour elles la durée des fonctions de l'administrateur provisoire n'est pas limitée.

Source : BIU Cujas

L'administrateur provisoire est nommé par le tribunal, l'art. 34 de la loi de 1838 dit que les causes qui dispensent de la tutelle, ainsi que les dispositions sur les incapacités, les exclusions ou les destitutions des tuteurs, sont applicables aux administrateurs provisoires.

Pouvoirs restreints de l'administrateur

L'article 31 dispose que les fonctions de l'administrateur provisoire se bornent au recouvrement des sommes dues à l'interné, et à l'acquittement des dettes.

En second lieu, l'administrateur provisoire peut passer les baux qui ne pourront excéder trois ans. Alors qu'en principe le bail est considéré comme un acte d'administration que peut faire un tuteur, à la condition qu'il n'excède pas neuf ans, l'administrateur provisoire n'a le pouvoir de passer un bail que pour une durée n'excédant pas trois ans. Il peut aussi faire vendre le mobilier, à la condition d'avoir une autorisation spéciale accordée par le président du tribunal.

Application de la loi du 27 Février 1880 sur les valeurs mobilières

La loi du 27 Février 1880 sur l'aliénation des meubles incorporels appartenant aux mineurs et aux interdits décide, dans son article 8, que ses dispositions seront applicables aux administrateurs provisoires des biens des aliénés nommés en exécution de la loi de 1838. Toutes les fois qu'il s'agira d'aliéner des valeurs mobilières appartenant à l'individu interné sans être interdit, il faudra l'autorisation du conseil de famille et le cas échéant l'homologation du tribunal, au-dessus de 7.500 frs.

Actions en justice: nomination d'un mandataire spécial

L'administrateur provisoire n'a pas qualité pour représenter l'interné en justice. L'art. 33 décide en effet que toutes les fois qu'il s'agit de plaider en demande ou défense pour l'interné, le tribunal doit lui désigner un mandataire spécial, qui doit être désigné pour chaque instance dans laquelle l'interné pourrait être engagé.

Le curateur à la personne

L'administrateur provisoire ne s'occupe pas en principe de la personne de l'interné. A celle-ci peut être nommé un curateur à la personne (art. 38) qui doit veiller à ce que ses revenus soient employés à adoucir son sort et à accélérer sa guérison et à ce qu'il soit rendu au libre exercice de ses droits aussitôt que sa situation le permettra. Ce curateur, ajoute la loi avec quelque sagesse, ne pourra pas être choisi parmi les héritiers présomptifs de la personne placée dans un établissement d'aliénés.

Source : BIU Cujas

Protection des faibles d'esprit et des prodigues

Le faible d'esprit- Mesure pouvant être prise quant à ses biens: l'assistance d'un conseil judiciaire.

Les faibles d'esprit sont des personnes qui, sans être absolument privées de raison, voient leurs facultés affaiblies au point de les empêcher de prendre soin de leurs intérêts. Ce sont des personnes qui ne sont pas en état d'aliénation mentale, mais dont les facultés sont très affaiblies. Elles ne peuvent se diriger elles-mêmes dans la vie et surtout diriger leurs affaires pécuniaires.

Il n'y a pas à s'occuper ici des mesures concernant la personne des faibles d'esprit. Le faible d'esprit n'est pas de ceux qu'on puisse interner dans une maison d'aliénés. Peut-être peut-on le placer dans une maison de retraite ou dans une maison de santé, mais à la condition que cet établissement n'ait rien de commun avec un établissement d'aliénés.

La faiblesse d'esprit n'est pas par elle-même, de même que l'aliénation mentale, une cause d'incapacité, Mais la loi permet aux familles de s'adresser à la justice qui, s'il y a lieu, nommera un conseil judiciaire au faible d'esprit, conseil judiciaire sans l'assistance duquel le faible d'esprit ne pourra passer certains actes jugés particulièrement graves par la loi.

Conditions dans lesquelles peut être nommé le conseil judiciaire

En ce qui concerne les faibles d'esprit, le Code n'a envisagé qu'une seule hypothèse: celle où une personne aurait fait l'objet d'une demande d'interdiction. En pareil cas trois solutions s'offrent au tribunal: ou bien rejeter la demande, ou bien accorder et prononcer l'interdiction, ou bien, si le tribunal estime que cette personne n'est pas suffisamment en état d'aliénation mentale pour être interdite, mais que son état d'esprit ne lui permet pas de diriger avec prudence ses affaires pécuniaires, il peut lui nommer un conseil judiciaire.

De là certains ont conclu quelquefois qu'on ne pourrait jamais former immédiatement une demande de dation de conseil judiciaire à l'encontre d'un faible d'esprit. Il faudrait toujours passer par la procédure de l'interdiction. Mais évidemment ce serait là un formalisme bien inutile. Aussi admet-on en pratique que le demandeur puisse immédiatement former une demande de dation de conseil judiciaire.

Assimilation du prodigue au

Aux faibles d'esprit la loi assimile les gens qui,

Source : BIU Cujas

faibles d'esprit

sans être aliénés, ni même d'une manière générale faibles d'esprit, sont atteints de cette infirmité mentale particulière qu'est la prodigalité. Ce ne sont pas à proprement parler des faibles d'esprit. On peut être fort intelligent et être un prodigue. Le but que le législateur cherche à atteindre est de protéger la famille, les héritiers présomptifs, contre les dissipations émanant d'un prodigue.

C'est pourquoi l'art. 513 dispose qu'il peut être défendu aux prodigues de plaider, de transiger, d'emprunter, etc. sans l'assistance d'un conseil qui leur est nommé par le tribunal. La liste des actes est la même pour les faibles d'esprit et les prodigues.

Finalement un conseil judiciaire peut être donné à deux catégories de personnes:

1°- Aux personnes dont les facultés sont affaiblies soit de naissance soit à raison de leur grand âge soit à raison d'une maladie ou d'une infirmité permanente;

2° - aux prodigués.

Appréciation par le tribunal de la faiblesse d'esprit et de la prodigalité

Lorsqu'il s'agit de déterminer si une personne est réellement faible d'esprit, le tribunal jouit des plus larges pouvoirs d'appréciation.

Quant à la détermination de la prodigalité c'est également d'un large pouvoir d'appréciation que dispose le tribunal. Mais ici différentes questions se sont présentées. Une question s'est présentée notamment dans une affaire qui fit quelque bruit en son temps: Max Lebaudy, jeune prodigue était si riche que malgré toutes sortes de dépenses folles, il n'était pas arrivé à dépenser tous ses revenus. Sa mère avait formé contre lui une demande de dation de conseil judiciaire. La question se posait de savoir si réellement on pouvait le considérer comme un prodigue; est-ce que le fait de se livrer à toutes sortes de dépenses somptuaires, inutiles et même malsaines, suffit à permettre de doter le prodigue d'un conseil judiciaire du moment qu'il n'épuise pas son revenu, du moment qu'il n'entame pas son capital? Waldeck-Rousseau avocat de Max Lebaudy avait soutenu dans sa plaidoirie que le prodigue pouvait être utile à la collectivité. Cela revenait à dire qu'il fait marcher le commerce! La Cour de Paris décida qu'il n'y avait pas lieu de doter Max Lebaudy d'un conseil judiciaire.(Paris 31 Janvier 1894; Dalloz 1894,2.243).

Dation d'un conseil judiciaire à une femme mariée

La question est de savoir si une femme mariée peut être pourvue d'un conseil judiciaire. La question se posait avant la loi du 18 Février 1938. Certains auteurs avaient soutenu que, la femme mariée étant incapable, il n'y avait pas lieu de la doter d'un conseil

Source : BIU Cujas

judiciaire, son incapacité de femme mariée constituant une protection suffisante. Mais la majorité de la doctrine et de la jurisprudence était en sens contraire et avec raison. Notamment sous la communauté la femme mariée qui a un mari dépensier peut être amenée à vendre ses biens et à se ruiner avec l'autorisation de son mari.

La question peut se poser encore aujourd'hui puisque c'est le mari sous le régime de communauté qui est administrateur des biens de sa femme, A plus forte raison faut-il admettre la solution généralement admise, puisque la femme jouit aujourd'hui d'une assez large capacité. Par conséquent il est certain que la femme mariée prodigue peut être dotée d'un conseil judiciaire, et le mieux est que ce conseil judiciaire ne soit pas son mari.

Procédure de la dation d'un conseil judiciaire (identité avec celle d'interdiction)

La procédure de dation de conseil judiciaire est identique à la procédure d'interdiction. C'est ce qui résulte de l'art. 514 : "La défense de procéder sans l'assistance d'un conseil peut être provoquée par ceux qui ont droit de demander l'interdiction, leur demande doit être instruite et jugée de la même manière". Ce sont les mêmes personnes qui ont le droit de demander l'interdiction à qui la loi reconnaît le droit de provoquer la dation d'un conseil judiciaire. La procédure est exactement la même, procédure en deux phases, et qui comporte l'interrogatoire devant le tribunal du faible d'esprit ou du prodigue.

Qu'est-ce que le conseil judiciaire? Son rôle d'assistance . Comparaison avec le curateur du mineur émancipé

Le conseil judiciaire est une personne qui est chargée d'assister le faible d'esprit ou le prodigue dans les actes pour lesquels son concours est exigé par la loi.

Le rôle du conseil judiciaire est tout à fait analogue à celui du curateur du mineur émancipé. Il ne représente pas le faible d'esprit ou le prodigue. C'est l'intéressé lui-même qui figure à l'acte. Mais le conseil judiciaire doit être présent à l'acte. Ses fonctions sont des fonctions non pas de représentation mais des fonctions d'assistance. Par conséquent le conseil judiciaire n'est pas chargé de la gestion des biens du prodigue ou du faible d'esprit et ses biens ne sont pas grevés de l'hypothèque légale qui grève les biens d'un tuteur.

Seulement si son rôle est un rôle d'assistance comme celui du curateur du mineur émancipé, là se borne la ressemblance avec le curateur du mineur émancipé.

C'est ainsi que le conseil judiciaire est nommé sans exception, par le tribunal, alors que le curateur du mineur émancipé est en principe désigné par le con-

Source : BIU Cujas

seil de famille. Il n'y a donc pas de conseil judiciaire légal, et même, à la différence de ce qui a lieu pour l'interdiction, le mari n'est pas de plein droit le conseil judiciaire de sa femme. Nous avons vu que le mari est de plein droit le tuteur de sa femme interdite. Le mari n'est pas de plein droit conseil judiciaire de sa femme, c'est le tribunal qui nomme le conseil judiciaire comme il lui paraît convenable et souvent lorsqu'il s'agit d'une femme il vaut mieux écarter le mari qui peut être un dépensier lui-même et qui amènerait sa femme à se ruiner. Très souvent le conseil judiciaire est un homme d'affaires, est un avoué ou un notaire. Le tribunal a le libre choix.

Autre différence avec la situation du mineur émancipé: le conseil de famille n'est appelé à jouer aucun rôle en ce qui concerne les actes passés par le faible d'esprit ou le prodigue; l'assistance du conseil est toujours suffisante. Nous n'avons donc pas ici plusieurs catégories d'actes comme lorsqu'il s'agit du mineur émancipé. Il n'y a que deux catégories d'actes; les actes que l'individu prodigue ou faible d'esprit peut passer seul, et ceux qu'il ne peut passer qu'avec l'assistance du conseil judiciaire; l'assistance du conseil judiciaire est toujours suffisante; le conseil de famille n'a aucun rôle à jouer dans le régime du conseil judiciaire.

Capacité du faible d'esprit et du prodigue Actes qu'ils ne peuvent faire qu'avec assistance du curateur

Quelle est la capacité du prodigue ou du faible d'esprit? Quels actes peut-il faire seul? Quels actes sont soumis à l'assistance du conseil judiciaire?

Les art. 499 pour le faible d'esprit et 513 pour le prodigue énumèrent les actes que l'individu pourvu d'un conseil judiciaire ne peut faire seul, pour lesquels par conséquent est requise l'assistance de son conseil. La liste est exactement la même pour le faible d'esprit et pour le prodigue.

Voyons quels sont ces actes. Ensuite nous nous demanderons si l'énumération de la loi est limitative.

plaider

La loi interdit d'abord au prodigue de plaider sans l'assistance de son conseil judiciaire. L'individu pourvu d'un conseil judiciaire ne peut en aucun cas plaider ni en demande ni en défense sans l'assistance de ce conseil; peu importe la nature de l'action, qu'il s'agisse d'une action mobilière ou immobilière, d'une action possessoire ou pétitoire.

L'incapacité du prodigue est plus étendue que celle du mineur émancipé. Ce dernier peut exercer seul les actions mobilières et les actions possessoires. Ici au contraire toute action est interdite au prodigue sans l'assistance de ce conseil judiciaire. Le législateur paraît s'être inspiré ici d'une institution qui fonc-

Source : BIU Cujas

tionnait dans l'ancien droit et qui permettait de frapper d'une sorte d'interdiction de plaider les personnes ayant la manie des procès. La loi en a conservé quelque chose en ce sens que l'individu pourvu d'un conseil judiciaire ne peut plaider sans l'assistance de son conseil.

La jurisprudence autorise cependant le prodigue à plaider sans l'assistance de son conseil dans un but conservatoire ou d'administration. Par exemple on admet le prodigue à citer une personne en référé pour faire ordonner une mesure d'urgence (Cassation, 22 Janvier 1901; Dalloz 1901.1.94).

Transiger ou compromettre

Le second acte que le prodigue ne peut passer sans l'assistance de son conseil, c'est la transaction, acte auquel en pratique on assimile le compromis. La transaction c'est l'acte par lequel on met fin à une contestation éventuelle ou déjà survenue par des sacrifices réciproques. Le compromis c'est l'acte par lequel deux personnes, qui sont en conflit décident de faire juger leur litige par des arbitres. On admet traditionnellement que le compromis doit être assimilé à la transaction. Bien plus, il est soumis à des conditions de capacité plus sévères que la transaction, ce qui a permis à la jurisprudence et à la doctrine de décider que le compromis ne pouvait être fait par le prodigue sans l'assistance de son conseil judiciaire.

emprunter

Le troisième acte interdit au prodigue sans l'assistance de son conseil c'est l'emprunt. C'est l'acte le plus dangereux, et celui qu'il fallait interdire avant tout. Tout emprunt est interdit au prodigue.

Recevoir un capital mobilier ou en donner quittance

Quatrièmement, le prodigue ne peut sans l'assistance de son conseil recevoir un capital mobilier ni en donner décharge. Il ne peut pas recevoir ses capitaux; il peut percevoir ses revenus librement, mais pas ses capitaux, et cela se comprend parce qu'on craint le danger de dilapidation.

Rôle du conseil

Seulement le rôle du conseil ici n'est pas très précis. Le prodigue ne peut recevoir un capital mobilier ni en donner décharge sans l'assistance de son conseil; la loi n'a pas dit, comme pour le curateur du mineur émancipé, que le conseil judiciaire devait surveiller l'emploi du capital.

Malgré le silence de la loi, il est évident qu'il est impossible de laisser au prodigue la disposition du capital à la réception duquel il figure en personne: à quoi servirait-il au conseil judiciaire d'être présent à l'acte dans lequel on remet le capital au prodigue et puis de s'en aller ensuite, laissant le prodigue avec l'argent à sa disposition. Il faut admettre nécessairement que le conseil judiciaire doit prendre des mesures

Source : BIU Cujas

pour surveiller l'emploi du capital. Aussi admet-on couramment que le conseil judiciaire peut exiger notamment que les sommes dues à l'incapable ne soient pas versées directement à ce dernier, qu'elles soient payées par exemple au vendeur de l'immeuble qu'on achètera en remploi, ou à l'agent de change qui achètera des valeurs mobilières qui serviront à remployer le capital, de telle sorte que les fonds ne passeront pas entre les mains de l'individu pourvu d'un conseil judiciaire. Il est arrivé quelquefois en pratique que les sommes ont été remises au conseil judiciaire lui-même, mais c'est tout à fait irrégulier. Le conseil judiciaire n'a pas le maniement des deniers appartenant à l'incapable, à la différence du tuteur. C'est bien pour cela que ses biens ne sont pas grevés de l'hypothèque légale. Le conseil judiciaire doit aviser à toutes les mesures possibles pour éviter que le prodigue ne dilapide les fonds qu'il doit recevoir, mais il n'a pas le droit de recevoir ces fonds lui-même. Il peut les faire déposer dans une banque, chez un notaire un agent de change, en vue du remploi, mais il n'a pas le droit de manier les deniers lui-même.

Aliéner ou hypothèquer

Cinquiémement, le prodigue ne peut sans l'assistance de son conseil aliéner à titre gratuit ou à titre onéreux, ni grever ses biens d'hypothèque. Par conséquent toute aliénation est interdite, et de même toute constitution d'hypothèque qui accompagne généralement un emprunt.

On autorise cependant les aliénations qui ont le caractère d'actes d'administration, telles la vente des récoltes ou des meubles sujets à dépérissement, une semblable vente constitue un acte d'administration.

L'énumération légale est-elle limitative?

Là s'arrête l'énumération de la loi, mais une question se pose tout de suite; cette énumération est-elle limitative? Sur ce point on discute. Mais la jurisprudence a pris parti.

Actes que le prodigue peut faire librement

Voici d'abord les points qui sont hors de discussion. Il s'agit de certains actes que tout le monde reconnaît comme pouvant être faits par l'individu pourvu d'un conseil judiciaire sans l'assistance de ce dernier. Ce sont d'abord tous les actes intéressant la personne ou la famille. L'individu pourvu d'un conseil judiciaire peut se marier librement s'il est majeur; il peut adopter, il peut reconnaître un enfant naturel; il peut engager ses services, il reste chef de famille s'il est marié.

En second lieu l'individu pourvu d'un conseil judiciaire peut faire librement son testament. Il peut, - tout le monde l'admet - procéder à tous actes conservatoires, notamment la vente des récoltes et d'une

Source : BIU Cujas

manière générale à tous actes d'administration. Il peut passer des baux. Seulement nous allons voir que la jurisprudence considère qu'il ne peut passer seul que des baux n'excédant pas neuf ans. Enfin il peut percevoir ses revenus.

Actes interdits au prodigue par la jurisprudence, malgré le silence de la loi

Mais d'autres actes ne figurent pas dans l'énumération légale et certains de ces actes peuvent être extrêmement dangereux. Faut-il donc admettre que l'énumération de la loi est limitative? Une partie de la doctrine décide affirmativement. La capacité est la règle, l'incapacité l'exception; par conséquent, il ne faut pas aller au-delà des actes prévus par la loi. Mais tel n'est pas l'avis de la jurisprudence qui considère qu'il est un certain nombre d'actes qui sont extrêmement dangereux et qu'il y a lieu d'interdire à l'individu pourvu d'un conseil judiciaire.

D'une manière générale, la tendance de la jurisprudence est d'assimiler l'individu pourvu d'un conseil judiciaire au mineur émancipé. Voyons donc les actes qui, d'après la jurisprudence, vont être interdits à l'individu pourvu d'un conseil judiciaire sans l'assistance de ce conseil, bien qu'ils ne figurent pas dans l'énumération légale.

Extension au prodigue de la réductibilité des engagements excessifs, édictée pour le mineur émancipé

Il en est ainsi en particulier des obligations contractées par le prodigue. Il en est une qui est interdite expressément, c'est l'emprunt mais à côté de cela il est d'autres actes qui peuvent être extrêmement dangereux, amener la ruine du prodigue. Ce sont des obligations qu'il contracte notamment en faisant des achats ruineux. La loi ne lui interdit pas expressément d'acheter mais il peut faire des achats ruineux, contracter des obligations en disproportion flagrante avec ses besoins et ses ressources, en un mot contracter des dettes.

Aussi la jurisprudence, approuvée par les uns, critiquée par les autres, décide-t-elle que les obligations contractées par un prodigue ou un faible d'esprit peuvent être réduites ou même annulées lorsqu'elles sont excessives, soit parce qu'elles dépassent la limite des ressources du prodigue, soit parce qu'elles dépassent ses besoins. C'est la réduction pour excès, applicable légalement aux actes du mineur émancipé qu'on a étendue, contrairement aux textes aux prodigues. Cela a été jugé notamment pour des dépenses de logement, de nourriture, pour des spéculations à terme, pour des acquisitions d'immeubles (Cassation, 2 Décembre 1885; Dalloz, 1886.I.128; 7 Juillet 1902; D.1902.I.422).

La jurisprudence justifie cette règle de la manière suivante. Elle se fonde sur la partie du texte qui interdit à l'incapable d'aliéner. Or, s'obliger,

Source : BIU Cujas

dit-on, c'est aliéner indirectement, puisque celui qui s'oblige peut voir ses biens saisis ou vendus par ses créanciers lorsqu'il ne peut s'acquitter de son obligation.

Limitation de la durée des baux à 9 ans

Partant toujours de cette idée, la jurisprudence en est arrivée à décider que l'individu, pourvu d'un conseil judiciaire pourrait bien passer un bail de ses immeubles, mais que ce bail ne pourrait excéder neuf ans. Au-delà de neuf ans, le bail est considéré comme un acte d'aliénation.

Acceptation ou répudiation d'une succession

Enfin la jurisprudence est arrivée à décider que l'individu pourvu d'un conseil judiciaire ne peut prendre parti sur une succession qui lui échoit sans l'assistance de son conseil. Comment peut-on arriver à ce résultat alors que la loi ne prévoit pas cet acte de renonciation ou d'acceptation d'une succession? On dit: renoncer à une succession c'est aliéner, puisque la succession est acquise de droit à l'héritier. Or, un prodigue ne peut pas aliéner sans l'assistance de son conseil judiciaire, il ne peut donc pas renoncer seul à une succession. On ne peut pas admettre une solution différente pour l'acceptation d'une succession, qui emporte d'ailleurs des obligations, l'obligation de payer les dettes. Par conséquent, dit la jurisprudence, l'individu pourvu d'un conseil judiciaire ne peut pas prendre parti sur une succession, l'accepter ou y renoncer, sans l'assistance de son conseil.

Partage d'une succession

On propose également de lui interdire de figurer seul à un partage de succession. D'ailleurs lorsque le partage a lieu en justice on peut ici invoquer la règle qui lui interdit de plaider sans l'assistance de son conseil judiciaire.

En résumé, la jurisprudence est arrivée à accroître l'incapacité de l'individu pourvu d'un conseil judiciaire. Elle assimile sa demi-capacité à celle du mineur émancipé.

Différences subsistant entre le mineur émancipé et le prodigue quant à l'étendue de leur incapacité respective et aux formalités d'habilitation

Cependant il n'y a pas assimilation absolue entre la situation du mineur émancipé et celle de l'individu pourvu d'un conseil judiciaire; il y a des différences.

1°- Le mineur émancipé ne peut faire que les actes de pure administration. Le pourvu d'un conseil judiciaire peut faire les actes d'administration et notamment les grosses réparations de ses immeubles, tandis qu'on admet que le mineur émancipé ne peut faire que les réparations ordinaires.

2°- Il est des actes qui sont permis au pourvu d'un conseil judiciaire et qui ne le sont pas au mineur émancipé, bien que l'interprétation large donnée par la jurisprudence à l'incapacité du pourvu d'un conseil

Source : BIU Cujas

judiciaire tende à rapprocher les deux situations. Le pourvu d'un conseil judiciaire peut librement se marier adopter.

Par contre, il est des actes qui sont permis au mineur émancipé et qui ne le sont pas à l'individu pourvu d'un conseil judiciaire. En ce qui concerne les actions en justice, le mineur peut exercer seul les actions mobilières et les actions possessoires. L'individu pourvu d'un conseil judiciaire ne peut jamais plaider sans l'assistance de son conseil.

Enfin, il reste toujours cette différence profonde que pour les actes les plus graves, notamment l'aliénation de ses immeubles, ou de ses valeurs mobilières, le mineur émancipé a besoin de l'autorisation du conseil de famille et de l'homologation du tribunal le cas échéant, tandis que l'assistance du conseil judiciaire est toujours suffisante, lorsqu'il s'agit du prodigue ou du faible d'esprit.

Nullité des actes passés par le prodigue. Droit de demander la nullité: le prodigue et le conseil.

Qu'arriverait-il si un individu pourvu d'un conseil judiciaire faisait seul un acte pour lequel il est incapable ? L'acte serait nul et la nullité serait une nullité relative. La nullité ne peut donc être invoquée que par l'incapable lui-même. Mais la question s'est posée de savoir si le conseil judiciaire pourrait demander la nullité de l'acte passé par le prodigue. On a objecté à cette solution que le conseil judiciaire, à la différence du tuteur, ne représente pas le prodigue, il ne peut pas se substituer à lui, mais si l'on n'admettait pas que le conseil judiciaire put demander la nullité des actes passés par le prodigue, il arriverait certainement que la protection accordée par la loi au prodigue serait inefficace, car celui-ci, pour ne pas se couper tout crédit, se ferait un point d'honneur de ne pas agir en nullité. C'est pourquoi la jurisprudence admet que le conseil judiciaire peut demander au tribunal de prononcer la nullité des actes passés par le prodigue.

Nullité à la demande du conseil, de faire annuler les actes passés en fraude de ses droits avant la dation du conseil

La jurisprudence va plus loin. Elle autorise le conseil judiciaire à demander la nullité des actes qu'aurait passés le prodigue avant la dation du conseil judiciaire. Seulement la jurisprudence n'autorise le tribunal à prononcer cette nullité que s'il est démontré que l'acte a été fait par le prodigue en fraude à la loi, uniquement pour rendre illusoires les mesures qu'il savait qu'on allait prendre contre lui.

Voici un individu qui est l'objet d'une instance en dation de conseil judiciaire. Il s'empresse de vendre ses biens pour faire de l'argent liquide. La jurisprudence admet couramment que le conseil judiciaire lorsqu'il sera nommé pourra demander la nullité des actes d'aliénation ainsi passés par le prodigue (Cas. 10 Nov. 1919. S.1920.I.243).

Source : BIU Cujas

Recours du prodigue contre le refus injustifié d'assistance de son conseil

Cependant il est une dernière question qu'il faut poser. Il y a des conseils judiciaires qui prennent leur rôle trop au sérieux, des conseils judiciaires qui s'opposent à ce que l'individu fasse certainsactes qui pourraient être utiles. L'individu pourvu d'un conseil judiciaire a-t-il un recours devant le tribunal contre le refus injustifié que lui opposerait son conseil judiciaire?

La jurisprudence admet l'affirmative. L'incapable peut protester en portant son recours devant le tribunal contre un refus qu'il estime injustifié de son conseil judiciaire.

Sans doute le tribunal ne peut pas autoriser le prodigue à passer l'acte; il n'y a que le conseil judiciaire qui puisse l'assister. Mais le tribunal peut ou bien destituer le conseil judiciaire et en nommer un autre; ou bien tout simplement nommer un conseil judiciaire ad hoc, un conseil judiciaire spécial pour l'acte qu'il s'agit d'accomplir. Le conseil judiciaire aura pour mission d'assister le prodigue dans l'acte en question.

Chapitre III

OBLIGATION ALIMENTAIRE ENTRE PARENTS ET ALLIES LEGITIMES

La solidarité familiale fondement de l'obligation alimentaire-Son caractère d'ordre public

L'obligation alimentaire est l'obligation qui incombe à une personne de fournir à un parent ou allié dans le besoin les sommes qui sont nécessaires à ce dernier pour vivre, pour pourvoir à sa subsistance.

L'obligation alimentaire nous apparaît ainsi comme une conséquence de la parenté ou de l'alliance. Comme c'est le mariage qui crée la parenté et l'alliance légitime, on comprend dans une certaine mesure que la loi ait placé l'obligation alimentaire parmi les obligations qui résultent du mariage (articles 205 et suivants). Cependant c'est une vue trop étroite. Nous verrons en effet que l'obligation alimentaire existe entre parents naturels. L'obligation alimentaire nous apparaît comme un devoir de solidarité familiale.La loi ne veut pas, pour des raisons d'ordre moral et dans l'intérêt des familles,que ceux qui ont de quoi se suffire largement puissent laisser dans la misère de proches parents que leur âge ou leurs infirmités empêchent de se procurer les ressources nécessaires à leur existence.

Source : BIU Cujas

L'Etat a intérêt d'ailleurs à ce que les personnes ayant les moyens suffisants s'acquittent de leurs dettes alimentaires, afin d'éviter que ceux qui se trouvent dans la misère tombent à la charge de l'assistance publique. C'est pourquoi d'ailleurs l'Assistance publique récupère les dépenses qu'elle a engagées pour subvenir à certaines misères, sur les personnes tenues à l'obligation alimentaire vis-à-vis des assistés. Par exemple lorsqu'il s'agit d'enfants assistés ou d'assistance aux vieillards, l'Assistance publique est fondée à réclamer au père ou à la mère ou ascendant, ou aux enfants lorsqu'il s'agit de vieillards, le remboursement des dépenses qui ont été engagées pour l'assistance de ces personnes qui sont dans le besoin.

Pour toutes ces raisons, les dispositions relatives à l'obligation alimentaire sont d'ordre public On ne peut pas y déroger par convention et notamment le créancier d'aliments ne peut pas renoncer d'avance à demander des aliments.

Malgré tout l'obligation alimentaire n'est qu'un mode assez rudimentaire d'assistance. Dans les familles pauvres elle est bien souvent insuffisante à faire vivre le créancier et elle constitue une lourde charge pour le débiteur. On peut espérer qu'à mesure que les oeuvres d'assistance sociale, les oeuvres d'assistance contre la maladie, la vieillesse, la mort, se développeront, on recourrera de moins en moins à l'obligation alimentaire.

Caractère réciproque de l'obligation alimentaire.

L'une des caractéristiques de l'obligation alimentaire dans notre droit est qu'elle est réciproque. Après avoir indiqué dans les articles 205 et 206 que certaines personnes étaient tenues à l'obligation alimentaire, l'art. 207 ajoute: les obligations résultant de ces dispositions sont réciproques; c'est-à-dire que toute personne tenue d'après la loi de fournir des aliments à une autre a le droit d'en réclamer à cette dernière, si elle se trouve elle-même dans les conditions requises. Ainsi les enfants doivent des aliments à leurs père et mère dans le besoin, mais réciproquement les père et mère doivent des aliments à leurs enfants lorsque ceux-ci sont dans l'indigence et hors d'état de pourvoir à leur subsistance. Nous verrons cependant qu'il y a aujourd'hui une exception à cette réciprocité, en ce qui concerne les rapports des père et mère et des enfants.

Comparaison entre l'obligation alimentaire en-

L'obligation alimentaire entre parents et alliés légitimes que nous allons étudier ne doit être confondue ni avec l'obligation alimentaire entre époux,

Source : BIU Cujas

tre parents et alliés légitimes et l'obligation alimentaire entre époux.

ni avec l'obligation pour les parents d'entretenir leurs enfants mineurs.

Tout d'abord l'obligation alimentaire entre parents et alliés légitimes ne doit pas être confondue avec l'obligation alimentaire entre époux. Celle-ci est une des conséquences immédiates du mariage et du devoir de secours que la loi impose aux époux. L'obligation alimentaire entre époux présente des caractères tout à fait spéciaux. Elle se présente souvent dans un ménage sous forme d'obligation d'entretien, de contribution de chacun des époux aux charges du ménage; mais si l'un des époux est dans la misère, l'autre lui doit des aliments. L'obligation alimentaire entre époux est généralement liée à l'obligation de cohabitation, de telle sorte que, notamment, si la femme refuse sans motif légitime de réintégrer le domicile conjugal, le mari peut lui refuser toutes espèces d'aliments.

D'autre part l'obligation alimentaire entre époux emprunte exceptionnellement la forme de paiement d'une pension, mais c'est tout à fait exceptionnel puisque normalement les époux vivent ensemble. C'est donc dans des cas exceptionnels que l'obligation alimentaire entre époux se présente sous la forme de paiement d'une pension d'un époux à l'autre, en cas de séparation de fait ou en cas de séparation de corps, tandis que pour l'obligation alimentaire entre parents et alliés, le paiement d'une pension est le mode d'exécution normal de l'obligation alimentaire.

et avec l'obligation des parents d'entretenir leurs enfants mineurs.

Par ailleurs, l'obligation alimentaire entre parents et alliés légitimes ne se confond pas avec l'obligation résultant de l'art. 203, qui impose aux père et mère l'entretien de leurs enfants mineurs. Alors que l'obligation alimentaire est réciproque, l'obligation de l'art. 203 incombe tout naturellement aux seuls père et mère.

D'autre part, alors que l'obligation alimentaire est indépendante de l'âge du créancier d'aliments, l'obligation de l'art. 203 cesse à la majorité des enfants. Sans doute à partir de la majorité, les père et mère peuvent être tenus de secourir leurs enfants dans la misère, mais il s'agit bien alors de l'obligation alimentaire ordinaire, celle de l'art. 205, distincte de celle dont ils étaient tenus jusqu'à la majorité de leurs enfants.

Entre parents en ligne directe à l'infini. Perte du droit à pension alimentai-

Première question: entre quels parents et alliés l'obligation alimentaire existe-t-elle dans notre droit?

La loi lui donne un champ d'application très restreint. Dans l'ordre des parents l'obligation alimentaire n'existe qu'entre parents en ligne directe.

Source : BIU Cujas

re par l'ascendant déchu de la puissance paternelle.

Les enfants doivent des aliments à leurs père et mère et autres ascendants qui sont dans le besoin. Comme l'obligation est réciproque (art. 207) les ascendants doivent des aliments à leurs enfants et petits-enfants dans le besoin.

L'obligation existe ici, quel que soit le degré de parenté. Cette obligation est réciproque. Cependant une exception a été admise sur ce point par un décret-loi du 30 Octobre 1935, qui a modifié l'art. 1er de la loi du 24 Juillet 1889 sur les enfants moralement abandonnés et la déchéance de la puissance paternelle. Cette disposition nouvelle décide que la déchéance de la puissance paternelle dispense les enfants de l'obligation alimentaire envers l'ascendant déclaré déchu. L'ascendant déchu de la puissance paternelle continue à devoir des aliments à ses descendants, mais ces derniers sont dispensés de leur obligation à l'égard de l'ascendant. L'obligation alimentaire perd donc en ce cas son caractère de réciprocité. Toutefois la même disposition autorise les tribunaux suivant les circonstances à apprécier s'il n'y a pas lieu de maintenir l'obligation alimentaire . Il peut d'abord lorsqu'il prononce la déchéance de la puissance paternelle décider que l'ascendant pourra réclamer une pension alimentaire à ses descendants. Le tribunal peut aussi accorder une pension alimentaire à l'ascendant dans le cas où cet ascendant assignerait son descendant en paiement d'une pension alimentaire. Finalement le tribunal peut relever l'ascendant de cette sorte de déchéance prononcée contre lui.

L'obligation alimentaire entre parents en ligne directe est la seule obligation alimentaire qui existe entre parents. Il n'en existe pas entre parents en ligne collatérale, même entre frères et soeurs.

L'obligation alimentaire réciproque entre alliés au premier degré (entre un époux et les père ou mère de son conjoint)

Dans l'ordre des alliés, l'obligation alimentaire existe nous dit l'art. 206, entre beau-père et belle-mère d'une part, gendre et belle-fille d'autre part, et elle est réciproque (art.207).

Mais que faut-il entendre par "beau-père et"belle mère"? Ici nous souffrons d'un vice de notre terminologie. Par beau-père et belle-mère il faut entendre le père et la mère d'un conjoint. Dans le langage courant, le mot beau-père ou belle-mère s'entend aussi du second mari de la mère ou de la seconde femme du père; on disait autrefois, et c'était évidemment plus commode, le parâtre et la marâtre. Ce n'est pas dans ce dernier sens que la loi a entendu les mots beau-père et belle-mère. Il n'y a pas d'obligation alimentaire réciproque entre le parâtre et la marâtre d'une part et les enfants

du précédent mariage. Il faut entendre ici le mot beau-père ou belle-mère dans le sens le plus étroit, c'est-à-dire le père et la mère du conjoint.

D'autre part, l'obligation alimentaire entre alliés n'existe qu'au premier degré, à la différence de l'obligation alimentaire entre parents en ligne directe qui existe à tous les degrés. En un mot, le mari doit des aliments au père et à la mère de sa femme, et ceux-ci lui en doivent le cas échéant, mais il ne doit pas d'aliments aux grands-parents de sa femme, et ceux-ci ne lui en doivent pas. La solution a été contestée, mais c'est celle qui prévaut et elle paraît bien résulter en effet du texte même de l'art. 206 qui ne parle que des gendre et belle-fille.

Fin de l'obligation alimentaire

Cette obligation alimentaire entre alliés en ligne directe prend fin, nous dit l'art. 206 lorsque celui des époux qui produisait l'affinité et les enfants issus de son union avec l'autre époux sont décédés. Une femme mariée meurt laissant des enfants de son mariage; son mari, le gendre, doit des aliments à son beau-père et à sa belle-mère, parce qu'il y a des enfants. Mais que l'enfant ou les enfants viennent à décéder, l'obligation alimentaire disparaît; et bien entendu elle n'a jamais existé si cette femme est décédée sans enfant. Le gendre est libéré de toute obligation alimentaire vis-à-vis de ses beaux-parents, et réciproquement .

Mais la jurisprudence va plus loin. Elle attache le même effet au divorce, ce que ne prévoyait pas le texte de l'art. 206. La jurisprudence attache le même effet de libération de l'obligation alimentaire entre beaux-parents et gendre ou belle-fille, même s'il existe des enfants issus du mariage dissous par le divorce. La jurisprudence entend faire table rase de la situation du moment qu'il y a divorce.

Il y avait autrefois un autre cas dans lequel l'obligation alimentaire entre alliés en ligne directe prenait fin, mais ce cas a été supprimé par une loi du 9 Août 1919; c'est le cas où la belle-mère avait convolé en secondes noces. En pareil cas le gendre ou la belle-fille ne lui devait plus d'aliments. C'était un vestige de l'hostilité de l'ancienne législation à l'égard du remariage des femmes veuves.

A quelles conditions un parent ou allié en ligne directe peut-il réclamer des aliments à ceux qui lui en doivent?

Nous allons poser les principes généraux. Nous envisagerons ensuite les questions qui se présentent dans le cas beaucoup plus complexe où il y a plusieurs débiteurs d'aliments.

Source : BIU Cujas

Condition requise du créancier : être dans le besoin quelle que soit la cause de celui-ci.

A quelles conditions un parent ou allié en ligne directe peut-il réclamer des aliments à ceux qui lui doivent. Règle générale: à la condition qu'il soit dans le besoin. Voir sur ce point les art. 205, 208, 209.

Etre dans le besoin, cela suppose que le créancier d'aliments ne peut pourvoir à sa subsistance ni à l'aide de ses revenus, ni au moyen de son travail. Il faut que le créancier soit hors d'état de pourvoir sa subsistance par quelque moyen que ce soit. Peu importe l'âge du créancier pourvu qu'il soit hors d'état de se procurer des ressources par son travail. Peu importe également la cause pour laquelle le créancier d'aliments est dans la misère; quand même il aurait dilapidé tout son avoir par sa propre faute, l'obligation alimentaire est d'ordre public. Peu importe même dit-on, et cela paraît bien exact, les torts graves qu'aurait eus le créancier vis-à-vis du débiteur. On a envisagé notamment le cas où celui qui réclame des aliments aurait été condamné pour tentative de meurtre vis-à-vis du débiteur. Pourquoi a-t-on envisagé cette hypothèse? C'est parce que la condamnation d'une personne pour tentative de meurtre vis-à-vis de ceux dont elle est l'héritier présomptif la prive de son droit successoral; c'est un cas d'indignité successorale. Celui qui est condamné pour tentative de meurtre vis-à-vis d'une personne ne peut plus hériter de cette personne. On a proposé d'étendre cette solution à l'obligation alimentaire, mais il faut écarter cette solution. Même si le créancier d'aliments a été condamné pour sévices ou pour tentative de meurtre vis-à-vis du débiteur, il peut lui réclamer des aliments. Planiol cependant est en sens contraire, mais les autres auteurs admettent cette solution.

Exception en cas de déchéance de la puissance paternelle.

Une seule exception aujourd'hui: c'est le cas de déchéance de la puissance paternelle. Lorsque l'ascendant est déchu de la puissance paternelle, il est privé en principe du droit de demander des aliments à son descendant.

Voilà à quelles conditions le créancier d'aliments peut obtenir une pension alimentaire.

Les deux éléments servant à déterminer le montant de la pension alimentaire.
1)Besoins du créancier

Maintenant, comment les juges détermineront-ils le montant de la pension alimentaire? Article 208: "Les aliments ne seront accordés que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame et de la fortune de celui qui les doit". Il faut d'abord tenir compte, dit ce texte, des besoins du créancier d'aliments. La pension alimentaire doit permettre à celui qui la réclame de pourvoir aux besoins essentiels de l'existence, nourriture, logement, vêtement, soins en cas de maladie. Mais la pension alimentaire ne doit nullement être fixée de manière à permettre au réclamant de payer ses dettes.

Eléments à envisager pour

Source : BIU Cujas

en déterminer l'étendue

La pension alimentaire est accordée au créancier pour lui permettre de vivre, mais elle ne lui est pas accordée pour lui permettre d'acquitter son passif. Le juge de paix ou le tribunal saisi de la demande doit prendre en considération les ressources dont peut disposer le créancier d'aliments. Par exemple s'il jouit d'une retraite il faut en tenir compte; si cette retraite est insuffisante, le complément pourra être mis à la charge du débiteur d'aliments.

2-Ressources du débiteur.

Les juges doivent tenir compte en second lieu des ressources du débiteur. La pension doit être proportionnée à ses ressources. Si le débiteur d'aliments est lui-même dans la misère, ou s'il a juste de quoi vivre, rien ne sera dû; il est inutile de mettre deux personnes dans la misère sous prétexte que l'une pourrait secourir l'autre.

Variabilité de la pension alimentaire. De la règle que aliments ne s'arréragent point.

Mais comme les besoins du créancier et les ressources du débiteur peuvent varier, la pension alimentaire peut être augmentée ou diminuée, ou même supprimée, suivant les modifications survenues dans la situation de l'un ou de l'autre. C'est ce que nous dit l'art. 209: "Lorsque celui qui fournit ou celui qui reçoit des aliments est replacé dans un état tel, que l'un ne puisse plus en donner, ou que l'autre n'en ait plus besoin en tout ou en partie, la décharge ou réduction peut en être demandée". Ce sont là des principes qui ne soulèvent aucune difficulté.

Etant donné que la pension alimentaire doit se modeler en quelque sorte sur le besoin du créancier et les ressources du débiteur, la jurisprudence en a tiré une conséquence. Elle ne fait d'ailleurs sur ce point qu'appliquer une règle traditionnelle, que l'on formule de la manière suivante: les aliments ne s'arréragent point. Cela signifie que le créancier d'aliments n'est pas recevable à réclamer en justice le paiement des arrérages passés lorsqu'il n'en a pas réclamé le paiement lors de leur échéance (Cassation, 23 novembre 1920; Dalloz, 1921, I, 79). Si le créancier d'aliments a laissé passer plusieurs mensualités sans les réclamer, il ne peut plus réclamer les échéances qu'il n'a pas touchées.

On explique parfois cette règle par une présomption de renonciation de la part du créancier d'aliments; s'il n'a pas réclamé les trimestres échus, c'est qu'il y a renoncé. Mais cette explication ne paraît pas exacte. La règle s'explique plutôt à raison de ce fait qu'en se passant des arrérages antérieurs, le créancier a démontré par cela même que

Source : BIU Cujas

ces arrérages ne lui étaient pas nécessaires, et que par conséquent la pension n'était pas justifiée pendant la période où il n'a pas touché ces arrérages. C'est l'application de la règle que la pension n'est due que dans la mesure du besoin du créancier.

De ce fondement que l'on doit attribuer à la règle que les aliments ne s'arréragent point, il faut conclure que si l'inaction du créancier s'explique par un événement de force majeure, à plus forte raison par la mauvaise volonté du débiteur, le créancier demeurerait recevable à réclamer le paiement des arrérages passés. (Cassation, 30 Janvier 1933;G.P. 5 Mars 1933). En tout cas, la déchéance, si elle s'applique aux arrérages passés, laisse subsister la pension alimentaire pour l'avenir tant qu'elle n'est pas supprimée par le tribunal.

Du principe de l'exécution de l'obligation alimentaire en argent et ses exceptions

Comment la pension alimentaire doit-elle être acquittée?

En principe, elle doit être acquittée en argent. En pratique le débiteur d'aliments est tenu de payer une pension, mensuelle, ou trimestrielle, au créancier. Quand le tribunal condamne une personne à payer des aliments à une autre, il fixe généralement à tant par mois la pension qui sera payée au créancier. Donc c'est en principe l'exécution en argent.

Mais la loi autorise dans certains cas l'exécution en nature, c'est-à-dire que le créancier d'aliments sera logé, nourri et entretenu dans la maison du parent qui lui doit des aliments. Cette situation exceptionnelle peut donner lieu en pratique à bien des froissements, la présence d'un parent pauvre est parfois difficilement supportée par celui qui le reçoit; d'autre part la personne dans le besoin peut se sentir humiliée de la situation pénible qui lui est faite, de l'obligation où elle se trouve de vivre au foyer d'un parent. Aussi la loi n'admet-elle l'exécution en nature que dans deux cas.

Impécuniosité du débiteur

Le premier est prévu par l'art. 210: "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".

Il faut supposer que le débiteur justifie qu'il n'est pas assez riche pour verser des mensualités. Mais le tribunal constate que s'il ne peut payer des mensualités, au moins pourrait-il recevoir chez lui, nourrir, entretenir le créancier; cela lui coûtera moins cher. En un mot la loi fait ici application de cet adage populaire, qui n'est pas toujours exact et contre lequel protestent les gens de bon appétit, à savoir que quand

Source : BIU Cujas

il y en a pour trois il y en a pour quatre. Dans ce cas, le tribunal peut dispenser le débiteur de verser la pension en argent et ordonner que le parent créancier sera reçu à son foyer.

liments dus par les père ou mère

Deuxième cas d'exécution en nature, art. 211 : "Le tribunal prononcera également si le père ou la mère qui offrira de recevoir, nourrir et entretenir dans sa demeure l'enfant à qui il devra des aliments, devra dans ce cas être dispensé de payer la pension alimentaire".

Il s'agit ici du cas où c'est le père ou la mère qui doit des aliments à l'enfant dans le besoin. Le père ou la mère peut offrir, au lieu de payer desmensualités, de recevoir à son foyer l'enfant, et le tribunal peut, mais c'est une simple faculté pour lui, décider qu'au lieu de verser une pension alimentaire l'enfant devra être logé, entretenu et nourri au foyer paternel. Le tribunal peut autoriser l'exécution en nature alors même - différence avec le cas précédent - que les père et mère seraient en état de verser une pension alimentaire, parce qu'on considère qu'il n'y a aucune humiliation de la part d'un enfant à vivre au foyer paternel.

C'est une disposition tout à fait exceptionnelle; la jurisprudence a décidé que l'art. 211 ne peut être invoqué que par le père ou la mère et ne pourrait l'être par les grands-parents, les grands-parents devraient justifier qu'ils sont hors d'état de payer une pension en argent.

Du cas où le créancier d'aliments a plusieurs débiteurs. Doit-il suivre entre eux une hiérarchie calquée sur l'ordre successif? Solution contraire de la Cour de cassation dans la nouvelle jurisprudence.

Nous arrivons au cas qui a soulevé pas mal de difficultés en pratique, où il y a pluralité de débiteurs d'aliments. Il est assez fréquent qu'une personne puisse réclamer des aliments à plusieurs autres, soit qu'elles soient du même degré, soit qu'elles soient d'un degré de parenté différent. Par exemple une personne a plusieurs enfants à qui elle peut réclamer des aliments; ou bien une personne a tout à la fois des descendants, des ascendants et des alliés.

Prenons un exemple. Un individu dans le besoin a encore son père et sa mère. Il a deux filles qui sont mariées; il a donc six débiteurs d'aliments: son père et sa mère, ses deux filles et les deux gendres.

La première question qui se pose est celle de savoir si le créancier doit suivre un certain ordre pour formuler sa demande d'aliments. La question est discutée. En l'absence de texte, de nombreux auteurs admettent qu'il existe une hiérarchie entre les débiteurs d'aliments. Il y aurait lieu de suivre en cette matière l'ordre successif, c'est-à-dire l'ordre dans lequel les

Source : BIU Cujas

débiteurs d'aliments sont appelés à la succession. Le créancier d'aliments en un mot doit s'adresser d'abord à ceux qui seraient appelés à lui succéder les premiers Dans notre exemple, le créancier devra d'abord s'adresser à ses deux filles; en cas d'insolvabilité de celles-ci, il s'adressera à son père et à sa mère; et enfin en cas d'insolvabilité des filles et des père et mère, il pourrait s'adresser à ses gendres. Cette opinion a été consacrée par plusieurs arrêts, notamment de la Cour de cassation, mais il y a eu un revirement de jurisprudence.

Une opinion contraire, en effet, repousse toute espèce de hiérarchie entre les débiteurs d'aliments. La loi, dit-on, ne fait aucune distinction entre eux à cet égard, et l'on ne peut donc imposer au créancier d'aliments de s'adresser de préférence à tel débiteur, sauf à se retourner ensuite contre un autre si le premier n'a pas la solvabilité suffisante. Il est d'ailleurs bien difficile d'établir sur une base solide une hiérarchie entre les débiteurs d'aliments. Sur quelle base établit-on cette hiérarchie? Sur l'ordre successif? Mais il n'y a pas de correspondance entre l'obligation alimentaire et la vocation successorale, puisque d'une part la loi soumet à cette obligation des alliés qui ne sont jamais des héritiers, et que d'autre part elle dispense de l'obligation alimentaire certaines personnes qui sont des héritières et notamment les frères et soeurs.

La cour de cassation , après avoir adopté la première opinion, s'est ralliée à la seconde dans un arrêt du 2 Janvier 1929 (D. 1929.I.137). La Chambre civile décide que tous les débiteurs d'aliments sont tenus d'une obligation personnelle et cumulative. Ils sont tous tenus personnellement sur le même pied et aucune disposition, dit l'arrêt, n'impose au demandeur de suivre un ordre déterminé. Cependant l'espèce était particulièrement favorable à la première opinion; il s'agissait en l'espèce en effet de deux époux qui avaient plusieurs enfants, dont un fils marié, séparé de corps. Les parents avaient réclamé des aliments uniquement à la belle-fille séparée de corps; ils ne s'étaient pas adressés à leurs enfants. La belle-fille avait protesté disant qu'il fallait suivre un ordre hiérarchique, s'adresser d'abord aux enfants. Contrairement à sa jurisprudence antérieure, la Chambre civile a décidé qu'il n'y avait aucune hiérarchie, que chaque débiteur d'aliments est débiteur pour le tout, est tenu d'une obligation personnelle et que par conséquent le créancier peut faire un choix entre eux, il peut les assigner tous, ou il peut, s'il lui plaît, n'en assigner qu'un seul.

Source : BIU Cujas

Cette solution est très avantageuse pour le créancier d'aliments, qui peut immédiatement s'adresser à celui des débiteurs qui paraît le plus en mesure de lui assurer sa subsistance, qui lui paraît le plus solvable. Seulement la question est de savoir si celui qui est poursuivi a la possibilité non seulement de mettre en cause les autres, mais encore d'exercer un recours contre les autres.

Du principe que l'obligation solidaire n'est ni solidaire, ni individuelle. Mais si un seul des débiteurs est solvable, il doit seul supporter toute la dette

Mais voici une autre question qu'il faut régler au préalable. On s'est demandé si la dette d'aliments lorsqu'il y a pluralité de débiteurs est une dette solidaire ou indivisible; en un mot, est-ce que tous les débiteurs d'aliments sont tenus entre eux de la dette alimentaire, solidairement ou indivisiblement ?

La jurisprudence répond d'une façon générale que la dette d'aliments n'est ni solidaire ni indivisible; formule exacte en principe. En effet, comme nous le verrons plus loin, celui qui est assigné peut demander au tribunal de tenir compte, pour fixer la pension qu'il devra payer, de l'existence d'autres débiteurs solvables, ce qui n'arriverait pas s'il y avait véritable solidarité. Le débiteur solidaire est tenu pour le tout, sauf son recours contre les autres.

D'autre part, ce qui nous prouve qu'il n'y a pas solidarité, à supposer que plusieurs débiteurs d'aliments aient été condamnés à payer une pension alimentaire à une personne, ou dans le cas où ils ont convenu sans avoir été assignés, que chacun d'eux paierait une pension alimentaire, l'insolvabilité survenant en la personne d'un débiteur n'aura pas par elle-même pour conséquence d'augmenter la pension due par les autres. Voici plusieurs débiteurs qui ont été condamnés à payer chacun une certaine somme à leur père ou à leur mère. Supposons que l'un d'eux devienne insolvable, cette insolvabilité ne rejaillit pas sur les autres, dont la quote-part ne sera pas augmentée pour cela. Il en serait autrement s'il y avait solidarité. Lorsqu'il y a des codébiteurs solidaires, l'insolvabilité de l'un d'eux rejaillit sur les autres, qui sont obligés de payer la part de l'insolvable.

Tel est donc le principe: la dette alimentaire n'est ni solidaire ni indivisible.

Cependant le créancier d'aliments est dans une situation assez voisine de celle que procure la solidarité entre les débiteurs. En effet si une personne, une mère par exemple, a plusieurs enfants, mais que l'un de ceux-ci seulement soit en état de fournir une pension alimentaire, les autres étant eux-mêmes dans le besoin ou ayant juste de quoi vivre, c'est l'enfant solvable qui seul devra supporter toute la charge des aliments cal-

Source : BIU Cujas

culés suivant les besoins du père ou de la mère. Voici quelque chose d'analogue à la solidarité: s'ils sont plusieurs et que l'un d'eux soit seul en mesure de payer, c'est lui seul qui paiera.

Troisième question: que décider si un seul des débiteurs est poursuivi? C'est le cas résolu par la Cour de cassation dans l'arrêt de 1929: la belle-fille séparée de corps qui est poursuivie à elle seule, parce qu'elle est riche, tandis que le père et la mère n'ont pas attaqué leurs propres enfants. Le débiteur qui est assigné seul devra-t-il encourir une condamnation pour le tout, sans recours possible de sa part? Ce serait bien injuste, bien que l'affirmative ait été soutenue. On a soutenu que tout d'abiteur d'aliments ne fait qu'acquitter sa dette personnelle lorsqu'il paie ou lorsqu'il est condamné à verser une pension alimentaire, il n'a pas à s'occuper des autres, il n'a rien à leur réclamer.

Cependant cette solution paraît bien injuste. C'est pourquoi à notre avis, il faut reconnaître au débiteur d'aliments qui serait assigné seul deux droits:

Droit pour le débiteur seul assigné de faire tenir compte de l'existence d'autres débiteurs solvables et de les mettre en cause

1°- Le droit de faire modérer la condamnation dont il est l'objet en invoquant l'existence d'autres débiteurs solvables. Comment, dira la belle-fille qui a été assignée, vous m'assignez seule, alors que vous avez des enfants qui sont solvables? Par conséquent, dans le chiffre de vos ressources, à vous, créancier d'aliments, il y a lieu de faire entrer l'existence d'autres débiteurs solvables qui, eux aussi, vous doivent des aliments. Il faut tenir compte des ressources du créancier d'aliments; il faut faire entrer en ligne de compte parmi ces ressources l'existence d'autres débiteurs solvables.

2°- Il faut encore reconnaître au débiteur d'aliments qui serait assigné seul, le droit de mettre en cause les autres débiteurs pour se ménager au besoin un recours contre eux en demandant au tribunal de répartir la dette entre les débiteurs.

Ces solutions ne paraissent pas douteuses, et elles sont d'autant moins douteuses aujourd'hui depuis la jurisprudence de l'arrêt de 1920. Autrefois il y avait une hiérarchie à suivre, disait la Cour de cassation, il fallait assigner d'abord celui qui était l'héritier le premier appelé; aujourd'hui on peut assigner n'importe quel débiteur d'aliments, un allié, un gendre ou une belle-fille, plutôt que les autres enfants, mais il faut au moins réserver à ce gendre ou à cette belle-fille la possibilité de mettre en cause les autres pour faire répartir entre eux la dette alimentaire.

Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

Le débiteurseul assigné et condamné à payer la pension a-t-il un recours contre les autres.

Mais, dernière question douteuse: à supposer que le débiteur d'aliments assigné se soit laissé condamner seul, qu'il ait payé, a-t-il un recours en remboursement contre les autres? Ce problème reste très douteux. On refuse généralement ce recours au débiteur d'aliments qui a payé, en disant qu'il a payé sa dette personnelle et qu'il n'a aucun recours à exercer contre les autres; il a payé ce qu'il devait, il devait tout. Cette solution paraît bien rigoureuse, elle aussi, et contraire au caractère familial de l'obligation alimentaire. La Cour de cassation a rendu récemment un arrêt dont certains auteurs ont fait état pour admettre que désormais la jurisprudence de la Cour Suprême est en faveur du recours possible du débiteur d'aliments qui a payé contre les autres. Mais cette conclusion ne paraît pas certaine. Il s'agit d'un arrêt de la Cour de cassation du 27 Novembre 1935 (D.I936.I.25), qui a admis le recours d'un époux contre l'autre en matière d'obligation d'entretien des enfants. La Cour de cassation a résolu ici une question qui était controversée jusque là. Elle admet que si l'un des père et mère a payé tout ce qui était nécessaire pour l'entretien des enfants, ce père ou cette mère peut avoir un recours contre l'autre époux, du moment que celui-ci est solvable. D'où l'on a conclu que cette règle devait être généralisée et qu'il fallait l'appliquer à tous les cas d'obligation alimentaire. Seulement il y a une objection, qui fait que la solution qu'on propose laisse un doute: c'est qu'entre époux il y a bien une obligation conjointe. L'art. 203 décide que les époux contractent ensemble par le seul fait du mariage l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants. Il y a bien une obligation réciproque de leur part. L'art. 203 justifie donc le recours de l'époux qui a payé contre l'autre époux solvable. Mais il n'y a pas d'obligation réciproque entre les codébiteurs d'aliments. C'est pourquoi il n'est pas du tout certain que la conclusion que l'on tire de l'arrêt de 1935, à savoir la possibilité du recours du débiteur d'aliments contre les autres, soit exacte et conforme à l'opinion de la Cour de cassation.

Caractère personnel de l'obligation alimentaire Extinction par la mort du débiteur.

Quels sont les caractères de l'obligation alimentaire?

L'obligation alimentaire a un caractère strictement personnel, puisqu'elle repose sur un lien de parenté ou d'alliance personnelle. L'obligation disparaît donc non seulement à la mort du créancier, mais encore à la mort du débiteur. Voilà ce qui caractérise véritablement la personnalité de la dette alimentaire: elle disparaît à la mort du débiteur, elle n'incombe pas à

Source : BIU Cujas

la succession du débiteur, sauf pour les arrérages échus et non payés.

Exemple: un gendre veuf, ayant des enfants de son mariage, a été condamné à verser une pension alimentaire à ses beaux-parents. Ce gendre meurt à son tour; la dette ne passe pas à la succession. Sans doute les enfants de ce gendre, qui sont les petits enfants des créanciers d'aliments, doivent des aliments à leurs grand -parents, mais ils les doivent à titre personnel, et non pas comme successeurs de leur père. Si par conséquent aucun arrangement n'intervenait entre les grand -parents et leurs petits-enfants, les grand -parents seraient obligés d'assigner leurs petits-enfants et la pension ne serait pas nécessairement fixée au même chiffre qu'elle l'était à l'égard du gendre.

C'est là un des caractères essentiels de l'obligation alimentaire entre parents et alliés; elle ne passe pas à la succession. Mais nous avons vu que la loi admet la solution contraire lorsqu'il s'agit de l'obligation alimentaire entre époux; lorsque l'un des époux meurt et que l'autre est dans le besoin, la succession de l'époux décédé doit des aliments à l'époux survivant.

Sanction judiciaire de la pension alimentaire. Règles de faveur au point de vue de la procédure et de l'exécution.

Quelques renseignements sur l'importance que la loi attache à l'obligation alimentaire et les facilités qu'elle donne au créancier d'obtenir des aliments.

La loi s'est efforcée d'assurer aux personnes dans le besoin l'obtention aussi rapide que possible des aliments qui leur sont nécessaires.

Au point de vue de la juridiction compétente, c'est le juge de paix qui est compétent pour statuer sur la demande d'aliments toutes les fois que la pension n'excède pas en totalité 4.500 frs par an. Si la pension réclamée excède 4.500 frs par an, c'est le tribunal civil qui est compétent.

Mais voici, au point de vue de la compétence "ratione personae" une disposition qui intéresse les ascendants. En principe, le tribunal compétent, juge de paix ou tribunal civil, est le tribunal du domicile du défendeur, c'est-à-dire du débiteur d'aliments; il faut que le créancier aille plaider devant le juge de paix ou le tribunal du défendeur, de celui à qui il réclame des aliments. Mais une exception a été apportée sur ce point par une loi du 6 Avril 1932 au profit des ascendants. L'ascendant demandeur, décide ce texte (art.59.C.Pr.C.) peut porter sa demande devant le juge de paix ou le tribunal de première instance de son domicile à lui, ascendant; il n'est pas obligé d'aller

Source : BIU Cujas

plaider devant le tribunal du domicile de chacun de ses enfants; il lui suffit d'assigner ses enfants devant le tribunal de son domicile à lui. Il aura moins de gêne pour plaider devant le tribunal de son domicile que pour plaider devant un autre tribunal peut être fort éloigné.

En matière de pension alimentaire l'assistance judiciaire est facilement obtenue.

La loi s'est attachée par ailleurs à assurer le paiement exact de la dette alimentaire. Sans doute elle ne confère au créancier aucune sûreté particulière, aucune hypothèque particulière, mais l'ascendant qui a obtenu un jugement bénéficie de l'hypothèque judiciaire pour s'acquitter de sa créance.

D'autre part le créancier d'aliments peut s'attaquer à certains biens du débiteur qui seraient insaisissables par d'autres créanciers. Par exemple les salaires, quand ils n'excèdent pas 15.000 frs, sont insaisissables pour neuf dixièmes; il n'y a qu'un dixième qui soit saisissable par les créanciers ordinaires; les créanciers d'aliments peuvent saisir au-delà de ce dixième. Ils ont par conséquent un avantage que n'ont pas les autres créanciers de l'ouvrier ou de l'employé.

Insaisissabilité et incessibilité de la pension alimentaire

La loi assure encore le paiement exact de la pension alimentaire en déclarant les pensions alimentaires insaisissables. Par conséquent les créanciers du créancier d'aliments ne peuvent pas saisir la pension alimentaire qui lui est due (art. 581 C.Pr.C.) On protège le créancier d'aliments contre ses propres créanciers, qui ne peuvent opérer une mainmise sur les sommes dues à titre d'aliments.

La pension alimentaire ne peut pas faire l'objet d'une compensation entre le créancier d'aliments et le débiteur d'aliments.

Enfin, la jurisprudence déclare la pension alimentaire incessible; celui à qui est due une pension alimentaire ne peut céder cette pension. Le droit aux aliments est d'ordre public et ne peut faire l'objet d'une renonciation de la part du créancier.

LA FAMILLE NATURELLE

Alors que la famille légitime a pour fondement le mariage, la famille naturelle repose sur l'union libre des sexes.

L'union libre
Silence du C.C.

Ce qui caractérise l'union libre sous le régime du Code civil, c'est qu'elle constitue, tout au moins dan

Source : BIU Cujas

à son égard;son caractère de fait contraire aux bonnes moeurs

les rapports de l'homme et de la femme, une situation de pur fait qu'ignore la loi. La loi ne s'occupe du concubinage que pour règler les rapports des concubins et des enfants qui peuvent naître de leur union. Mais l'union libre, quelle que soit sa durée, ne produit aucune obligation ni aucun droit dans les rapports respectifs des pseudo-époux.

Le Code civil a passé complètement sous silence cette situation, et ce silence a été voulu. Le législateur, a-t-on dit dans les travaux préparatoires, doit se détourner de cette situation en fermant les yeux. Tout au plus la tolère-t-il.

Le concubinage dans notre droit, et à la différence de certaines législations, n'est pas un délit. Le Code pénal ne s'en occupe que dans certains cas lorsqu'il s'accompagne d'attentats aux moeurs, d'enlèvement de mineur ou d'adultère. L'inceste lui-même n'est pas puni dans notre droit, à la différence de certaines législations.

Mais il est certain que dans la conception des rédacteurs du Code civil le concubinage est un état contraire aux bonnes moeurs. En un mot, notre droit ne fait aucune distinction entre l'union passagère et une union même durable, du moment que les pseudo conjoints ne se sont pas soumis aux formalités du mariage.

D'autre part, le Code civil ignore tout moyen terme entre le mariage et le concubinage. En particulier notre droit ignore cette forme particulière d'union inférieure que fut le concubinat, tout au moins à une certaine époque du droit romain, au Bas-Empire. Il n'y a donc pas de moyen terme entre le mariage et le concubinage; pas de mariage supérieur, pas de mariage inférieur; peu importe que les époux soient de conditions sociales différentes ou qu'ils ne soient pas de même race ou de même couleur.

La distinction du mariage et de l'union libre est facile à faire dans notre droit où le mariage est un acte solennel. Par cela seul que l'homme et la femme n'ont pas observé les formalités du mariage ou que, les ayant observées, le mariage a été déclaré nul, du moment que cet homme et cette femme vivent ensemble ils sont en état de concubinage.

La distinction est plus difficile à faire au contraire dans les législations où le mariage est un acte purement consensuel, comme c'était le cas en Ecosse, et comme c'est le cas en U.R.S.S. Là aucune formalité. Il en était ainsi dans le droit romain classique; et c'est encore le cas dans certaines législations étrangères.

La caractéristique de l'unionlibre c'est l'absence d'obligations entre l'homme et la libre:absence

Mais ce qui caractérise véritablement l'union

Source : BIU Cujas

de toute obligation entre concubins

Le jour où l'union libre produirait des obligations, ce ne serait plus une union libre, ce serait un mariage inférieur, ce serait un véritable mariage. Ceux qui vivent dans l'état de concubinage se libèrent des obligations juridiques que le mariage fait peser sur les époux, obligations qui contribuent à assurer la stabilité de l'union conjugale. Ce qui fait la tare de l'union libre, a-t-on dit, c'est sa liberté même. Pas de fidélité obligatoire, pas de devoir de secours, etc..Prime à la lâcheté de l'homme, a-t-on dit encore; pour la femme source de faiblesse, d'oppression et d'avilissement.

Ces principes étant posés, il y a lieu de constater que depuis un certain nombre d'années s'est manifestée en jurisprudence et même en législation une tendance à faire produire des effets à l'union libre. Il ne s'agit pas ici des rapports entre les concubins et les enfants qui ont pu naître de leur union, rapports qu'il a toujours été nécessaire de règler, mais des effets juridiques dans les rapports des concubins entre eux et avec les tiers. Pendant la guerre de 1914 on a accordé des allocations de soutien indispensables de famille aux concubines des mobilisés comme à leurs femmes légitimes. D'autre part la législation des loyers traite au point de vue de la prorogation des loyers la concubine du locataire comme sa femme légitime. On a proposé d'assimiler la concubine à la femme légitime en matière de pensions militaires ou d'accidents du travail.

En présence de cette jurisprudence et de ces tendances législatives, certains auteurs se demandent si ce mouvement n'aboutira pas quelque jour plus ou moins prochain à l'établissement dans notre droit d'une sorte de mariage d'ordre inférieur, analogue au concubinat du Bas-Empire romain.(Cf. Josserand intitulé "L'avènement du concubinat", D.H. 1932.p.45). Il est certain que si ces tendances s'accentuaient on ne pourrait que s'en inquiéter. Le principe de l'unité du mariage est certainement une conquête de la civilisation et instituer un mariage d'ordre inférieur, ce serait ébranler l'institution du mariage. Sans doute l'institution du mariage a été suffisamment ébranlée déjà par celle du divorce, du divorce facile surtout. Mais il reste tout de même cette différence que le mariage, même dissous par un divorce facile, présente sur l'union libre cette supériorité de créer des obligations à la charge des époux. Sans partager le pessimisme de M.Nast ("Vers l'union libre ou le crépuscule du mariage légal" D.H. 1938.page 37), il faut reconnaître qu'il y a des tendances inquiétantes.

Source : BIU Cujas

Etudions maintenant les conséquences juridiques du concubinage dans les rapports des concubins entre eux et avec les tiers, d'après la jurisprudence.

L'union libre et les conséquences juridiques qu'elle peut produire, malgré son caractère extra légal.

Le Code n'a rien prévu. Il reste neutre vis-à-vis de l'union libre, mais d'une neutralité malveillante. Mais le fait qu'une situation soit illégale ou extra-légale n'empêche pas qu'elle soit de nature à produire des conséquences juridiques. Il y a des faits dont on ne peut faire abstraction.

Nullité absolue de la convention par laquelle les concubins voudraient régler leurs rapports personnels ou pécuniaires

Plaçons-nous en présence d'un de ces faux ménages, si nombreux dans les grands centres, et même ailleurs, dont la situation ne se distingue en rien, tout au moins apparemment, de celle de véritables conjoints. En droit cet homme et cette femme ne sont tenus vis-à-vis l'un de l'autre à aucune obligation, ni fidélité, ni secours, ni assistance, ni cohabitation. A tout instant, par consentement mutuel ou par la volonté d'un seul le ménage peut être rompu. Mais ces concubins ne pourraient-ils par une convention appropriée se placer dans un état juridique voisin du mariage? Sans doute au début d'une union libre on ne songe guère à dresser une convention de ce genre! En tout cas les concubins auraient-ils pris cette précaution que cette convention serait absolument sans valeur, entachée de nullité comme contraire aux bonnes moeurs (art. 6 C.C.)

Ce que les concubins ne pourraient faire quant à leurs personnes, ils ne pourraient le faire davantage quant à leurs biens. Créeraient-ils entre eux une société universelle de biens destinée à consolider une union immorale, cette convention serait également nulle comme l'union des personnes elles-mêmes, entachée d'immoralité.

Responsabilité solidaire des concubins pour les fournitures destinées aux besoins du ménage

Il va de soi que pour la femme il ne peut être question d'incapacité; elle a sa pleine et entière capacité . Mais pourrait-il être question vis-à-vis de la concubine d'un mandat domestique analogue à celui dont est investie la femme mariée pour les dépenses du ménage?En principe,non.La femme seule sera poursuivie par les marchands avec qui elle aura traité,l'homme pouvant échapper à toute responsabilité à cet égard.

Mais il faut bien reconnaître que cette solution est bien rigoureuse à l'égard des fournisseurs, qui ont généralement été trompés par la situation apparente des concubins qu'ils ont pris pour des gens mariés. Aussi la jurisprudence a-t-elle cherché le moyen d'obliger l'homme à payer les fournitures commandées par sa concubine.

La question se pose généralement à la dissolution

Source : BIU Cujas

de cette union libre. Tant qu'ils vivent ensemble, l'homme paie; c'est lui qui travaille le plus souvent. Mais à la dissolution, la femme peut être insolvable. Il ne peut être question de mandat tacite. Mais les tribunaux pour condamner l'homme se placent généralement sur le terrain de la responsabilité. Les concubins, disent les tribunaux, en créant une situation apparente de nature à induire les tiers en erreur sur leur véritable situation, ont commis une faute génératrice de responsabilité dont ils doivent réparation solidaire aux personnes qu'ils ont trompées par leur fait.

Absence de régime matrimonial entre concubins. Application au règlement de leurs intérêts pécuniaires, des règles des sociétés de fait.

Nous arrivons à la rupture du concubinage, soit par la volonté d'un seul, soit par la mort de l'un des concubins.

Dans ce cas une question se pose parfois entre les concubins eux-mêmes ou entre le survivant et les héritiers de l'autre: c'est la liquidation de leurs intérêts pécuniaires. Sans doute l'union libre ne crée pas entre les concubins un régime semblable à celui de la communauté. L'union libre ne produit pas d'effets légaux; c'est une situation de fait, mais une situation de fait peut produire des conséquences juridiques. Chacun des concubins avait peut-être des biens au moment où s'est instaurée l'union libre, qui a pu durer de longues années et finalement ces biens ont été mis en commun. Il s'est établi entre eux une société de fait qu'il s'agit de liquider.

Des difficultés pourront se produire notamment sur le point de savoir quels ont été les apports respectifs de chacun des pseudo-conjoints dans cette société. On pourra faire la preuve suivant les modes ordinaires. En tout cas il est certain et il a été jugé que les règles du régime de la communauté ne sont pas applicables à cette hypothèse (Tribunal d'Etampes, 3 janvier 1933, G.P. du 15 mars 1933).

Chacun des modes de rupture est susceptible d'entraîner des difficultés qui lui sont particulières.

Rupture de l'union libre par la volonté unilatérale d'un des concubins. Refus à l'autre de tout droit à indemnité.

Considérons la rupture par la volonté d'un seul. Par exemple l'homme abandonne la concubine. Quelque préjudice qu'éprouve celle-ci du fait de cette rupture, qui peut la laisser sans ressource à un âge déjà avancé, elle ne peut en principe réclamer de dommages-intérêts par ce seul fait. Elle s'est soumise en connaissance de cause à une situation dont elle devait connaître l'instabilité; elle n'a aucune réclamation à élever

Source : BIU Cujas

Validité de l'engagement pris à l'égard de la concubine abandonnée de lui payer une indemnité

Mais ce qu'on ne peut le contraindre de faire, l'homme ne peut-il le faire volontairement? En un mot, quelle est la valeur de l'engagement que prendra cet homme de payer un capital ou une pension à la concubine qu'il abandonne? La jurisprudence considère depuis longtemps qu'une telle obligation est valable. Il y a là, dit-on, une obligation de conscience, ce que l'on appelle en droit une obligation "naturelle" qui ne peut évidemment donner lieu à une action en justice, mais qui peut être transformée en obligation civile par la volonté du débiteur. Par conséquent cette obligation naturelle peut servir de base à une promesse valable. Si, dans un écrit quelconque, le concubin s'est engagé à réparer le préjudice qu'il cause à la femme en l'abandonnant, cette obligation est valable; c'est une obligation de conscience qui est passée dans le domaine de l'obligation civile (Rennes, 7 Mars 1904, S.I907.2.24I).

Les donations entre concubins Conditions auxquelles elle est nulle

Un autre aspect de ce problème est celui de la donation que l'un des concubins consentirait à l'autre. Cette donation est-elle valable, soit qu'il s'agisse d'une donation antérieure à la rupture, soit qu'il s'agisse d'une donation concomitante à cette rupture?

Dans l'ancien droit c'était un principe qu'on formulait de la manière suivante: "Donation entre concubins ne vaut". En un mot dans l'ancien droit toute donation entre concubins étaitdéclarée nulle; c'était une véritable incapacité de fait qui frappait les concubins; l'un d'eux était incapable de recevoir une donation de l'autre sous quelque prétexte que ce fut. Cette incapacité n'a pas été reproduite par le Code civil. La jurisprudence en a conclu que les libéralités entre concubins ne sont pas nulles par elles-mêmes comme elles l'étaient dans l'ancien droit. Elle ne les déclare nulles que lorsqu'elles sont la condition de l'établissement ou de la continuation des relations illicites, car elles sont alors, ont dit certains arrêts, le "salaire du vice". Mais elles sont valables si elles ont une autre cause, en particulier s'il s'agit de liquider la situation irrégulière. Il n'y a plus là, dit-on, de marché immoral. C'est la libéralité faite à la concubine par l'homme qui veut se débarrasser d'elle (Cass. 8 Juin 1926, D.I927.I.II3). Cette solution est défendable.

Mais la jurisprudence a été beaucoup trop loin dans cette voie, à notre avis. Non seulement elle admet la validité des libéralités entre concubins lorsque celles-ci se justifient par une idée de réparation à l'égard de la femme, mais encore elle admet cette validité lorsque la libéralité est fondée sur une idée d'affection

Source : BIU Cujas

et de prévoyance du disposant. (Paris, 16 Novembre 1927; D.H. 1928.p. 57). Cette dernière solution est inadmissible en ce qu'elle tend à faire produire à l'union libre des effets voisins de ceux qui résultent du mariage.

Cette jurisprudence est particulièrement critiquable lorsque le concubinage s'aggrave d'un adultère de la part d'un des concubins. Cependant la Cour de cassation, dans un arrêt du 11 Mars 1918, a décidé que le seul fait que l'auteur d'une libéralité entretiendrait avec le bénéficiaire de la disposition des relations même adultères, ne suffit pas à invalider cette libéralité (S. 1918.I.175). Avec une semblable solution on arrive à valider des situations franchement immorales, telles que celle que nous présente un arrêt de la Cour de Paris du 5 Mai 1925 (S.1925.2.59) Il s'agissait en l'espèce d'un mari qui avait abandonné sa femme légitime pour vivre avec une concubine. Il avait stipulé une assurance sur la vie au profit de cette concubine, en stipulant que si la concubine ne bénéficiait pas de cette libéralité, c'était la femme légitime qui pourrait en bénéficier. La Cour de Paris dans un arrêt du 5 Mai 1925, a décidé que cet acte était valable. M. Morel le considère comme entaché d'immoralité et par conséquent nul.

Rupture du concubinage par la mort accidentelle de l'un des concubins .La question des dommages intérêts de la concubine. Revirement de la jurisprudence de la Cour de Cassation

Arrivons au cas de rupture par la mort de l'un des conjoints Ici encore la jurisprudence admet qu'un legs peut être fait, une assurance sur la vie peut être contractée au profit du conjoint survivant par le prédécédé.

Mais le problème des droits naissant de l'union libre s'est présenté depuis quelques années sous une forme particulière en cas de rupture par la mort. Il faut supposer que l'un des concubins, par exemple, l'homme, est décédé des suites d'un fait imputable à un tiers, par exemple un accident. Le cas s'est présenté à différentes reprises; le concubin est blessé mortellement ou tué dans un accident d'automobile; le survivant, la femme par exemple, peut-il réclamer des dommages-intérêts à l'auteur de l'accident à raison du préjudice qu'il éprouve du fait du décès de son pseudo conjoint? C'est le problème des dommages-intérêts de la concubine.

La jurisprudence des cours et des tribunaux a d'abord été très divisée. La Chambre criminelle de la Cour de cassation - car la question peut se poser lorsque la concubine se porte partie civile devant le tribunal correctionnel en cas de poursuite pour homicide par imprudence - la Chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé d'abord que l'action en dommages-intérêts de la concubine n'est pas par elle-même irrecevable.

Source : BIU Cujas

Elle peut être accueillie dans le cas où celle-ci justifie du préjudice que lui cause la mort de son amant lorsqu'elle en recevait depuis plusieurs années des subsides qui n'avaient rien d'aléatoire (Cas. 28 Février 1930; S.1931.I.145). Par conséquent, si l'union était suffisamment durable, si la concubine pouvait espérer recevoir pendant longtemps encore des subsides de son pseudo-conjoint, elle pouvait justifier d'un préjudice et réclamer des dommages-intérêts.

Cette jurisprudence aboutissait à des conséquences singulières. On a vu la concubine obtenir une indemnité qui était refusée à la femme légitime abandonnée par son mari et qui n'avait plus rien à espérer de lui, disait-on (Trib.corr. Seine, 12 Février 1931 D.1931.2.57). On a vu en cas de pluralité de concubines chacune d'elles recevoir une indemnité (Paris, 18 Novembre 1932,S.1932.2.25).

Le Conseil d'Etat, qui avait été saisi dans les mêmes conditions, s'agissant d'un individu qui avait été tué par un camion militaire, a refusé, au contraire, purement et simplement l'indemnité à la concubine (11 Mai 1928; S.1928.3.97). Il a rejeté la demande de la concubine parce que, dit le Conseil d'Etat, pour obtenir en justice la réparation du préjudice, il ne suffit pas d'un intérêt mais il faut encore pouvoir justifier d'un droit lésé; or, une concubine ne peut invoquer aucun droit. La raison donnée par le Conseil d'Etat est discutable, car à notre avis pour obtenir des dommages-intérêts il n'est pas nécessaire de justifier d'un droit lésé, il suffit de justifier d'un intérêt. Mais au fond, la décision du Conseil d'Etat doit être approuvée parce qu'il faut au moins justifier d'un intérêt légitime et moral; or, l'intérêt d'une concubine est un intérêt illégitime et immoral. Cela suffit pour rejeter la demande de la concubine.

La Cour de cassation du reste a modifié sa jurisprudence; la Chambre criminelle tout d'abord (13 Février 1937; S. 1937.I.153) mais dans des termes qui ne sont pas absolument nets. La Chambre civile de la Cour de cassation, au contraire, s'est prononcée très nettement dans un arrêt du 27 Juillet 1937 contre la recevabilité de la demande en dommages-intérêts de la concubine (S. 1938.I.321, avec note de M. Marty). Elle décide que le concubinage demeure en toute occurrence, quelles que soient ses modalités et sa durée, une situation de fait, qui ne saurait être génératrice de droits au profit des concubins et vis-à-vis des tiers.

Source : BIU Cujas

Les relations établies par le concubinage ne peuvent, en raison de leur irrégularité même, présenter la valeur d'intérêts légitimes juridiquement protégés, susceptibles de créer des obligations à la charge des concubins; elles sont impuissantes à leur conférer des droits à l'encontre d'autrui et notamment contre l'auteur responsable de l'accident survenu à l'un d'eux. La Cour de cassation très nettement casse l'arrêt de la Cour de Paris qui avait accordé des dommages-intérêts à la concubine sous prétexte qu'il y avait un enfant issu du concubinage, que l'enfant avait été élevé et entretenu à frais communs et que la victime apportait une contribution importante à la vie commune. L'enfant qui était reconnu, a pu obtenir des dommages intérêts, mais la demande de la concubine a été rejetée par la Cour de cassation, et ceci à bon droit à notre avis.

RAPPORTS ENTRE LES CONCUBINS ET LES ENFANTS QUI PEUVENT NAITRE DE LEUR UNION

Enfants naturels simples, adultérins, incestueux

Les enfants qui naissent du concubinage sont les enfants naturels. Ces enfants naturels peuvent être ou des enfants naturels simples ou des enfants naturels adultérins ou des enfants incestueux.

Les enfants naturels sont des enfants naturels simples lorsque, au moment où ils ont été conçus, il n'existait aucun empêchement de mariage entre les père et mère.

Les enfants naturels sont adultérins lorsqu'ils sont issus des rapports de deux personnes dont l'une ou les deux étaient mariées au moment de la conception.

Enfin, ils sont incestueux lorsqu'ils sont issus de deux personnes entre lesquelles existait au moment de la conception un empêchement de mariage résultant de la parenté ou de l'alliance.

La loi fait un sort particulièrement rigoureux aux enfants des deux dernières catégories.

En ce qui concerne les rapports des parents et des enfants naturels, nous aurons à examiner successivement deux questions, que nous avons déjà rencontrées à propos des rapports des père et mère avec les enfants légitimes.

I- Comment s'établit en droit le lien de filiation qui unit parents et enfants naturels? Question de

Source : BIU Cujas

l'établissement de la filiation naturelle.

II- lorsque la filiation naturelle est légalement établie, quelle est la situation juridique des enfants naturels à l'égard de leurs père et mère et des parents de ceux-ci?

I -Etablissement de la filiation naturelle

Il est nécessaire de rappeler au début de cette étude quelques idées qui résultent de la nature des choses et qui peuvent s'appliquer à tous les cas où il s'agit de démontrer en droit une filiation légitime ou naturelle.

Définition entre la preuve de la maternité et celle de la paternité.

Une distinction s'impose tout naturellement entre le fait de la maternité et le fait de la paternité.

La maternité peut se prouver directement. Elle résulte d'un fait matériel, la naissance, qui a généralement des témoins, qu'en tout cas l'on peut établir avec certitude. La preuve de la maternité est relativement facile à faire; il s'agit de démontrer qu'une femme est accouchée et que l'enfant dont il s'agit est bien celui qu'elle a mis au monde.

Au contraire le fait de la paternité n'est pas de ceux que l'on puisse prouver directement. La paternité est une probabilité, elle n'est jamais une certitude.

Principes rationnels qui pourraient être appliqués en matière de filiation naturelle.

Partant de là il semblerait qu'il ne dût y avoir aucune différence de preuve entre la maternité naturelle et la maternité légitime. Dans les deux cas la question se pose exactement dans les mêmes termes: telle femme est-elle accouchée et l'enfant qu'elle a mis au monde est-il bien le demandeur?

Ainsi se justifie la conception du droit romain et celle de certaines législations modernes telles que le droit allemand ou le droit suisse, qui au point de vue de l'établissement de la filiation maternelle ne font aucune différence entre la maternité naturelle et la maternité légitime. La maternité se prouve toujours de la même manière. Les Romains disaient: "Mater semper certa est etiamsi vulgo conceperit", la mère est toujours certaine même s'il s'agit d'une prostituée.

Par contre, en ce qui concerne la paternité, on comprend que la loi établisse des différences suivant qu'il s'agit d'une paternité légitime ou d'une paternité naturelle. Lorsqu'elle femme mariée met au

Source : BIU Cujas

monde un enfant, celui-ci, aux termes de l'art. 312, est considéré comme ayant pour père le mari, présomption qui a son fondement dans une présomption de fidélité de la femme.

Mais toute autre est la situation de la mère naturelle. Celle-ci n'est tenue à aucune obligation de fidélité vis-à-vis de son amant. Par conséquent il est difficile d'attribuer de plein droit à ce dernier une paternité qui dans certains cas pourrait bien être arbitraire. D'ailleurs à qui attribuerait-on la paternité d'un enfant lorsque la mère est d'une inconduite notoire?

Il est un cas cependant où l'on pourrait songer raisonnablement à faire peser une présomption de paternité sur l'amant; c'est le cas de ces faux ménages dans lesquels l'homme et la femme vivent maritalement en présentant toutes les apparences d'une union régulière. Il n'y aurait rien d'irrationnel à imposer à l'homme vivant dans cette situation la paternité des enfants que la concubine met au monde. Seulement au point de vue social cette conception ne devrait pas être admise en législation parce qu'une pareille présomption constituerait une nouvelle prime à l'union libre.

Nous verrons que la loi de 1912 sur la recherche de la paternité est entrée dans une certaine mesure dans cette voie. Elle tient compte de l'état de concubinage pour faire peser une présomption de paternité à l'encontre du concubin. Mais c'est tout de même quelque chose de bien différent de la présomption "pater is est" qui s'applique au mari légitime, parce que dans la loi de 1912, au point de vue de la filiation naturelle il ne s'agit ici que d'une simple présomption de fait que les tribunaux ont toujours le pouvoir d'écarter.

Tels sont les principes qui pourraient dominer la matière: la maternité naturelle serait prouvée exactement comme la maternité légitime; quant à la paternité naturelle elle doit certainement être admise moins facilement que la paternité légitime. Mais nous allons voir que les rédacteurs du Code civil s'étaient écartés assez sensiblement de ces principes rationnels. Les rédacteurs du Code civil, par défaveur envers les enfants naturels, ont adopté un système de preuve particulier à la filiation naturelle. Tout d'abord ils ont fait une différence entre la maternité légitime et la maternité naturelle; ils se montrent plus difficiles pour admettre la preuve de cette dernière. Sur ce point les textes du Code n'ont pas été modifiés. Mais la jurisprudence a plutôt atténué cette différence assez injustifiable entre les deux sortes de maternité.

Système du CC.

I-Différence de preuves pour la maternité légitime et pour la maternité naturelle.

Source : BIU Cujas

2-Prohibition de la recherche de paternité naturelle

En second lieu les rédacteurs du Code avaient prohibé rigoureusement la recherche de la paternité; solution excessive, injuste. Sans doute il n'y a jamais certitude de la paternité, mais il y a des cas où existent des probabilités qui confinent à la certitude. Sur ce point nous verrons que le principe rigoureux des rédacteurs du Code civil a reçu une très importante atténuation du fait de la loi du 16 Novembre 1912 modifiant l'art. 340 C.C. qui a admis très largement la recherche de la paternité.

3-La reconnaissance preuve par excellence de la filiation naturelle

Mais l'idée generale qui a inspiré le Code civil, c'est que le mode de preuve par excellence de la filiation naturelle, aussi bien vis-à-vis de la mère que vis-à-vis du père, c'est la reconnaissance volontaire, c'est-à-dire l'aveu constaté plus ou moins solennellement par lequel le père ou la mère déclare se reconnaître pour le père ou la mère de l'enfant.

Cette conception du Code civil manifeste assurément l'hostilité des rédacteurs du Code civil vis-à-vis des enfants naturels. Lors des travaux préparatoires, Bonaparte avait déclaré d'ailleurs que l'Etat n'a aucun intérêt à ce que la filiation des enfants naturels fût établie. Ainsi s'explique d'une part que la recherche de la maternité naturelle soit rendue plus difficile que celle de la maternité légitime, ainsi s'explique d'autre part la prohibition de la recherche de la paternité que contenait l'art. 340.

Comparaison entre l'état d'esprit des rédacteurs du C.C. et l'esprit de notre ancien droit en matière de preuve de la filiation naturelle

Il est intéressant de comparer sur ce point l'état d'esprit des rédacteurs du Code civil avec notre ancien droit. Notre ancien droit avait une tout autre conception de la situation des enfants naturels. Il facilitait la preuve de la filiation naturelle, non seulement vis-à-vis de la mère, mais encore à l'égard du père. Seulement - et c'est ici la grande différence entre les deux conceptions - l'ancien droit ne reconnaissait au bâtard qu'un droit, le droit aux aliments. Pas de libéralités possibles au profit des enfants naturels et surtout pas de droits de succession. L'enfant naturel est un intrus; il ne doit avoir aucune part à la succession de ses père et mère; celle-ci est réservée aux parents légitimes, non seulement aux enfants légitimes, mais même à tous les parents légitimes sans distinction. Le bâtard est exclu de la succession mais il a droit à des aliments et la loi facilite la preuve de la filiation naturelle pour permettre à l'enfant de réclamer des aliments à ses père et mère. Ce système donne à l'enfant le moyen d'obtenir de ses auteurs l'accomplissement du devoir d'entretien et d'éducation auquel sont soumis ceux qui l'ont mis au monde.

Source : BIU Cujas

Dans le système de la Révolution, au contraire, dont s'inspire le Code civil, on augmente les droits des enfants naturels et notamment on leur accorde un droit de succession. La Révolution leur avait accordé un droit de succession égal à celui des enfants légitimes. Le Code civil a diminué ce droit mais l'a admis tout de même. Mais, par contre, on restreint les facilités qu'on leur donnait autrefois pour l'établissement de leur filiation. Bien plus, on interdit la recherche de la paternité. Il n'y a guère que la filiation maternelle qu'il soit possible de prouver, ou encore la filiation paternelle si elle résulte d'une reconnaissance volontaire. A part cela, l'enfant naturel est un enfant dépourvu d'état civil, en quelque sorte; mais si jamais sa filiation est établie, on lui donne des droits de succession.

Ce système n'était pas sans inconvénient et surtout il était déplorable pour la famille légitime. Evidemment, les gens qui font du sentiment disent que l'enfant naturel n'est pas responsable de son origine. C'est évident , personne ne songe à l'en rendre responsable. Il n'en reste pas moins qu'il est nécessaire de protéger la famille légitime si on veut le maintien de cette institution. Si l'on veut qu'une famille légitime soit forte, il faut la protéger contre l'enfant naturel.

Finalement le régime institué par l'ancien droit était un moyen terme qui permettait à l'enfant naturel d'obtenir de ses parents l'accomplissement de l'obligation d'entretien et d'éducation qui incombe à ceux-ci, mais en même temps ce système protégeait la famille légitime. C'est le système qui est admis encore par des législations modernes, notamment en Belgique. En Belgique, on a supprimé l'art. 340, mais on admet la recherche de la paternité uniquement pour permettre à l'enfant naturel d'obtenir des aliments de ses père et mère; on lui refuse toute espèce de droits de succession dans la famille légitime.

Nous allons étudier:

1°- La reconnaissance des enfants naturels, qui est la preuve par excellence,

2°- La recherche en justice de la filiation naturelle.

3°- La situation des enfants adultérins ou incestueux au point de vue de la preuve de la filiation.

Source : BIU Cujas

Section I

La reconnaissance des enfants naturels simples

Definition

La reconnaissance est un acte solennel par lequel une personne déclare être le père ou la mère d'un enfant né hors mariage.

Etablissement du lien de filiation entre l'enfant et son auteur par une déclaration purement unilatérale de celui-ci.

La reconnaissance volontaire est le mode de constatation normal de la filiation naturelle, aussi bien vis-à-vis de la mère que du père. Cela se comprend dans une certaine mesure parce que la reconnaissance d'un enfant naturel entraîne des charges pour son auteur; il n'y a donc guère de chances pour qu'une personne s'attribue une paternité ou une maternité qui n'a rien de spécialement honorable et qui est susceptible de lui créer des obligations, mais il y a tout de même des reconnaissances de complaisance.

Inconvénients

Ce qui caractérise la reconnaissance, c'est qu'elle suffit par elle-même à créer un lien de filiation entre l'auteur de la reconnaissance et l'enfant qui en est l'objet, alors que cependant elle n'est qu'un acte unilatéral, de la part de l'auteur de la reconnaissance. La reconnaissance n'a pas à être acceptée par l'enfant; elle n'a pas a être confirmée par l'autre, le père ou la mère; c'est un acte purement unilatéral qui établit le lien de filiation.

Or, une reconnaissance peut être mensongère, et c'est plus fréquent qu'on ne le suppose. Il est arrivé qu'un enfant était reconnu par deux ou plusieurs hommes. Il est fréquent que lorsqu'un individu épouse une femme qui a eu un enfant avant son mariage, il reconnaisse l'enfant dont il n'est pas le père, pour le légitimer.

Il y a des reconnaissances qui sont faites par esprit de lucre et de cupidité. Pendant la dernière guerre on prétend que des mobilisés ont reconnu des enfants qui n'étaient pas les leurs pour bénéficier des avantages reconnus aux pères de famille nombreuse. Il arrive qu'une reconnaissance soit faite pour recueillir la succession de l'enfant ou pour se faire payer une pension alimentaire. Il n'est pas d'intérêt public qu'un enfant puisse être reconnu par n'importe qui; il importe que chacun ait l'état civil auquel il a droit.

C'est pourquoi la législation suisse est sage, notamment lorsqu'elle décide qu'une reconnaissance faite

Source : BIU Cujas Reproduction interdite

par un individu sera soumise à la mère qui pourra élever une protestation dans un certain délai. D'ailleurs dans notre droit toute reconnaissance peut être contestée. Le correctif à cette situation en vertu de laquelle un acte unilatéral peut établir un lien de filiation, c'est qu'une reconnaissance peut être contestée par toute personne intéressée. Mais en Suisse elle peut l'être par l'autorité publique, tandis que dans notre droit on n'admet pas le ministère public à contester une reconnaissance d'enfant naturel.

D'autre part nous verrons que la reconnaissance faite par un conjoint pendant le mariage ne peut nuire ni à l'autre époux ni aux enfants issus de ce mariage (art. 337).

Nature juridique de la reconnaissance . La conception de la reconnaissance aveu et de la reconnaissance admission

La reconnaissance au point de vue juridique nous apparaît comme une simple application de l'aveu. C'est un mode de preuve entre autres modes possibles. Telle est du moins la conception que certaines législations se font de la reconnaissance. L'établissement d'une filiation naturelle peut résulter de différents modes de preuve; l'un de ces modes de preuve c'est l'aveu que fait le père ou la mère; c'est le système de la reconnaissance-aveu.

Mais dans le Code civil la reconnaissance est quelque chose de plus qu'un simple aveu. Elle est un acte de volonté par lequel le père ou la mère accepte l'enfant et l'admet à la jouissance de certains droits de famille, lui constituant en un mot un état opposable à tous. C'est le système de la reconnaissance-admission. La reconnaissance, dans notre droit, doit être faite dans une certaine forme par acte authentique, alors que l'aveu extra-judiciaire n'a pas besoin de formes; il pourrait résulter d'une simple lettre, d'un aveu; or, une reconnaissance d'enfant naturel ne peut pas résulter d'une lettre, il faut un acte authentique.

D'autre part, dans notre droit la reconnaissance peut être annulée non seulement par erreur, ce qui s'explique, mais encore pour dol ou pour violence exercé sur l'auteur de la reconnaissance, et cela alors même que la reconnaissance est exacte. Alors même que la reconnaissance n'est pas mensongère , que le père est bien celui qui a reconnu l'enfant , ce père peut faire annuler la reconnaissance sous prétexte qu'il a été la victime de manoeuvres dolosives ou d'une violence, qu'il n'a reconnu l'enfant que sous l'empire de la violence.

Conséquence de la conception de reconnaissance admission:absence d'obligation pour les

Ce système de la reconnaissance-admission aboutit à cette conséquence que la reconnaissance n'est pas une obligation pour le père ou pour la mère. En un mot un père ou une mère ne commet aucune faute juridique en ne reconnaissant pas son enfant. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation dans l'espèce suivante. Il s'agissait

Source : BIU Cujas

parents de reconnaître leur enfant

d'un jeune homme qui, arrivé à sa majorité, avait fait reconnaître sa filiation par une action en recherche de paternité. Il avait obtenu satisfaction, mais il avait demandé en outre des dommages-intérêts à son père pour le préjudice que celui-ci lui avait causé en ne le reconnaissant pas volontairement et en le laissant -car le père était dans une situation aisée - dans une situation inférieure à celle que cet enfant aurait dû normalement avoir si son père l'avait reconnu et entretenu comme il aurait dû. La Cour de cassation le 28 Octobre 1935 a décidé que le père ou la mère qui ne reconnait pas volontairement l'enfant ne commet aucune faute. Si par la suite la filiation vient à être établie judiciairement, l'enfant ne peut réclamer de dommages-intérêts à son auteur en réparation du préjudice que, par le fait de la non reconnaissance et eu égard à sa fortune personnelle, il lui a causé en l'ayant placé, faute d'instruction suffisante, dans une situation inférieure à celle qu'il aurait dû normalement avoir (Cas. Civ. 28 Oct. 1935; D.H. 1935.537).

I- Conditions de la reconnaissance. Il y a des conditions de forme et des conditions de fond.

A-Nécessité d'un acte authentique

A -Conditions de forme. La reconnaissance d'un enfant naturel est un acte solennel. dont la validité est subordonnée à l'observation de certaines formes. Art. 334: "La reconnaissance d'un enfant naturel sera faite par un acte authentique, lorsqu'elle ne l'aura pas été dans son acte de naissance". Et comme l'acte de naissance est lui-même un acte authentique, il résulte de ce texte que la reconnaissance d'un enfant naturel ne peut avoir lieu que par acte authentique. Toute reconnaissance faite par acte sous seing privé est radicalement nulle. C'est une conséquence du système de la reconnaissance-admission: un acte solennel est nécessaire; l'aveu sous seing privé n'a aucune valeur.

Est-ce à dire qu'une reconnaissance d'enfant naturel puisse résulter de n'importe quel acte authentique? Non car parmi les personnes qui ont qualité pour conférer l'authenticité aux actes il en est qui n'ont que des attributions limitées, attributions parmi lesquelles ne figure pas la réception d'une reconnaissance d'enfant naturel. C'est ainsi qu'un greffier ou un huissier, dont les actes ont cependant le caractère d'authenticité, ne pourrait recevoir valablement une reconnaissance d'enfant naturel parce que cela ne rentre pas dans leur compétence. Sont seulement compétents pour recevoir une reconnaissance d'enfant naturel:

Officiers publics ou magistrats compétents pour recevoir une reconnaissance.

1°- Les officiers de l'état civil. Ils peuvent recevoir la reconnaissance soit au moment de la naissance, auquel cas la reconnaissance fait partie de l'acte de naissance lui-même, soit après la naissance, auquel cas l'officier de l'état civil dresse un acte spécial de reconnaissance qui est inscrit à sa date sur les regis-

Source : BIU Cujas

tres de naissances et dont il doit être fait mention en marge de l'acte de naissance.

2°) Les notaires. La reconnaissance d'enfant naturel peut avoir lieu par acte notarié; dans ce cas la reconnaissance reste secrète; elle n'a pas à être mentionnée sur les actes de l'état civil, et comme les minutes des notaires ne peuvent être communiquées à personne d'autre que les parties, la reconnaissance reste secrète.

3°) De l'acte d'un juge ou d'un tribunal, notamment lorsque l'aveu de paternité ou de maternité est fait devant un tribunal au cours d'une instance, et qu'il en est donné acte. Si acte est donné par le tribunal de cet aveu, le procès-verbal d'audience, qui est un acte authentique, vaut acte de reconnaissance d'un enfant naturel.

De même lorsque l'aveu est fait devant un juge de paix en conciliation. Le procès-verbal du juge de paix est un acte authentique qui peut contenir la reconnaissance de l'enfant naturel.

De même encore en cas de reconnaissance devant un juge d'instruction, ou devant un juge commissaire chargé d'une enquête. Ces juges confèrent l'authenticité à leurs procès-verbaux. La reconnaissance d'un enfant naturel peut résulter d'un procès-verbal d'instruction ou d'un procès-verbal d'enquête.

4°) La reconnaissance peut encore avoir lieu par testament, mais il est indispensable que le testament soit un testament notarié. Un testament olographe ne pourrait pas contenir valablement une reconnaissance d'enfant naturel.

Une reconnaissance faite par acte sous seing-privé ou par simple lettre est absolument dénuée de valeur. Elle peut cependant valoir comme commencement de preuve par écrit lorsque l'enfant recherche en justice sa filiation, mais par elle-même elle est dépourvue de valeur.

Cas exceptionnel de reconnaissance tacite.

Le caractère solennel de la reconnaissance ne permet pas d'admettre une reconnaissance tacite. Cependant nous verrons que la jurisprudence admet la validité d'une reconnaissance tacite de la part de la mère toutes les fois que le nom de la mère a été indiqué par le père dans l'acte de reconnaissance. C'est une exception au principe de la solennité de la reconnaissance.

B-Conditions de fond.

B - Conditions de fond de la reconnaissance. Ces conditions sont relatives à la personne qui a qualité pour faire la reconnaissance, à la capacité requise pour cela et à l'époque de la reconnaissance.

I-Caractère personnel et indi-

I°- Qui a qualité pour reconnaitre un enfant naturel? La reconnaissance est un acte personnel et

Source : BIU Cujas

viduel de la re-
connaissance.

a)Elle ne peut émaner que de l'auteur lui-même.

individuel. Il ne peut être fait que par le père pour la filiation paternelle, que par la mère pour la filiation maternelle.

Il résulte de là tout d'abord que le père ou la mère seul peut reconnaître l'enfant; notamment, le tuteur d'un mineur ou d'un interdit n'aurait certainement pas qualité pour reconnaître un enfant naturel à la place de ce mineur ou de cet interdit. De même après la mort du père ou de la mère naturels la reconnaissance ne pourrait être faite par leurs héritiers.

Le père ou la mère bien entendu peut se faire représenter par un mandataire, mais il faut que ce mandataire soit porteur d'une procuration spéciale et authentique.

b)La reconnaissance par l'un des auteurs ne peut avoir effet à l'égard de l'autre.

Du caractère personnel et individuel de la reconnaissance il résulte en second lieu que la reconnaissance du père ne vaut que pour la filiation paternelle, et la reconnaissance de la mère pour la filiation maternelle. Le père ne peut reconnaître un enfant au nom de la mère ni inversement.

Un enfant naturel peut donc être reconnu par son père sans l'être par sa mère, et réciproquement. Un enfant naturel peut être reconnu par son père et sa mère dans le même acte, ou par actes séparés et à des dates différentes; les deux reconnaissances sont indépendantes.

Mais qu'arrive-t-il si dans l'acte émanant du père ou de la mère l'autre auteur est désigné? En principe cette désignation est sans effet. Cette solution ne souffre aucune difficulté lorsque c'est la mère qui dans l'acte de reconnaissance a désigné le nom du père. Cette désignation du nom du père par la mère n'a aucune valeur. Et même en principe l'officier de l'état civil devrait refuser de la recevoir.

De l'effet attaché par la jurisprudence, par interprétation a contrario de l'art.336, l'indication dans la reconnaissance du père, du nom de la mère, complétée par un aveu même tacite de celle-ci.

Mais si c'est le père qui dans l'acte par lequel il reconnaît l'enfant a désigné la mère, qui n'a pas encore reconnu son enfant? En principe cette désignation est inopérante à l'égard de la mère également, comme le serait la désignation du père par la mère. Mais ici la jurisprudence est arrivée à attribuer un certain effet à la désignation de la mère dans l'acte de reconnaissance émanant du père, non pas sans doute que cette désignation suffise à elle seule pour établir la filiation maternelle, mais la jurisprudence considère qu'en pareil cas il suffit d'un simple aveu de la mère, aveu exprès ou même tacite, pour constituer la preuve de la filiation maternelle. C'est à quoi nous faisions allusion en disant qu'il y

Source : BIU Cujas

a un cas dans lequel on admet l'aveu tacite.

Lorsque le père, dit la jurisprudence, a indiqué le nom de la mère en reconnaissant l'enfant pour son propre compte à lui, la filiation maternelle peut désormais résulter soit d'une simple lettre écrite par la mère et dans laquelle elle reconnait sa maternité, soit de toute autre circonstance impliquant de la part de la mère l'aveu de sa maternité, et notamment cet aveu peut résulter des soins qu'elle a donnés à l'enfant. Le seul fait qu'elle a soigné l'enfant, qu'elle l'élève, l'entretient, tient lieu de reconnaissance de la part de la mère, du moment que cette mère a été désignée par le père dans l'acte de reconnaissance; la déclaration du père est confirmée par l'aveu de la mère (Cas. 25 novembre 1913; Sirey, 1914, I, 95).

Cette jurisprudence s'appuie sur l'art. 336 C.C. texte ambigu et qui n'a pas la signification que lui prête la jurisprudence. Cet art. 336 dit que "la reconnaissance du père sans l'indication et l'aveu de la mère n'a d'effet qu'à l'égard du père". La jurisprudence en conclut a contrario que la reconnaissance du père avec indication et aveu de la mère a effet à l'égard de la mère. Ce n'est pas cela que veut dire le texte, qui, il faut le reconnaître, est très ambigu. Le texte voulait dire simplement que la reconnaissance faite par le père n'a pas besoin d'être confirmée par la mère. La jurisprudence a interprété le texte autrement; cette solution est satisfaisante au point de vue pratique puisqu'elle facilite la preuve de la maternité naturelle, puisqu'elle admet la possession d'état, qui en principe est rejetée par le Code civil en cette matière.

2) Volonté saine et libre de l'auteur de la reconnaissance sans qu'il soit utile que celui-ci soit capable.

2°: Capacité requise pour reconnaître un enfant naturel.

Nous avons déjà les éléments de la réponse. La jurisprudence et la doctrine sont généralement fixées dans ce sens que la reconnaissance d'un enfant naturel peut émaner d'un incapable sans qu'il soit nécessaire de respecter les formalités protectrices de cet incapable. Il suffit d'avoir une volonté saine et libre. Donc un mineur peut reconnaître un enfant naturel; pas besoin de l'intervention de son tuteur, ni de l'intervention du conseil de famille. Un interdit judiciaire peut reconnaître un enfant naturel à la condition d'être dans un intervalle lucide. Autrefois on admettait que la femme mariée n'avait pas besoin de l'autorisation de son mari pour reconnaître un enfant naturel: cette solution résulte implicitement de l'art. 337.

Source : BIU Cujas

3°Reconnaissance d'un enfant conçu, né, ou décédé

3°- Epoque de la reconnaissance - La reconnaissance peut avoir lieu à toute époque. Tout d'abord du vivant de l'enfant; cela ne fait pas de doute, mais aussi, d'après l'opinion générale, et de l'avis de la jurisprudence, lorsque l'enfant est simplement conçu (Cassation, 2 Janvier 1895. D.I895.I.367).

La question a été plus discutée de savoir s'il est possible de reconnaître un enfant naturel après son décès. Pas de doute, il faut admettre l'affirmative si l'enfant naturel a laissé des enfants légitimes. On peut tirer argument en ce sens de l'art. 332 qui permet la légitimation et qui ne la permet, lorsqu'il s'agit d'un enfant décédé qu'à la condition qu'il ait laissé des descendants légitimes.

Il y a doute lorsque l'enfant naturel est mort sans postérité légitime. Contre la possibilité de le reconnaître on a fait valoir d'abord l'art. 332, qui n'admet la légitimation posthume que lorsque l'enfant est mort laissant des descendants légitimes. On ajoute cette considération qu'une semblable reconnaissance posthume ne peut être inspirée que par un but de cupidité de la part du père ou de la mère qui s'est abstenu de reconnaître l'enfant de son vivant et qui le reconnaît à sa mort pour recueillir sa succession. C'est pourquoi certains arrêts ont annulé la reconnaissance faite dans ces conditions. Mais la majorité de la jurisprudence admet que la reconnaissance posthume est valable, parce que, dit-on, la reconnaissance ne crée pas un fait nouveau; elle ne fait que constater un fait antérieur, elle est purement déclarative.

4-Etablissement de la paternité u de la maternité dès le jour de la conception et erga omnes

Effets de la reconnaissance.

La reconnaissance prouve la paternité ou la maternité de son auteur. La paternité ou la maternité étant un fait indivisible dans le temps, il en résulte que, quel que soit l'âge de l'enfant au moment de la reconnaissance, les conséquences de la filiation peuvent être invoquées par tout intéressé, même lorsqu'il s'agit de faits antérieurs à la reconnaissance.

Par exemple l'art. 908 déclare l'enfant naturel incapable de recevoir par donation entre vifs au-delà de sa part héréditaire. Supposons qu'un enfant naturel avant sa reconnaissance, ait reçu une donation supérieure à sa part héréditaire, lorsqu'il aura été reconnu on pourra invoquer contre lui l'art.908 et faire réduire la part qu'il a reçue même si la donation est antérieure à la reconnaissance.

La reconnaissance établit la paternité ou la maternité erga omnes. C'est un acte de l'état civil qui a son effet à l'égard de tous. La reconnaissance peut donc être invoquée par tout intéressé ou être

Source : BIU Cujas

opposée à tout interessé. Ce n'est pas un acte uniquement entre le père, la mère et l'enfant; c'est un acte de l'état civil qui a son effet vis-a-vis de tous Parmi les intéressés figure l'enfant lui-même, dont le concours n'est pas necessaire pour la validité de la reconnaissance.

Irrévocabilité de la reconnaissance

La reconnaissance est irrévocable, elle ne peut plus être rétractée une fois qu'elle a été faite Mais cela ne veut pas dire qu'elle ne puisse pas être contestée. Cela veut dire tout simplement que jusqu'à ce que le contraire ait été jugé foi est due au titre. Mais l'art. 338 autorise toute personne intéressée à attaquer la reconnaissance et à en demander l'annulation comme n'étant pas l'expression de la vérité. Il appartient au demandeur de démontrer que celui qui a reconnu l'enfant n'est pas en réalité son père ou sa mère, et cette démonstration peut être faite par tous moyens, même par témoins ou par présomptions. Souvent les tribunaux ont eu à annuler des reconnaissances de complaisance faites par des jeunes gens alors qu'il était démontré que le prétendu père était certainement impubère à l'époque de la naissance de l'enfant.

Contestation de la reconnaissance par toute personne intéressée

La reconnaissance peut être contestée par toute personne intéressée; d'abord par l'enfant lui-même, qui peut avoir intérêt à établir sa veritable filiation; puis par l'auteur de la reconnaissance, par le véritable père ou la véritable mère de l'enfant, par les héritiers de l'auteur de la reconnaissance, mais non par le ministère public; la question a été discutée autrefois. Mais la jurisprudence a décidé (Cas. du 17 Décembre 1913) que le ministère public n'avait pas qualité pour contester la validité d'une reconnaissance.

L'établissement judiciaire de la filiation naturelle.

L'action en recherche de maternité ou de paternité naturelle. Sa nature

Lorsque l'enfant n'est pas reconnu, la loi l'autorise à certaines conditions à intenter une action judiciaire contre la personne qu'il prétend être son père ou sa mère afin d'établir sa filiation. L'action qu'il exerce à cet effet est une action en réclamation d'état, semblable à celle qu'exerce l'enfant légitime pour faire constater sa filiation lorsque celle-ci n'est pas établie; c'est une action qui présente des caractères analogues mais pas semblables. Notamment nous verrons que, d'après la jurisprudence, pour l'action en recherche de maternité, et d'après la loi, pour l'action en recherche de paternité, il n'y a que l'enfant

Source : BIU Cujas

lui-même qui puisse exercer cette action; les héritiers ne le peuvent pas, différence avec l'action en recherche de maternité légitime.

D'autre part, l'action en recherche de paternité est prescriptible; elle doit s'exercer dans un délai assez bref.

On donne quelquefois à l'établissement de la filiation naturelle en justice le nom, qui n'est pas tout à fait exact, de reconnaissance forcée, par opposition à la reconnaissance volontaire du père ou de la mère.

Les conditions de recevabilité de l'action en recherche de filiation naturelle diffèrent suivant qu'il s'agit d'une action en recherche de paternité ou de l'action en recherche de maternité. Il faut examiner successivement les deux cas.

I - Premier cas: la recherche de la maternité naturelle.

Art. 341. La recherche de la maternité naturelle. Double preuve imposée à l'enfant

L'art. 341 du Code civil pose en principe: "La recherche de la maternité est admise". Puis l'alinéa 2 indique les faits que l'enfant devra établir: "L'enfant qui réclamera sa mère sera tenu de prouver qu'il est identiquement le même que l'enfant dont elle est accouchée".

En d'autres termes, l'enfant doit prouver deux choses: 1°- l'accouchement de la femme qu'il prétend être sa mère; 2°- son identité avec l'enfant dont cette femme est accouchée. Ce sont les deux preuves que suppose toute recherche de maternité, légitime ou naturelle. C'est pourquoi on aurait très bien compris que la loi eût admis les mêmes moyens de preuve dans les deux cas. En réalité, il n'en est pas ainsi. Le Code se montre plus difficile sur le choix des moyens de preuve lorsqu'il s'agit de la maternité naturelle, et cela par défaveur pour les enfants naturels. Pour bien comprendre en quoi le Code s'est montré plus rigoureux à l'égard des enfants naturels, il importe de rappeler comment se prouve la maternité légitime.

Rappel des règles de la preuve de la maternité légitime. Différence des règles relatives à la preuve de la maternité naturelle

La maternité légitime est prouvée par l'acte de naissance; à défaut d'acte de naissance par la possession d'état; et enfin à défaut de titre et de possession d'état elle peut être prouvée par témoins, mais sous certaines conditions. La loi n'admet la preuve par témoins que s'il y a l'un des deux adminicules préalables à savoir un commencement de preuve par écrit, que la loi a défini spécialement pour la recherche de la maternité légitime, ou encore des présomptions ou indices suffisamment probants.

Or, ceci rappelé, il résulte de l'art. 341, tel

qu'on l'interprète, que la maternité naturelle ne peut être prouvée ni par l'acte de naissance ni par la possession d'état. Elle peut être prouvée par témoins sous certaines conditions, conditions plus strictes d'ailleurs que celles auxquelles est subordonnée la preuve par témoins de la maternité légitime.

1-Silence du Code sur l'acte de naissance comme moyen de preuve

En premier lieu le Code ne fait pas mention de l'acte de naissance comme preuve de la maternité naturelle; et l'on estime généralement que cette omission est volontaire de la part du législateur. Elle s'explique par le fait que la loi se méfie de la déclaration du nom de la mère faite à l'officier de l'état civil lorsqu'il s'agit d'un enfant naturel. En fait il n'y a d'ailleurs pas de bonnes raisons, bien au contraire, de craindre une fraude en pareil cas; si l'on voulait attribuer à un enfant une mère qui n'est pas la sienne, on prendrait plutôt une femme mariée qu'une fille mère. Néanmoins, c'est l'état d'esprit du législateur français.

Jurisprudence: preuve de l'accouchement par l'acte de naissance

La jurisprudence a atténué l'inconséquence de ce système en considérant que même en matière de filiation naturelle l'acte de naissance prouve au moins l'accouchement de la femme désignée dans l'acte comme la mère, de telle sorte que l'enfant naturel qui produirait un acte de naissance portant le nom de sa mère, ou prétendue telle, n'aurait plus qu'à faire la preuve de son identité avec l'enfant que cette femme a mis au monde.

Preuve de l'identité

Cette preuve de l'identité devrait être faite conformément à l'art. 341, à la condition qu'il y ait un commencement de preuve par écrit.

Au fond, si l'on y réfléchit, la jurisprudence est arrivée en matière de filiation naturelle à faire jouer à l'acte de naissance son rôle normal, qui est de prouver l'accouchement. Même en matière de filiation légitime, nous l'avons vu, l'acte de naissance ne prouve jamais l'identité. Si le Code a pu mettre en première ligne l'acte de naissance comme preuve de la filiation maternelle légitime, c'est qu'en réalité dans la plupart des cas l'identité n'est pas douteuse.

A quoi se réduit en jurisprudence la différence entre la preuve de la maternité légitime et celle de la maternité naturelle

La seule différence entre la preuve de la maternité légitime et celle de la maternité naturelle, d'après la jurisprudence, c'est que l'enfant qui recherche sa filiation maternelle légitime peut faire la preuve de l'identité par tous moyens quelconques, du moment que cette identité n'est pas prouvée, tandis que celui qui recherche sa filiation maternelle naturelle ne peut faire la preuve de l'identité qu'à condition d'avoir un commencement de preuve par écrit.

2)Exclusion par le C.C. de la preuve par possession d'état

La possession d'état pas plus que l'acte de naissance, ne figure parmi les modes de preuve admis par la loi en matière de filiation maternelle naturelle; il

Source : BIU Cujas

n'en est pas question dans la loi. Cependant quelle preuve est plus évidente et plus complète que celle qui résulte de la possession d'état, c'est-à-dire du fait pour la mère d'avoir toujours traité l'enfant comme sien, de l'avoir nourri, de l'avoir élevé, de l'avoir entretenu ? Demolombe a dit que la possession d'état est la meilleure preuve de l'état des hommes. Malgré cela, l'enfant ne pourra invoquer aucun de ces faits pour démontrer sa filiation maternelle, à moins qu'il n'y ait un commencement de preuve par écrit, auquel cas les faits constitutifs de la possession d'état viendront compléter le commencement de preuve par écrit.

Il y a donc une importante différence avec la filiation maternelle légitime: la possession d'état à elle seule prouve la filiation maternelle légitime; en matière de filiation naturelle la possession d'état n'a aucun rôle propre; elle peut tout au plus venir compléter le commencement de preuve par écrit.

C'est une solution bien rigoureuse, inexplicable; si rigoureuse même qu'il fut un temps où la jurisprudence admettait la possession d'état comme preuve de la filiation naturelle à l'égard de la mère. Mais depuis longtemps la Cour de cassation est revenue sur cette solution et elle exclut aujourd'hui la possession d'état comme preuve de la filiation naturelle; solution incontestée aujourd'hui.

Rôle attaché à la possession d'état quand le nom de la mère est indiqué dans la reconnaissance du père

Il n'ya qu'un cas dans lequel la possession d'état joue un rôle, d'après la jurisprudence: c'est lorsque le père a indiqué le nom de la mère en reconnaissant l'enfant, dans l'acte de reconnaissance. En pareil cas, se fondant sur l'art. 336, la jurisprudence décide qu'il suffit d'un aveu, même tacite, de la part de la mère pour confirmer cette désignation qui a été faite par le père et pour établir la filiation maternelle. Par conséquent, lorsque le nom de la mère aura été indiqué par le père dans l'acte de reconnaissance, l'enfant pourra invoquer les faits constitutifs de la possession d'état comme preuve de sa filiation. (Trib. Lille 9 Novembre 1938; G.P. 14 Janvier 1939). Ici encore la possession d'état joue un rôle complémentaire, mais c'est la jurisprudence qui en décide ainsi.

3)La preuve par témoins.Les deux cas où elle est admise

Nous arrivons à la preuve par témoins, le seul mode de preuve que le Code civil admette expressément.

Art. 341, 3° alinéa: "Il ne sera reçu à faire cette preuve par témoins que lorsqu'il y aura déjà eu commencement de preuve par écrit".

Ce texte s'appliquera dans deux cas.

a) Dans le cas où l'enfant a un acte de naissance indiquant le nom de sa mère, mais où son identité est

Source : BIU Cujas

contestée; il y a ici la preuve de l'identité à faire puisque, d'après la jurisprudence, l'acte de naissance suffit à prouver la naissance elle-même.

b) Dans le cas où l'acte de naissance de l'enfant portera la mention "né de mère inconnue", n'indiquera pas le nom de la mère, auquel cas il y a tout à la fois à faire la preuve de l'accouchement et la preuve de l'identité

Nécessité d'un commencement de preuve par écrit pour faire la preuve de l'identité par témoins

Mais la loi n'admet pas l'enfant dans ces deux cas à faire de plano la preuve par témoins des faits qu'il se propose d'établir. La loi exige qu'il y ait un commencement de preuve par écrit.

Toutefois la loi paraît bien faire une distinction. Dans le cas où il s'agit de prouver l'accouchement, la preuve peut être faite par tout moyen sans qu'il y ait nécessité de commencement de preuve par écrit, mais le commencement de preuve par écrit est exigé uniquement lorsqu'il s'agit de prouver l'identité. C'est bien ce qui paraît résulter du texte de l'art. 341.

Commencement de preuve par écrit: Le Code admet une solution semblable en matière de filiation légitime. Art. 323: "A défaut de titre et de possession constante, ou si l'enfant a été inscrit, soit sous de faux noms soit comme né de père et mère inconnus, la preuve de filiation peut se faire par témoins. Néanmoins, cette preuve ne peut être admise que lorsqu'il y a commencement de preuve par écrit, ou lorsque les présomptions ou indices résultant de faits dès lors constants sont assez graves pour déterminer l'admission".

Donc ici comme en matière de filiation légitime, la loi exige un adminicule préalable, le commencement de preuve par écrit.

Mais il y a deux différences avec la preuve de la maternité légitime, qui placent l'enfant naturel dans une situation moins favorable. De ces deux différences d'ailleurs nous verrons que la jurisprudence a supprimé la seconde.

Première différence certaine: en matière de filiation légitime, à côté du commencement de preuve par écrit la loi autorise la preuve par témoins lorsqu'il existe des présomptions ou indices résultant de faits dès lors constants. Rien de pareil en matière de filiation naturelle. Les présomptions ou indices ne peuvent jouer ici le rôle d'adminicule préalable, il faut nécessairement un commencement de preuve par écrit.

Interprétation du commencement de preuve par écrit dans le même sens qu'en matière de maternité légitime

Deuxièmement, en matière de filiation légitime la loi donne du commencement de preuve par écrit une définition très large, beaucoup plus large que celle que donne l'art. 1347. La loi n'exige pas que l'écrit émane de celui contre qui l'enfant plaide; le commencement de preuve par écrit peut résulter de titres de famille, registres ou papiers domestiques et de tout acte émané

Source : BIU Cujas

d'une partie engagée dans la contestation ou qui y aurait intérêt si elle était vivante. La loi entend très largement le commencement de preuve par écrit. La loi ne dit rien de semblable en matière de filiation naturelle. Or, le principe de l'art. 1347 conduirait à exiger que l'acte écrit qui puisse servir de commencement de preuve émane de la mère. L'enfant plaide contre une femme qu'il prétend être sa mère. Si l'on applique ici l'art. 1347, il faudra que l'écrit servant de commencement de preuve émane de cette femme. Solution peu favorable à l'enfant, car la mère d'un enfant naturel peut être une illettrée, et n'avoir jamais écrit. Sur ce point d'ailleurs la jurisprudence s'est montrée libérale. Elle étend à la filiation naturelle la disposition de l'art. 324, en un mot la définition large du commencement de preuve par écrit. Elle n'exige pas que le commencement de preuve par écrit émane de la mère (Cass. 4 Janvier 1910, D. 1910.I.128).

Voilà dans quelles conditions l'enfant naturel peut prouver sa filiation maternelle.

Situation particulière de l'enfant né d'un mariage nul, les deux époux étant de mauvaise foi

Mais il est un cas tout à fait particulier qu'il nous faut maintenant envisager. Il est un cas, semble-t-il, où l'enfant naturel sera placé dans une position plus favorable pour déterminer sa filiation, où il pourra invoquer notamment l'acte de naissance. Pour cela, il faut supposer que l'on est en présence de deux personnes qui ont contracté mariage, mais que le mariage a été déclaré nul, les deux époux étant l'un et l'autre de mauvaise foi (car si l'un des époux était de bonne foi, le mariage serait putatif, les enfants seraient considérés comme légitimes). De ce mariage déclaré nul sont issus un ou plusieurs enfants. Les enfants nés pendant ce mariage ou dans les trois cents jours de son annulation peuvent-ils prouver leur filiation naturelle (car ce sont des enfants naturels) à l'aide des moyens de preuve admis pour la filiation légitime, et notamment en recourant à l'acte de naissance? On admet en général l'enfant à prouver sa filiation naturelle dans ce cas là au moyen de son acte de naissance, sans qu'il ait à justifier d'une reconnaissance de la part de son père ou de sa mère et sans qu'il soit réduit à la preuve par témoins dans les conditions de l'art. 341. Il serait en effet peu raisonnable de ne pas tenir compte de deux faits, authentiquement constatés, deux faits que l'annulation du mariage ne peut détruire; d'une part l'acte de mariage, et d'autre part l'acte de naissance qui a été dressé par l'officier de l'état civil et qui présente l'enfant comme né de deux personnes mariées. Les époux ont figuré devant l'officier de l'état civil au jour de leur mariage, ils ont cohabité, un acte de naissance a été dressé. Il serait bien rigoureux, semble-t-il, de faire abstraction de ces faits et de considérer que

Source : BIU Cujas

l'acte de naissance ne peut en aucune manière servir de preuve de la filiation naturelle de ces enfants. Il faut se montrer ici libéral.

Il y a tout de même une réserve à faire en ce qui concerne la filiation paternelle. Si la filiation maternelle est certainement établie par l'acte de naissance on peut se demander si l'enfant est justifié à invoquer la présomption "pater is est". Il semble qu'ici ce ne soit pas possible ou qu'en tout cas la présomption "pater is est" puisse être détruite par toute preuve de non paternité, notamment par le fait que les époux n'ont pas cohabité (Agen, 14 Juin 1890; S.1893.2.4).

Ce cas exceptionnel mis à part, la filiation maternelle naturelle ne peut être prouvée ni par l'acte de naissance ni par la possession d'état.

Exercice de l'action par l'enfant seul. Impossibilité pour un tiers de l'intenter contre lui

Qui peut exercer cette action en recherche de maternité?

La jurisprudence en l'absence d'un texte formel décide que l'action en recherche de maternité n'appartient qu'à l'enfant naturel seul; elle ne peut être exercée par ses héritiers (Cass. 9 Mars 1926, S.1926. I.337).

D'autre part la jurisprudence décide encore que des tiers intéressés ne pourraient exercer l'action en recherche de maternité contre l'enfant, pour établir la filiation de celui-ci, notamment pour établir qu'il a reçu une libéralité en dehors des limites fixées par la loi.

Ces solutions sont d'ailleurs critiquées par une partie de la doctrine. Indiquons simplement les arguments que l'on invoque en faveur de la jurisprudence qui réserve à l'enfant naturel et à lui seul le droit de rechercher sa filiation.

On invoque d'abord l'art. 341 lui-même, qui ne vise que l'action exercée par l'enfant. On invoque ensuite l'absence de textes analogues aux articles 329 et 330, qui, lorsqu'il s'agit de la filiation légitime, admettent les héritiers de l'enfant à exercer l'action qu'il n'a pas exercée avant son décès. Enfin on invoque mais ceci est un argument un peu tardif - la solution qui a été admise par la loi de 1912 sur la recherche de la paternité. Cette loi dit en termes formels que l'action en recherche de paternité n'appartient qu'à l'enfant. On admet que pareille solution doit être également donnée lorsqu'il s'agit de l'action en recherche de maternité.

Source : BIU Cujas

L'action en recherche de paternité.

La recherche de la paternité naturelle dans l'ancien droit

Notre ancien droit admettait la recherche de la paternité, mais il ne faisait produire à l'établissement de la paternité naturelle que des conséquences au point de vue del'obligation alimentaire. En un mot l'enfant naturel qui avait établi sa filiation pouvait réclamer des aliments à son père et à sa mère.

D'autre part, il y avait une règle favorable à la mère qui était admise dans l'ancien droit: lorsqu'une fille-mère se déclarait enceinte, elle pouvait obtenir de celui qu'elle prétendait être le père de l'enfant une provision alimentaire. Mais cette provision était refusée aux femmes d'inconduite notoire. Voilà des règles qui étaient assez favorables à la recherche de la paternité.

Sa prohibition dans le C.C. Art. 340

Le Code civil, ne faisant en cela que suivre la législation révolutionnaire, avait interdit au contraire la recherche de la paternité. Nous avons expliqué la situation singulière où le droit révolutionnaire avait mis les enfants naturels. Il rendait difficile la recherche de la maternité, il prohibait la recherche de la paternité, mais par contre, lorsque les enfants avaient été reconnus volontairement le droit révolutionnaire leur accordait des droits égaux à ceux des enfants légitimes, notamment en matière successorale.

Le Code civil avait, en ce qui concerne tout au moins la filiation paternelle, adopté le régime révolutionnaire. L'ancien art. 340 était ainsi conçu: "La recherche de la paternité est interdite". La loi ne faisait qu'une seule exception à ce principe, en cas d'enlèvement: "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".

A l'appui de cette prohibition on donnait différentes raisons, dont aucune n'est véritablement décisive.

On invoquait tout d'abord la nécessité d'éviter les scandales des procès en recherche de paternité, mais est-ce qu'un procès en recherche de maternité naturelle serait moins scandaleux . Et cependant le Code admet la recherche de la maternité naturelle. Il est vrai qu'ici la preuve est plus facile à faire.

On faisait valoir encore à l'éppui de la prohibition l'impossibilité pratique de prouver directement la paternité, mais étant donné que la paternité légitime n'est jamais elle-même une certitude, l'argument prouve trop.

Ce qu'il faut en retenir c'est qu'on ne doit admet-

Source : BIU Cujas

tre la recherche de la paternité naturelle qu'avec beaucoup de prudence et en s'entourant de précautions pour éviter le chantage. D'ailleurs on pouvait répondre aux défenseurs de l'art. 340 que le Code admettait tout de même la recherche de la paternité dans un cas, le cas d'enlèvement.

A l'encontre de la prohibition on peut dire que l'interdiction de la recherche de la paternité est une prime à la débauche, en consacrant l'irresponsabilité de l'homme. On peut ajouter des considérations morales. Il est vraiment scandaleux de voir un père se désintéresser de la fille séduite et de son enfant qu'il laisse dans la misère.

C'est pourquoi un grand nombre de législations étrangères ont depuis longtemps admis la recherche de la paternité. Il faut reconnaître aussi que bon nombre de ces législations étrangères n'accordent à l'enfant qui a établi sa filiation paternelle qu'un droit aux aliments. C'est le cas de la Belgique; c'est le cas aussi de la législation allemande.

Les palliatifs de la jurisprudence

En France, sous le régime de l'art. 340 originaire et avant 1912, la jurisprudence était arrivée, sans se mettre ouvertement en contradiction avec la loi, à allouer des dommages-intérêts à la mère lorsqu'il était établi que celle-ci avait été victime d'une séduction dolosive. En pareil cas, le tribunal, sans déclarer la paternité du séducteur, constatait que celui-ci avait employé des moyens déshonnêtes, tels qu'un abus d'autorité ou une promesse de mariage pour séduire la mère. Le tribunal en concluait qu'une faute avait été commise, dont ce séducteur devait réparation en vertu de l'art. 1382, et l'on accordait ainsi à la mère des dommages-intérêts. Sans doute le tribunal ne constatait pas la paternité du séducteur, mais au moins la mère obtenait-elle des dommages-intérêts.

D'autres fois il arrivait que la mère pouvait produire un écrit par lequel un individu s'était engagé à pourvoir à l'entretien de l'enfant. Les tribunaux considéraient qu'il y avait là une obligation valable dont on pouvait demander l'exécution à cet individu qui était vraisemblablement le père. On ne déclarait pas qu'il était le père, mais on le condamnait à exécuter sa promesse.

D'ailleurs, ces moyens peuvent encore servir et servent encore aujourd'hui, le premier surtout. Le second est moins utile, car lorsqu'il y a une promesse du prétendu père, ce sera généralement un cas dans lequel la recherche de la paternité est possible. Le premier peut servir, il peut arriver que la mère n'ait pas les moyens suffisants pour prouver la paternité, mais qu'elle ait la possibilité de prouver à la charge d'un individu prétendu père une séduction dolosive. En pareil cas, il arrive

Source : BIU Cujas

fréquemment que la mère n'exerce pas l'action en recherche de paternité, mais demande des dommages-intérêts en raison de la séduction coupable dont elle a été la victime.

Cette jurisprudence était un palliatif, mais un simple palliatif à la rigueur de la prohibition formulée par l'art. 340. La mère était sans recours toutes les fois qu'il n'y avait pas séduction dolosive, et lors que le père avait eu soin de ne prendre aucun engagement par écrit; les séducteurs les plus coupables sont généralement les plus prudents, ce sont ceux qui n'écrivent pas.

La loi de 1912 et l'admission de la recherche de la paternité dans 5 cas déterminés

A la suite d'une longue campagne, dans laquelle les littérateurs sont entrés dans la lice, une loi du 16 Novembre 1912 modifiant l'art. 340 abolit le principe de l'interdiction de la recherche de la paternité. Le nouvel art. 340 pose en principe :"La paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée". Mais cela ne veut pas dire que la paternité naturelle puisse être constatée sans restrictions.

Comme la paternité ne peut jamais être prouvée directement et ne résulte que de certaines circonstances propres à la rendre vraisemblable, la loi a limitativement énuméré les circonstances sur lesquelles les juges peuvent s'appuyer pour déclarer la paternité.

Le Code énumère cinq cas, dans lesquels la recherche de la paternité est admise et dans lesquels la paternité d'un homme peut être déclarée. Ces cinq cas on peut les réunir en quatre groupes.

1)Enlèvement ou viol correspondant à l'époque légale de la conception

1) Premier groupe (art. 340,1°): la paternité peut être déclarée judiciairement "dans le cas d'enlèvement ou de viol lorsque l'époque de l'enlèvement ou du viol se rapportera à celle de la conception".

Le cas d'enlèvement était le seul dans lequel le Code civil admettait la recherche de la paternité, et l'on discutait sur ce point de savoir si à l'enlèvement il y avait lieu d'assimiler le viol. La question est aujourd'hui tranchée. Le viol est une circonstance sur laquelle les juges peuvent se former pour admettre la paternité de l'auteur du viol.

Il faut que l'époque de l'enlèvement ou du viol se rapporte à celle de la conception. Les juges sont autorisés ici à utiliser les présomptions sur la durée des grossesses admises par la loi en matière de filiation légitime. L'enfant qui naîtra entre 180 et 300 jours après l'enlèvement ou le viol pourra être considéré comme l'enfant de l'auteur de cet enlèvement ou de ce viol.

2)Séduction dolosive

2) Deuxième cas (art. 340,2°): la paternité peut être déclarée "dans le cas de séduction accomplie à

Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

l'aide de manoeuvres dolosives, abus d'autorité, promesse de mariage ou fiançailles, et s'il existe un commencement de preuve par écrit dans les termes de l'art. 1347".

C'est le cas de séduction par manoeuvres dolosives, La loi cite comme manoeuvres dolosives l'abus d'autorité, par exemple, le fait du patron qui a abusé de son autorité vis-à-vis de sa servante ou de son employée; ou encore la promesse de mariage qui a déterminé une jeune fille à avoir des relations avec l'individu qui lui avait promis le mariage. Mais ce ne sont là que des exemples de manoeuvres dolosives La séduction c'est le fait pour un homme d'amener une femme à avoir des relations sexuelles avec lui. Cette séduction il a pu la réaliser par des manoeuvres dolosives telles qu'abus d'autorité ou promesse de mariage, ou tout autre moyen. La loi ne prend en considération que la séduction dolosive; du moment qu'il n'y a pas eu dol du séducteur, que la femme a cédé sans manoeuvres dolosives, elle n'est pas admise à invoquer ce second cas de recherche de paternité.

La loi s'est ici visiblement inspirée de la jurisprudence antérieure, qui accordait des dommages-intérêts à la mère en cas de séduction dolosive, séduction dolosive qui aujourd'hui encore peut fonder une action en dommages-intérêts. Seulement, depuis la loi de 1912, la séduction dolosive ne permet plus seulement d'accorder une indemnité à la femme séduite, elle permet encore au juge de déclarer le séducteur père de l'enfant que cette femme a mis au monde.

Preuve de la séduction. Commencement de preuve par écrit du fait qui a amené la séduction

La séduction peut être prouvée par écrit, par des lettres par exemple émanant du père. Elle peut aussi être prouvée par témoins ou par présomptions, mais à la condition qu'il existe un commencement de preuve par écrit émanant du père, et un commencement de preuve par écrit tel qu'il est défini dans l'art. 1347.

Mais sur quoi doit porter le commencement de preuve par écrit? On a discuté sur ce point, mais il paraît certain que le commencement de preuve par écrit ne doit pas porter sur la séduction elle-même, mais sur le fait qui a amené la séduction, tel que la promesse de mariage ou l'abus d'autorité (Cass. 20 Juillet 1931, S. 1932.I.25).

Interprétation large du commencement de preuve par écrit

La Cour de cassation se montre d'ailleurs à cet égard très libérale en admettant que le commencement de preuve par écrit peut résulter de déclarations faites par le père au cours d'une comparution personnelle ordonnée par le tribunal. C'est une jurisprudence intéressante. Lorsqu'il n'y a aucun commencement de preuve par écrit, les tribunaux essaient d'en dé-

Source : BIU Cujas

couvrir un en faisant comparaître les parties, dans notre espèce en faisant comparaître le prétendu père défendeur à l'action et la mère; devant le tribunal, on les interroge et le greffier consigne leurs réponses. Suivant que les réponses du père auront été plus ou moins réticentes ou qu'il y aura un demi aveu, le tribunal pourra considérer que le procès-verbal du greffier constitue un commencement de preuve par écrit. C'est très douteux au point de vue juridique, mais c'est une solution libérale admise par la jurisprudence; solution extrêmement importante en pratique parce que très souvent la mère est démunie d'un commencement de preuve par écrit (Cass. 27 Déc. 1938; G.P. 19 Février 1939). La jurisprudence se montre encore libérale en ce sens qu'elle décide qu'il n'est pas nécessaire que l'écrit émane de la main du défendeur lui-même; il suffit qu'il ait été rédigé sous son inspiration (Cass. 29 Avril 1922; D.1923.I.22). Il n'est pas nécessaire non plus, dit la Cour de cassation, que l'écrit soit contemporain de la séduction.

Malgré cette interprétation libérale de la jurisprudence il n'est pas moins certain que souvent la nécessité pour la mère de produire un commencement de preuve par écrit constitue un obstacle à la réussite d'une action en recherche de paternité. Très souvent l'action en recherche de paternité se heurte à cet obstacle; le tribunal est obligé de constater qu'il n'y a aucun commencement de preuve par écrit et il rejette la demande. Cette solution est d'autant plus regrettable que, comme l'a écrit M.Capitant dans un article au Dalloz hebdomadaire, 1933, page 1, ce sont les séducteurs les plus coupables parce que les plus prévoyants qui échappent à la recherche de la paternité. Aussi M. Capitant propose-t-il en législation de supprimer cet obstacle et de permettre à la mère de prouver cette séduction par tout moyen

Dans le cas où la mère n'a pas les moyens de preuve suffisants pour que la recherche de la paternité puisse être admise, la jurisprudence antérieure peut encore s'appliquer; la mère peut obtenir des dommages intérêts pour séduction. Mais dans ce cas-là, lui faut-il un commencement de preuve par écrit? Voici une mère qui n'exerce pas l'action en recherche de paternité; elle estime qu'elle n'a pas les moyens de preuve suffisants. Elle veut obtenir des dommages-intérêts en invoquant la séduction dolosive; faut-il un commencement de preuve par écrit? La jurisprudence répond: oui, s'il s'agit de la promesse de mariage, parce que c'est un acte juridique et en principe un acte juridique ne peut être prouvé par témoins, sauf s'il y a un commencement de preuve par écrit (Cas. 3 décembre 1924, S. I925.I.29).

Source : BIU Cujas

Mais la jurisprudence décide le contraire si la mère invoque la séduction par abus d'autorité pour obtenir des dommages-intérêts. S'il s'agit de prouver la filiation, il faut toujours un commencement de preuve par écrit, mais si elle réclame des dommages-intérêts, elle pourra prouver l'abus d'autorité par tous moyens, sans qu'il soit nécessaire d'un commencement de preuve par écrit. (Cass. 24 Juillet 1935 G.P. 23 Novembre 1935).

3)Aveu du père

3) Troisième groupe de cas où la recherche de paternité est admise (art. 340,3° et 5°). La recherche de la paternité est possible en cas d'aveu exprès ou d'aveu tacite de sa paternité par le défendeur, par le père.

Aveu exprès (écrit,émanant du père,non équivoque)

L'aveu exprès, art.340,3°: La paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée:"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".

Par conséquent, l'aveu doit d'abord être un aveu écrit, un aveu verbal serait inopérant. En second lieu, il faut que l'écrit, lettre ou autre écrit, émane du père prétendu. En 3ème lieu, il faut que de cet écrit résulte un aveu non équivoque de paternité, c'est-à-dire, d'après la Cour de cassation, une déclaration précise, se suffisant à elle-même, et dont l'aveu du père se déduise d'une manière nécessaire.

Voici notamment ce que dit un arrêt de la Cour de cassation du 23 Janvier dernier (G.P. I4 Mars 1939)"Il faut et il suffit qu'eu égard aux circonstances, l'écrit révèle de façon claire et précise la conviction que son auteur est responsable de la grossesse et de la maternité qui lui sont imputées."

b)Aveu tacite (participation en qualité de père à l'entretien de l'enfant)

La loi prend en considération aussi l'aveu tacite, mais l'aveu tacite ne peut résulter que d'un seul fait, qui est indiqué par le 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".

Voilà le seul cas d'aveu tacite reconnu par la loi, le cas où l'individu a pourvu à l'entretien de l'enfant. en qualité de père.

La participation du père à l'entretien et à l'éducation de l'enfant peut être prouvée par tout moyen. La loi n'exige pas ici le commencement de preuve par écrit.

Lors des travaux préparatoires, pour justifier ce cas de recherche de la paternité résultant de l'aveu tacite, on a dit que c'était un véritable acte constitutif de possession d'état que la loi permettait au juge de prendre en considération pour déclarer la paternité. Est-ce bien exact? Non, car il y a ici moins que la possession d'état. Les éléments constitutifs de la possession d'état se résument dans les trois termes: "nomen

Source : BIU Cujas

tractatus, fama". Ici nous avons bien le tractatus, le fait pour l'individu de participer à l'entretien de l'enfant en qualité de père, mais la loi n'exige pas le "nomen", elle n'exige pas que l'enfant ait porté le nom de ses père et mère, et d'autre part il manque la"fama" la loi n'exige pas que la participation à l'entretien de l'enfant soit notoire, cette participation à l'entretien de l'enfant peut être clandestine; du moment qu'il y a participation en qualité de père cela suffit pour permettre au tribunal d'admettre la recherche de la paternité (Cass. 11 Juillet 1935;D.H. 1935.473).

En tout cas cette disposition est intéressante parce qu'elle fait ressortir davantage encore combien la loi s'est montrée rigoureuse en excluant la possession d'état comme mode de preuve de la filiation maternelle naturelle.

Aujourd'hui un enfant peut rechercher sa filiation paternelle en démontrant par témoins et même par présomptions qu'il a été élevé et entretenu aux frais de son prétendu père; il ne serait pas admis à faire la même preuve à l'égard de sa mère, de la femme qu'il prétendrait être sa mère. Il y a là un manque d'équilibre dans les preuves de la filiation naturelle.

4)Concubinage notoire pendant la période légale de la conception.Comparaison avec la présomption de l'art.312

4)Quatrième groupe (art. 340,4°): La paternité peut être judiciairement déclarée "dans le cas où le père prétendu et la mère ont vécu en état de concubinage notoire pendant la période légale de la conception".

Que faut-il entendre par "concubinage notoire". On a discuté, mais aujourd'hui la jurisprudence de la Cour de cassation est bien fixée: le concubinage notoire n'exige pas nécessairement la cohabitation; il n'est pas nécessaire, en un mot, qu'il y ait eu un faux ménage, qu'il y ait eu communauté d'habitation. Mais il faut évidemment des relations continues, régulières et notoires. Des relations passagères ne suffiraient certainement pas; il faut ce qu'on appelle "une liaison".

La Cour de cassation dit notamment, dans un arrêt du 9 Novembre 1938 (S. 1938.I.375): "Pour qu'il y ait concubinage notoire, il faut mais il suffit que les juges constatent la continuité, la régularité et la publicité des relations pendant la période légale de la conception." Mais il n'est pas nécessaire qu'il y ait communauté d'habitation. Notamment la Cour de cassation décide que le fait que le père prétendu accomplissait son service militaire pendant la période légale de la conception ne suffit pas à empêcher l'existence du concubinage, du moment que les conditions de continuité, de régularité et de publicité des relations sont réunies par ailleurs(Cas. 4 Janvier 1937; S.1937.I.145). Par contre, la communauté d'habitation à elle seule ne suffirait pas. Il faut qu'il y ait des relations régu-

Source : BIU Cujas

lières,continues et notoires. Sans cela, si on se contentait de la communauté d'habitation, lorsqu'une servante mettrait au monde un enfant, c'est le patron qui pourrait être déclaré le père de cet enfant, puisqu'ils habitent sous le même toit.

Mais ce qu'exige la loi c'est que le concubinage soit notoire, en un mot il faut que la liaison ait été connue dans l'entourage des concubins, ait été connue de la famille , ou en tout cas des voisins. Cette condition est destinée non pas à rendre plus certaine la présomption de paternité, mais à faciliter la preuve du concubinage.

Enfin il faut que le père et la mère aient vécu en état de concubinage, ainsi entendu, à l'époque où peut se placer la conception, époque qui est fixée d'après les règles générales touchant la durée des grossesses. Il n'est pas exigé d'ailleurs par la loi que le concubinage ait duré pendant toute la période légale pendant les 120 jours où la conception est possible; il suffit que cette liaison ait duré pendant une certaine partie de ces 120 jours.

Il est assez remarquable que la loi ait établi à l'encontre de l'homme qui vit en état de concubinage avec la mère une sorte de présomption analogue à celle qui pèse sur le mari pendant le mariage, mais cette présomption de la loi de 1912 est beaucoup moins forte que celle qui pèse sur le mari, puisque les juges ont tout pouvoir d'appréciation pour écarter cette présomption s'ils estiment qu'elle tombe à faux dans le cas concret qui leur est soumis.

Caractère limitatif des cas visés par la loi de 1912
Pouvoir d'appréciation des juges

Voilà les seuls cas dans lesquels la recherche de la paternité est admise. Il faut bien reconnaître d'ailleurs que la loi a énuméré dans le nouvel art. 340 tous les faits qui sont de nature à donner une grande vraisemblance à la paternité. En tout cas un enfant qui voudrait invoquer à l'appui de son action en recherche de paternité un fait autre que ceux qui sont énumérés par la loi, cet enfant devrait être déclaré non recevable.

Mais en ce qui concerne les cas prévus par la loi, il importe de bien comprendre la portée de cet art. 340. En ce qui concerne les faits énumérés par la loi, d'une manière limitative, les tribunaux ont les plus larges pouvoirs d'appréciation, non seulement pour en admettre l'existence, mais aussi pour décider si ces faits sont suffisamment démonstratifs ou si au contraire leur force probante n'est pas détruite par certaines circonstances particulières.

Par exemple en cas de concubinage notoire au moment de la conception, les juges ne sont pas forcément tenus d'admettre la paternité du concubin, alors même que

Source : BIU Cujas

le concubinage notoire est démontré, que toutes les conditions sont réunies. Les juges peuvent très bien rejeter la demande en invoquant d'autres circonstances qui viennent détruire la présomption résultant du concubinage; par exemple l'âge avancé du concubin, ou son impuissance naturelle; ou l'état de désaccord profond qui régnait entre les deux amants; et tous autres faits propres à démontrer l'invraisemblance de la paternité du concubin.

Les juges pourraient aussi - et ceci est tout à fait exceptionnel - si les relations n'ont commencé que pendant la période légale de la conception, désigner un expert, un médecin pour rechercher si un enfant mis au monde 180 jours après les premières relations peut avoir été conçu au cours de ces relations, ou au contraire si l'enfant n'est pas né à terme, auquel cas ils rejetteront la présomption (Cass. 11 Juillet 1923; S.1924.I.113). Les juges pourraient le cas échéant recourir à une analyse du sang. On peut y recourir soit à la demande de l'enfant, soit à la demande du père; il n'est d'ailleurs pas sûr que ce soit probant.

Fins de non recevoir à l'action en recherche de paternité

La loi a même pris soin d'indiquer expressément deux catégories de faits qui constituent une fin de non recevoir absolue à l'action en recherche de paternité.

D'après la loi l'action doit être rejetée 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; si ce fait est démontré, le tribunal doit rejeter sans appréciation possible la demande en recherche de paternité.

Le deuxième fait qui oblige le tribunal à rejeter la demande: "si le père prétendu était pendant la période légale de la conception, soit par suite d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité physique d'être le père de l'enfant". C'est le fait de l'impossibilité physique de cohabitation qui est admis par la loi comme cas de désaveu en matière de filiation légitime; la loi en fait une fin de non recevoir absolue à l'action en recherche de paternité.

L'action n'appartient qu'à l'enfant et peut être intentée contre le prétendu père ou ses héritiers

A qui appartient l'action en recherche de paternité? L'article 340 décide expressément que l'action n'appartient qu'à l'enfant; formule qui exclut toute autre personne notamment les héritiers de l'enfant qui ne pourraient intenter l'action après son décès.

Par contre l'action peut être intentée contre les héritiers du père ou prétendu père décédé. Du moment que l'enfant est vivant, il peut exercer l'action soit contre son prétendu père soit contre les héritiers de celui-ci.

Exercice de l'action par la mère pendant la minorité de

L'action peut être exercée soit durant la minorité de l'enfant soit alors qu'il est majeur. Lorsque l'en-

Source : BIU Cujas

l'enfant -Délai

fant est mineur, c'est la mère qui seule a qualité pour exercer l'action, même si elle est mineure elle-même. Mais l'action de la mère doit être exercée dans un certain délai, elle doit être intentée dans les deux années qui suivent l'accouchement. Cependant le délai peut être prolongé dans les cas prévus par les paragraphes 4 et 5, c'est-à dire dans le cas de concubinage notoire ou dans le cas où l'action est fondée sur la participation à l'entretien et à l'éducation de l'enfant en qualité de père. Dans ces deux cas l'action peut être intentée par la mère jusqu'à l'expiration des deux années qui suivront la c ssation soit du concubinage, soit de la participation du prétendu père à l'entretien de l'enfant.

A défaut d'exercice par la mère, exercice par l'enfant devenu majeur.

Si l'action n'est pas intentée par la mère dans le délai, l'enfant peut reprendre l'action, la ressusciter en quelque sorte. mais à la condition qu'il l'intente pendant l'année qui suit sa majorité (alinéa final de l'art.340). Passé ce délai il est forclos.

La loi de 1912 a été déclarée par la Cour de cassation applicable aux enfants naturels nés avant sa promulgation (20 Février 1917; D.1917.I.81).

A signaler aussi que dans l'art. 3 de la loi de 1912 il est décidé qu'au cas où le tribunal civil constate que l'action est non seulement mal fondée, mais qu'elle est véritablement une manoeuvre de chantage, le demandeur, la mère ou l'enfant, peut être condamné par application de l'art. 400 du Code pénal. C'est le tribunal civil lui-même qui en rejetant la demande de recherche de paternité peut prononcer une condamnation contre la mère ou l'enfant qui a exercé l'action.

Section III

Situation des enfants adultérins ou incestueux au point de vue de la preuve de la filiation

Prohibition de la reconnaissance volontaire ou forcée d'un enfant adultérin ou incestueux

Les règles que nous avons étudiées jusqu'ici en ce qui concerne la preuve de la filiation reçoivent d'importantes exceptions à l'égard des enfants adultérins ou incestueux.

La loi prohibe en principe la constatation d'une filiation adultérine ou incestueuse. L'art. 335 le dit: "La reconnaissance ne pourra avoir lieu au profit des enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin, sous réserve des dispositions de l'art. 331."

Art.342: "Un enfant ne sera jamais admis à la recherche soit de la paternité, soit de la maternité dans

Source : BIU Cujas

les cas où, suivant l'article 335, la reconnaissance n'est pas admise".

La loi prohibe la reconnaissance judiciaire ou forcée des enfants adultérins ou incestueux.

Cette disposition s'explique par la volonté du législateur d'interdire toute constatation même indirecte de l'adultère ou de l'inceste.

Il est permis de considérer que la loi s'est montrée trop rigoureuse à l'égard des enfants adultérins ou incestueux qui peuvent avoir intérêt à faire constater leur filiation et qui ne sont pas responsables de la faute de leurs parents. Il est des cas où il faut protéger la famille légitime, mais aller jusqu'à empêcher l'enfant de faire constater sa filiation notamment pour réclamer des aliments, c'est un peu inhumain. D'ailleurs il est des cas dans lesquels la preuve d'un adultère ou d'un inceste est faite devant les tribunaux, Dans un procès en divorce, la loi ne recule pas devant le scandale. Pourquoi refuser à l'enfant adultérin ou incestueux la possibilité de faire reconnaître sa filiation? Qu'on lui refuse le droit de succession, pour protéger la famille légitime, c'est parfait; mais qu'on aille jusqu'à lui interdire de faire constater sa filiation, c'est excessif.

D'ailleurs la loi s'est montrée peu conséquente avec elle-même en cette matière. En effet, la loi accorde certains droits aux enfants adultérins, notamment le droit aux aliments, d'autre part, elle les frappe de certaines incapacités, incapacité de recevoir la succession de son père ou de sa mère, incapacité même de recevoir une libéralité. Il était peu logique d'interdire la constatation de la filiation de ces enfants, constatation qui seule peut leur permettre d'invoquer les quelques droits qui leur sont accordés, et qui peut permettre aux personnes intéressées d'invoquer contre eux les incapacités dont ils sont frappés.

C'est pourquoi d'ailleurs la loi du 1er Juin 1924, qui a introduit les lois civiles françaises dans les départements recouvrés, a rejeté l'application des art. 335 et 342 dans les trois départements recouvrés. Dans ces trois départements recouvrés, toute filiation naturelle peut être constatée soit volontairement, soit judiciairement, mais s'il s'agit d'une filiation adultérine ou incestueuse l'établissement de cette filiation adultérine ou incestueuse ne produit que des effets alimentaires.

Nous allons étudier d'abord l'interdiction de la reconnaissance volontaire des enfants adultérins ou incestueux.

Nullité absolue de la reconnaissance volontai-

Il résulte de l'art. 335 que la reconnaissance d'un

re d'un enfant adultérin ou incestueux conditions pour que cette nullité soit encourue.

enfant adultérin ou incestueux est frappée d'une nullité d'ordre public. La reconnaissance ne peut être invoquée ni par l'enfant, ni contre lui; elle est sans valeur (Cass. 8 Février 1927,S.1927.I. 361).

Mais encore faut-il entendre ce principe raisonnablement. Pour que la reconnaissance soit annulée, il faut que cette reconnaissance fasse ressortir le caractère adultérin ou incestueux de la filiation. Par exemple, voici un homme marié qui a un enfant d'une femme célibataire. Si la mère reconnaît l'enfant, la reconnaissance est valable puisqu'elle émane d'une femme non mariée. et que d'autre part le père est inconnu. Mais qu'arriverait-il si le père reconnaissait à son tour l'enfant? Evidemment, la reconnaissance faite par le père serait sans valeur; mais la jurisprudence considère que la nullité de la reconnaissance émanant du père laisse subsister la reconnaissance émanant de la mère; légalement le père est ignoré.

Si, au contraire, la reconnaissance était faite par le père et la mère dans le même acte, simultanément, la jurisprudence décide que l'acte tout entier serait nul, même à l'égard de la mère (Cass. 17 Juillet 1900; S. 1901.I.345). La jurisprudence déclare nulle pour le tout la reconnaissance simultanée; elle admet la même solution dans le cas où la reconnaissance serait faite par un seul des père et mère, mais si elle était accompagnée de la désignation de l'autre parent dans l'acte, il y aurait en ce cas, dit la jurisprudence, aveu indivisible de la filiation adultérine ou incestueuse, l'acte tomberait tout entier.

Exception au principe de la prohibition

Le principe qui interdit la reconnaissance des enfants incestueux ou adultérins reçoit une exception dans le cas où ces enfants peuvent être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère. Ils peuvent être reconnus en vue de leur légitimation et seulement en vue de leur légitimation; si le mariage ne s'ensuit pas, la reconnaissance est nulle.

Nous arrivons maintenant à l'interdiction de la recherche en justice de la filiation adultérine ou incestueuse.

Prohibition de la recherche en justice d'une filiation adultérine ou incestueuse.Portée pratique de la prohibition

Art. 342: "Un enfant ne sera jamais admis à la recherche soit de la paternité, soit de la maternité, dans les cas où, suivant l'art. 335, la reconnaissance n'est pas admise"

Il résulte de ce texte que les tribunaux doivent de plano déclarer irrecevable toute action en recherche de

Source : BIU Cujas

paternité ou de maternité, toutes les fois que cette action aboutirait à la constatation d'une filiation adultérine ou incestueuse. Les tribunaux n'ont pas à examiner l'affaire; du moment qu'un enfant demande à rechercher sa filiation paternelle et qu'il est établi d'après la date de la naissance de cet enfant, que le défendeur, son prétendu père, était marié au moment de la conception, les tribunaux doivent immédiatement rejeter la demande sans avoir à l'examiner au fond.

Mais ici encore, comme en matière de reconnaissance volontaire, il faut entendre raisonnablement la prohibition. L'action en recherche de filiation peut être intentée contre un des auteurs du moment que rien ne vient révèler l'identité de l'autre. Par exemple si l'enfant est né des relations d'un homme marié et d'une femme célibataire, l'enfant pourra rechercher en justice sa filiation maternelle puisque rien ne vient indiquer le nom du père et la qualité d'homme marié du père.

Cas exceptionnels où une filiation adultérine ou incestueuse se trouve établie et où l'on peut opposer à l'enfant les incapacités qui le frappent

Donc la recherche de la paternité ou de la maternité adultérine ou incestueuse est non recevable. Mais il arrive tout de même que dans certains cas, par la force des choses ou par suite d'une erreur, une filiation adultérine ou incestueuse puisse être constatée.

Cela peut résulter d'abord d'une erreur du tribunal, qui a admis l'action en recherche d'une paternité ou d'une maternité adultérine ou incestueuse. Si le jugement est passé en force de chose jugée, c'est-à-dire s'il n'est plus susceptible d'aucune voie de recours, il faut admettre que la filiation est constatée également, parce que dans notre droit, il n'y a pas de nullités des jugements. Du moment que le jugement est passé en forme de chose jugée, qu'il n'est plus susceptible d'une voie de recours, il est établi judiciairement et légalement que l'enfant est le fils ou la fille de telle personne, quand bien même cette filiation serait adultérine ou incestueuse.

D'autre part, il est des cas où par la force des choses une filiation adultérine ou incestueuse sera directement établie par un jugement.

Exemple: deux personnes ont contracté mariage alors que l'une d'elles était engagée dans les liens d'un premier mariage, ou que les deux époux étaient parents à un degré prohibé, et tous les deux étaient de mauvaise foi. Si le mariage est annulé, il en résulte forcément que les enfants issus de cette union sont ou adultérins ou incestueux. Ici la constatation est faite directement.

De même un mari exerce contre l'enfant de sa femme une action en désaveu et il réussit dans cette action, il obtient le désaveu; il résulte nécessairement du jugement que l'enfant est adultérin.

Voilà des cas où nécessairement la constatation d'une filiation adultérine ou incestueuse est faite. C'est

Source : BIU Cujas

dans ces cas qu'on pourra opposer à l'enfant les incapacités qui sont édictées par la loi contre lui.

Moment auquel se détermine le caractère adultérin ou incestueux de la filiation. Fixation de la date de la conception. Cas de l'enfant né entre le 180ème et le 300ème jour après le mariage

Une question se pose: quand est-on en présence d'un enfant adultérin ou incestueux? Il faut se placer au moment de la conception. Un enfant est adultérin lorsqu'il est né d'un père et d'une mère dont l'un au moins était marié au moment de la conception. L'enfant est incestueux lorsque, au moment de sa conception, il existait entre le père et la mère un empêchement de mariage fondé sur la parenté ou l'alliance.

Seulement une difficulté existe à raison du fait qu'on ne peut connaître d'une manière précise la date de la conception. On doit appliquer la présomption sur la durée des grossesses. Faisons l'application de cette règle au cas d'un homme marié qui reconnaît un enfant naturel qu'il aurait eu d'une autre femme que sa femme légitime. Si l'enfant est né plus de 300 jours après le mariage, il résulte de la présomption légale qu'il a été conçu à une époque où le père était déjà marié; donc, il est adultérin. A l'inverse, si l'enfant est né moins de 180 jours après le mariage du père, la conception se place avant le mariage, elle n'est pas entachée d'adultère; l'enfant peut être valablement reconnu.

Mais quid du cas où l'enfant est né entre le 180ème jour et le 300ème jour depuis le mariage? Ici il a pu être conçu soit avant le mariage, soit après, on n'en sait rien; il y a une période de 120 jours pendant laquelle la conception peut se placer. Lorsqu'il s'agit d'un enfant légitime on place la conception au moment le plus favorable pour la légitimité; mais dans notre cas où il s'agit d'un homme qui a eu un enfant d'une femme autre que sa femme légitime, à quel moment faut-il placer la conception? Certains ont dit: cet enfant est adultérin! Non, c'est une erreur, qu'a relevée la Cour de Cassation, Il faut placer la conception à l'époque la plus favorable pour l'enfant; comme il peut avoir été conçu avant le mariage, il faut partir de ce point de vue que l'enfant a été conçu avant le mariage et par conséquent qu'il n'est pas adultérin. (Cas. 16 Mars 1925;S.1927.I.297). Mais ce n'est là qu'une solution provisoire. Il appartiendrait à la personne qui soutiendrait que l'enfant est adultérin d'en apporter la preuve. Jusque là l'enfant doit bénéficier du doute. Mais la personne qui soutiendrait que l'enfant est adultérin devrait en apporter la preuve, en montrant que l'enfant est né avant terme, qu'il a donc été conçu pendant que son père était déjà marié.

Source : BIU Cujas

Chapitre II

SITUATION JURIDIQUE DES ENFANTS NATURELS A L'EGARD DE LEURS PERE ET MERE ET DES PARENTS DE CEUX-CI.

Supposons un enfant naturel dont la filiation est établie soit à l'égard de ses père et mère, soit à l'égard de l'un d'eux; quelles conséquences vont en résulter?

Nous allons les étudier en 3 sections:

I - Situation des enfants naturels simples à l'égard de leurs père et mère.

2 - Situation à l'égard de la famille des père et mère.

3 - Situation des enfants adultérins ou incestueux.

Section I

Situation des enfants naturels simples à l'égard de leurs père et mère.

Rareté des dispositions du C. C. sur la matière.

Le Code civil, qui a réglé dans de nombreux textes les rapports des parents et des enfants légitimes, était à peu près muet en ce qui concerne les rapports des père et mère naturels et de leurs enfants. Rien sur les obligations des père et mère naturels en particulier.

L'art. 203, en effet, qui oblige les père et mère à entretenir, élever et nourrir les enfants, est placé au titre du mariage et ne concerne que les parents légitimes. Peu de chose dans le Code civil en ce qui concerne les droits des parents sur la personne de leurs enfants: un texte sur l'autorisation au

Source : BIU Cujas

mariage, un texte sur le droit de correction, qui était fort vague; rien sur l'administration des biens des enfants naturels durant leur minorité. Lacune considérable, tout cela était abandonné à l'interprétation des juges et cela n'allait pas sans inconvénients pratiques.

Obligation des parents d'entretenir, de nourrir leurs enfants naturels. Obligation alimentaire.

Il est un point qui n'a jamais fait de doute: c'est que les père et mère naturels sont tenus de nourrir, d'entretenir et d'élever leurs enfants. Il y a là, a-t-on dit, un rôle primordial que la nature imposerait à défaut de la loi, mais la loi elle-même le suppose puisque l'art. 762 du Code civil décide que les enfants adultérins ou incestueux, c'est-à-dire ceux qui sont mis par le Code dans la situation la plus défavorable, peuvent réclamer des aliments à la succession de leurs parents; s'ils peuvent en réclamer à la succession de leurs parents, c'est qu'ils ont le droit de leur en réclamer de leur vivant; si les enfants adultérins ou incestueux ont droit à des aliments, on peut en conclure que tous les enfants naturels, même majeurs, peuvent réclamer des aliments à leurs parents, et à plus forte raison que les parents naturels sont tenus de nourrir élever, entretenir leurs enfants mineurs.

La puissance paternelle des parents naturels. Loi de 1907.

Mais pour permettre aux parents légitimes d'accomplir leur devoir d'éducation et d'entretien, le Code leur accorde des droits de puissance paternelle. Or, le Code n'avait pas organisé la puissance paternelle sur les enfants naturels; il en supposait bien l'existence puisqu'il nous parlait de l'autorisation nécessaire pour le mariage d'un enfant mineur et qu'il faisait allusion au droit de correction dans l'art. 383. Le Code attribuait donc aux parents naturels, aux père et mère naturels, certains attributs de la puissance paternelle, mais le Code n'avait pris aucune mesure d'ensemble; il n'avait pas fixé notamment à qui appartenait l'exercice de la puissance paternelle et il n'avait rien dit de l'administration des biens de l'enfant.

Cette lacune a été comblée par une loi du 2 juillet 1907, relative à la protection et à la tutelle des enfants naturels. Cette loi a modifié différents articles du Code. Elle n'a pas supprimé d'ailleurs toutes les difficultés, mais elle en a réduit le nombre.

La loi de 1907 accorde aux père et mère naturels la puissance paternelle sur leurs enfants. Elle décide qu'en principe, sauf des exceptions que nous allons voir, la puissance paternelle sur les enfants naturels est régie comme celle relative aux enfants

Source : BIU Cujas

légitimes (art.383, dernier alinéa). C'est d'ailleurs un principe auquel il y a d'importantes dérogations.

Exercice de la puissance paternelle. Distribution suivant que la reconnaissance a été faite successivement ou simultanément. Pouvoir d'appréciation des tribunaux.

Tout d'abord, par qui est exercée la puissance paternelle sur l'enfant naturel?

L'art.383 fait des distinctions, mais l'idée générale qui a guidé le législateur c'est qu'ici il n'y a pas place pour la prépondérance du père: différence avec la famille légitime.

D'autre part, la loi reconnaît aux tribunaux le droit d'intervenir et d'attribuer la puissance paternelle suivant l'intérêt de l'enfant.

Art. 383: "La puissance paternelle sur les enfants naturels légalement reconnus (entendez par là une reconnaissance volontaire ou forcée) est exercée par celui de leurs père et mère qui les aura reconnus le premier". Par conséquent, si c'est la mère qui comme il arrive souvent, a reconnu l'enfant la première, c'est elle qui exercera la puissance paternelle; la reconnaissance qui serait faite ensuite par le père ne changerait rien à cette situation.

"En cas de reconnaissance simultanée (c'est-à-dire dans le même acte) par le père et la mère, le père seul exerce l'autorité attachée à la puissance paternelle". Ici la loi admet la prépondérance du père, mais seulement en cas de reconnaissance simultanée.

Ces règles sont tempérées par le droit reconnu au tribunal (art. 383, alinéa 2) de confier la puissance paternelle à celui des parents qui n'en est pas investi par la loi si l'intérêt de l'enfant l'exige. Tout se passe ici comme en cas de divorce. La loi pose un principe, mais le tribunal fait ce qu'il croit bon. Si c'est la mère qui a reconnu l'enfant la première, le tribunal peut cependant attribuer la puissance paternelle au père.

S'il y a reconnaissance simultanée, le tribunal peut accorder l'exercice de la puissance paternelle à la mère, bien que la loi pose en principe que la puissance paternelle est exercée par le père.

Si la filiation n'est établie qu'à l'égard d'un des père et mère c'est évidemment celui-là qui exercera la puissance paternelle.

Beaucoup de législations étrangères, législation anglaise, ou allemande, attribuent toujours à la mère la puissance paternelle.

Droits dérivant de la puissance paternelle.

Quels sont les droits qui appartiennent à celui des père et mère qui est investi de la puissance paternelle?

Source : BIU Cujas

Ce sont les mêmes droits que ceux qui sont accordés au titulaire de la puissance paternelle dans la famille légitime.

On a calqué cette institution sur celle de la famille légitime.

Nous allons étudier successivement les droits sur la personne et les droits sur les biens.

1-Droits sur la personne. Exercice du droit de correction, même par la mère par voie d'autorité ou de réquisition

I - En ce qui concerne les droits sur la personne, le père ou la mère naturel a le droit de surveillance et de direction, le droit de garde, le droit de correction.

Ce dernier droit était déjà reconnu par le Code civil aux père et mère naturels. Son exercice soulève des difficultés. Une de ces difficultés a été supprimée. D'après l'ancien art. 381 la mère survivante, lorsqu'il s'agissait d'une mère légitime, ne pouvait obtenir le placement de son enfant par voie de correction qu'après le concours des deux plus proches parents paternels. On se demandait s'il fallait appliquer ce texte à la mère naturelle. Mais la difficulté c'est que l'enfant naturel à supposer que son père soit décédé, n'a pas de proches parents paternels puisqu'il n'est pas parent des parents de son père. En tout cas la difficulté est supprimée du fait que l'art. 381 a été abrogé. Par conséquent aujourd'hui la mère naturelle exerce le droit de correction comme le père, par voie d'autorité ou par voie de réquisition.

Mais voici une difficulté qui subsiste. Lorsque le père ou la mère légitime est remarié, il ne peut exercer le droit de correction sur ses enfants, même âgés de moins de 16 ans, que par voie de réquisition, c'est-à-dire sous le contrôle du président du tribunal. La question se pose pour les enfants naturels, et elle se pose même d'une façon particulièrement grave. Supposez que le père ou la mère de l'enfant naturel soit marié avec un autre que le père ou la mère de cet enfant; faudra-t-il appliquer à ce père ou à cette mère naturel la disposition relative au père ou à la mère légitime remarié à l'égard des enfants du premier lit? Il serait raisonnable de dire que ce père ou cette mère naturel marié avec un autre que le père ou la mère de l'enfant ne pourra exercer le droit de correction que par voie de réquisition, sous le contrôle de l'autorité judiciaire. C'est utile parce que souvent ce bâtard sera mal vu de l'autre conjoint. Il faut exiger ici le contrôle judiciaire.

Mais il y a une difficulté, c'est que le texte de l'art. 381 ne vise que le père ou la mère légitime remarié. Il y a là une difficulté que la loi n'a pas résolue.

Source : BIU Cujas

2-Droits sur les biens-Jouissance légale

2 - En ce qui concerne maintenant les biens, la loi de 1907 a accordé au père ou à la mère la jouissance légale des biens de l'enfant naturel (art. 384), jusqu'à l'âge de 18 ans accomplis ou jusqu'à l'émancipation; la règle est la même que pour les parents légitimes. Art. 384, alinéa 2; "Celui des père et mère qui exerce la puissance paternelle aura la jouissance légale des biens de son enfant légalement reconnu dans les mêmes conditions que les père et mère légitimes, sauf ce qui sera dit à l'article 389 ". L'art. 384 étend aux père et mère naturels la disposition de l'art. 389, alinéa 1, édictée pour les père et mère légitimes.

Absence d'administration légale . Tutelle de l'enfant mineur quant à ses biens

En ce qui concerne l'administration des biens de l'enfant, l'enfant naturel n'est jamais placé sous le régime de l'administration légale, même si sa filiation est établie vis-à-vis de ses père et mère et si l'un et l'autre sont vivants. L'enfant naturel est toujours placé en tutelle. La loi a considéré que la tutelle avec ses rouages assurait d'une façon plus efficace que l'administration légale la protection des intérêts des enfants naturels. C'était déjà la solution admise par la jurisprudence avant la loi de 1907.

En fait la tutelle ne s'exerce qu'à l'égard des enfants naturels qui ont des biens. Le plus souvent ils n'ont aucune fortune: l'organisation d'une tutelle est bien inutile, mais d'après la loi tout enfant naturel doit être en tutelle.

Organisation spéciale de la tutelle des enfants naturels: Loi de 1907.

La tutelle des enfants naturels a été organisée par la loi de 1907 suivant les règles tout à fait spéciales. Il faut se reporter à l'art. 389, texte sur l'organisation de l'administration légale, auquel on a ajouté des dispositions sur la tutelle des enfants naturels.

Dévolution de la tutelle à celui des père et mère qui exerce la puissance paternelle. Suppression pour la mère du droit de refuser

Tout d'abord les fonctions du tuteur sont dévolues à celui des père et mère qui exerce la puissance paternelle, suivant les distinctions établies par l'art. 383. Différence avec la tutelle des enfants légitimes: la mère naturelle ne peut pas refuser la tutelle; l'art. 389, dernier alinéa, exclut en effet en matière de tutelle d'enfants naturels l'art. 394 qui permet à la mère légitime de refuser la tutelle de ses enfants; la mère naturelle n'a pas le droit de refuser.

Tutelle dative déférée par le tribunal

Si le tuteur légal, père ou mère, vient à mourir, la tutelle passe à l'autre, bien entendu si la filiation est établie vis-à-vis du survivant. Sinon il y a lieu à tutelle dative, le tuteur étant désigné par le tribunal qui joue le rôle de conseil de famille, à moins que le dernier mourant des père et mère n'ait désigné un tuteur testamentaire. On autorise le père ou la mère dernier mourant à désigner un tuteur testa-

"Les Cours de Droit" Y Répétitions Écrites et Orales
3, PLACE DE LA SORBONNE, 3 Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

mentaire à son enfant naturel. Les règles sont les mêmes que pour la famille légitime.

Nomination du subrogé tuteur

A côté de ce tuteur, il existe un subrogé tuteur qui est nommé par le tribunal, La loi fait une obligation au père ou à la mère de provoquer la nomination de ce subrogé tuteur. Il doit le faire nommer dans les trois mois de son entrée en fonctions. En tout cas le tribunal peut désigner d'office le subrogé tuteur . Le père ou la mère tuteur n'a droit à la jouissance légale qu'à partir de la nomination du subrogé tuteur, si dans les trois mois il n'a pas fait procéder à cette nomination; sanction contre le père ou la mère négligent.

Exercice par le tribunal des fonctions du conseil de famille

Enfin les fonctions dévolues au conseil de famille des enfants légitimes sont remplies à l'égard des enfants naturels par le tribunal de première instance du lieu du domicile légal du parent investi de la tutelle au moment où il a reconnu l'enfant. Si l'enfant n'est pas reconnu, c'est le tribunal du lieu de la résidence qui joue le rôle de conseil de famille.

Pourquoi la loi n'a-t-elle pas admis que le conseil de famille de l'enfant naturel fut composé de la même manière que le conseil de famille d'un enfant légitime et attribue-t-elle les fonctions du conseil de famille au tribunal? Cela se comprend aisément, parce qu'il n'existe aucun lien légal de parenté entre l'enfant naturel et les parents de ses père et mère. Si on avait convoqué ces parents, ces gens-là auraient pu être indifférents ou même hostiles à l'enfant naturel; c'est pourquoi il a paru préférable de s'en tenir à la règle que c'est le tribunal qui joue le rôle de conseil de famille.

A part cette différence d'organisation, la tutelle des enfants naturels fonctionne dans les mêmes conditions que celle des enfants légitimes (art. 389 avant-dernier alinéa) ; les pouvoirs et les obligations du tuteur sont identiques.

Une différence cependant, qui tient au fait que le rôle du conseil de famille est joué par le tribunal; il n'y a pas en notre matière à distinguer suivant que les délibérations du conseil de famille sont sujettes ou non à homologation par le tribunal.

Enfant naturel non reconnu Décret loi de 1935

Une disposition d'un décret-loi du 30 Octobre 1935 vise le cas où l'enfant naturel n'a été reconnu ni par son père ni par sa mère.

Il ne s'agit pas d'un enfant qui a été abandonné, mais d'un enfant qui n'a été reconnu ni par son père ni par sa mère; la mère est peut-être morte, le père ne s'est pas fait connaître; l'enfant peut être élevé par des grands-parents, qui ne sont pas ses parents

Source : BIU Cujas

légaux. Cet enfant sera en tutelle. Le tuteur sera désigné par le tribunal jouant le rôle de conseil de famille. On nommera par exemple la personne qui garde l'enfant, son grand-père ou sa grand-mère, qui n'a pas de tutelle légale, qui n'y a pas droit, qui sera désigné parce que c'est lui qui élève l'enfant.

Mais le décret-loi du 30 Octobre 1935 est venu assurer d'une manière plus ou moins efficace la protection de cet enfant qui n'est pas reconnu. "Si l'enfant naturel n'a été reconnu ni par son père ni par sa mère, le tribunal pourra, même si la tutelle a été régulièrement organisée, désigner soit d'office, soit sur réquisition du procureur de la République, un délégué chargé de veiller aux besoins matériels et moraux de l'enfant". (art. 389). On estime que peut-être l'enfant ne sera pas bien soigné, pas bien élevé par celui qui sera désigné par le tribunal comme tuteur. Le tribunal peut alors d'office ou sur réquisition du procureur de la République désigner un délégué, par exemple une assistante sociale, qui sera chargé de veiller aux besoins matériels et moraux de l'enfant. "Le délégué proposera toutes mesures utiles à la personne et à la conservation des biens du mineur, au procureur de la République, qui, s'il y a lieu, présentera requête au tribunal en vue de leur application". Le délégué est chargé de visiter l'enfant, de voir quels sont ses besoins; il avertit le procureur de la République, qui peut provoquer de la part du tribunal toutes mesures utiles à l'enfant et au besoin la déchéance du tuteur.

Si l'enfant naturel vient à être reconnu postérieurement à la nomination du délégué par l'un de ses père et mère, le délégué cessera d'office d'exercer ses fonctions.

Situation des enfants assistés, des enfants qui ont été abandonnés à l'Assistance Publique.

Tutelle des enfants placés sous la garde de l'A.P. Loi de 1904. Particularités concernant le maniement des deniers de l'incapable-Droit de jouissance du département

Ces enfants sont placés sous la garde de l'Assistance Publique. Une loi du 27 Juin 1904 les place en tutelle, mais ici la tutelle par la force des choses est organisée d'une façon différente de celle des enfants légitimes ou même de celle des enfants naturels qui sont placés sous la garde de leurs parents.

Les fonctions de tuteur de l'enfant assisté sont exercées par le préfet dans chaque département, par le directeur de l'Assistance publique à Paris pour les enfants assistés de la Seine. Il n'y a pas de subrogé tuteur. Dans les départements les fonctions du

Source : BIU Cujas

tuteur sont déléguées par le préfet à l'inspecteur de l'assistance publique.

Il existe un conseil de famille qui n'a rien de familial. Il s'agit d'une commission de sept membres élus par le conseil général.

Les attributions du tuteur et celles du conseil de famille, décide l'art. 13 de la loi de 1904, sont exactement celles que détermine le Code civil. Pour aliéner un immeuble il faudra l'autorisation du conseil de famille et au besoin l'homologation du tribunal.

Une différence cependant: le tuteur n'a pas le maniement des deniers du pupille. Le maniement des deniers du pupille de l'assistance publique est confié au trésorier payeur général de chaque département et à Paris au receveur de l'administration générale de l'Assistance publique. C'est pourquoi les biens du tuteur ne sont pas grevés d'hypothèque légale.

A part cela les attributions du tuteur et du conseil de famille sont exactement les mêmes que ceux du tuteur et du conseil de famille prévues par l'Assistance publique.

Il est curieux de remarquer que la loi de 1904 a organisé au profit du département une sorte de droit de jouissance légale sur les biens du pupille jusqu'à ce qu'il ait atteint l'âge de 18 ans ou jusqu'à son émancipation. La loi fait exception cependant pour les produits du travail du mineur et les économies en provenant. C'est généralement à cela que se réduit le pécule de l'enfant assisté. Sur le produit du travail du mineur le département n'a aucun droit de jouissance; c'est un pécule que l'enfant assisté retrouvera à sa majorité.

Fin de la puissance paternelle sur les enfants naturels Persistance d'une obligation alimentaire.

La puissance paternelle à l'égard des enfants naturels prend fin par leur majorité ou par leur émancipation. A partir de la majorité subsiste une obligation alimentaire entre le père ou la mère et l'enfant naturel. Cette obligation ne résulte directement d'aucun texte, mais on peut conclure à son existence en tirant argument de l'article 762 qui permet à l'enfant adultérin ou incestueux, le moins favorisé, de réclamer des aliments à la succession de son père ou de sa mère, ce qui permet de conclure qu'il peut leur en réclamer de leur vivant et ce qui permet de conclure encore qu'un enfant naturel simple peut réclamer des aliments à son père ou à sa mère. Comme d'autre part l'obligation alimentaire est réciproque, on en conclut que les enfants naturels

Source : BIU Cujas

doivent des aliments à leurs père et mère dans le besoin. La jurisprudence en décide ainsi.

Interdiction d'un enfant naturel majeur

Une dernière question se pose en cas d'interdiction d'un enfant naturel majeur; l'enfant naturel peut être interdit dans les mêmes conditions qu'un enfant légitime, mais il y a une difficulté. Dans la procédure d'interdiction ou de dation de conseil judiciaire la loi exige que l'on réunisse le conseil de famille; or, quel sera le conseil de famille qui sera consulté ici? Est-ce le tribunal? Non, semble-t-il parce que la loi n'attribue au tribunal des fonctions en tant que conseil de famille que lorsqu'il s'agit d'enfants mineurs; or, il s'agit d'interdire un majeur. On a discuté sur la question, mais on décide souvent qu'ici le conseil de famille sera celui qui est prévu par le Code civil. Il sera composé par exemple des enfants de l'enfant naturel à interdire ou de son conjoint, ou d'amis, mais ce ne sera pas le tribunal qui jouera le rôle de conseil de famille.

Section II

Situation des enfants naturels à l'égard de la famille de leurs père et mère

Absence de tout lien de parenté ou d'alliance entre l'enfant naturel reconnu et les parents ou alliés de ses auteurs.

Dans notre conception française, il n'existe aucun lien légal de parenté ou d'alliance entre l'enfant naturel reconnu et les parents ou alliés de ses père et mère. C'est une conséquence de la conception du droit français qui fait de la reconnaissance volontaire ou forcée une affaire purement individuelle entre l'enfant et son père ou sa mère.

C'est ainsi que l'enfant naturel ne peut prétendre à aucun droit de succession sur les biens des parents de ses père et mère, et réciproquement les parents des père et mère n'ont aucun droit à la succession de l'enfant naturel.

Bien plus, il n'existe aucune obligation alimentaire entre l'enfant naturel et les ascendants de ses père et mère. L'obligation alimentaire ici n'existe qu'au premier degré. L'enfant naturel ne doit pas d'aliments à ses grand-parents naturels, et réciproquement ceux-ci ne lui en doivent pas. Il y a cependant un point sur lequel il a été nécessaire de tenir compte du lien de parenté, c'est

Source : BIU Cujas

en ce qui concerne les empêchements de mariage. Il y a des empêchements de mariage en ligne directe, entre l'enfant naturel et ses parents en ligne directe, et empêchement de mariage aussi entre frères et soeurs naturels (art. 161 et 162).

Protection de la famille légitime à l'encontre des enfants naturels

Mais la loi ne s'est pas contentée d'établir une sorte de cloison étanche entre l'enfant naturel et la famille de ses père et mère. Elle a pris aussi des mesures particulières pour protéger la famille légitime contre l'enfant naturel, contre cet intrus que la loi considère sans faveur.

Notre ancien droit à ce point de vue se montrait très rigoureux. Les bâtards n'avaient en principe droit qu'à des aliments. Ils ne pouvaient invoquer aucun droit de succession sur les biens de leurs père et mère. Les biens de ceux-ci étaient dévolus aux parents légitimes, les enfants naturels n'y avaient aucun droit.

La Révolution, réagissant contre cette protection intense accordée à la famille légitime, s'efforça au contraire d'assimiler le plus possible, notamment au point de vue des successions, les droits de l'enfant naturel à ceux de l'enfant légitime. Il fut même un moment où les droits de l'enfant naturel dans la succession des père et mère étaient égaux à ceux de l'enfant légitime.

Le Code de 1804 sur ce point comme sur beaucoup d'autres a fait oeuvre de transaction, tout en conservant la conception révolutionnaire qui n'exclut pas l'enfant naturel de la succession de ses père et mère.

Dans la conception originaire du Code civil l'enfant naturel n'avait droit que dans un cas exceptionnel à la succession intégrale de ses père et mère. En principe l'enfant naturel n'avait jamais droit qu'à une part de la succession de ses père et mère; en présence même d'un cousin au douzième degré l'enfant naturel ne recueillait que les trois quarts de la succession; la loi civile réservait une part à la famille légitime.

En outre, d'après l'ancien article 908 l'enfant naturel ne pouvait jamais recevoir par libéralité de ses père et mère au-delà de ce qui lui était accordé par la loi sur les successions. Si par exemple il avait droit à la moitié de la succession, il ne pouvait pas recevoir au-delà de cette moitié par libéralités provenant de ses père et mère.

Une loi du 25 Mars 1896 est venue sur ce point améliorer la situation de l'enfant naturel. Aujourd'hui l'enfant naturel peut dans certains cas recueillir

Source : BIU Cujas

l'intégralité de la succession alors même qu'il y a des parents, des collatéraux.

Par contre l'enfant naturel est placé sur un pied inférieur à l'enfant légitime en ce sens que l'enfant légitime recueille à lui seul toute la succession, tandis que l'enfant naturel partage cette succession, fût-ce dans des proportions variables, suivant qu'il est en concours avec les enfants légitimes, ou avec des ascendants, ou avec des frères et soeurs de son père ou de sa mère, ou des descendants des frères et soeurs. Il ne recueille par conséquent aujourd'hui encore qu'une part réduite.

En ce qui concerne les libéralités qui peuvent lui être faites, l'art. 908 est revenu dans une certaine mesure sur la rigueur de l'ancienne disposition. Aujourd'hui le père ou la mère naturel peut léguer à l'enfant tout ou partie de la quotité disponible; l'enfant naturel n'est pas réduit uniquement à sa part héréditaire. Mais l'ancienne disposition a été maintenue en ce qui concerne les donations entre vifs. Les enfants naturels légalement reconnus, dit l'art. 908, ne pourront rien recevoir par donation entre vifs au delà de ce qui leur est accordé au Titre des successions.

A la différence du Code civil qui protégeait la grande famille, puisque le cousin au douzième degré venait en concours avec l'enfant naturel, le Code ne protège plus que la famille plus restreinte.

L'art.337 relatif à la reconnaissance pendant le mariage d'un enfant naturel né de l'un des époux avant le mariage

Voici maintenant une mesure de protection particulière contre l'enfant naturel au profit de la famille légitime. Cette disposition est celle de l'art. 337 qui est ainsi conçu: "La reconnaissance faite pendant le mariage par l'un des époux au profit d'un enfant naturel qu'il aurait eu avant son mariage d'un autre que de son époux ne pourra nuire ni à celui-ci ni aux enfants nés de ce mariage. Néanmoins, elle produira son effet après la dissolution de ce mariage s'il n'en reste pas d'enfants".

La loi suppose qu'un homme qui avait un enfant naturel non reconnu par lui épouse une femme qui n'est pas la mère de cet enfant; ou, à l'inverse, qu'une femme, qui avait un enfant naturel non reconnu par elle, épouse un homme qui n'est pas le père de cet enfant. La loi décide que si cet époux reconnaît son enfant pendant le mariage, cette reconnaissance ne pourra pas nuire à l'autre époux ni aux enfants issus du mariage. La loi, en un mot, considère l'époux et les enfants issus du mariage comme ayant une sorte de droit acquis auquel il ne peut être porté atteinte par une reconnaissance faite pendant le mariage, recon-

Source : BIU Cujas

naissance qui introduirait dans la famille un enfant naturel avec tous ses droits.

L'art. 337, a-t-on dit, a pour but d'assurer la paix du foyer et la bonne harmonie de la famille légitime. En un mot l'époux qui avait un enfant naturel non reconnu et qui s'est marié avec un autre que le père ou la mère de cet enfant peut reconnaître l'enfant pendant le mariage, mais cette reconnaissance ne pourra nuire ni à l'époux ni aux enfants issus du mariage. Il y a une sorte de déloyauté de la part d'un époux qui n'a pas fait connaître l'existence d'un enfant naturel à son conjoint et qui ensuite, pendant le mariage, vient à le reconnaître. Cette déloyauté doit être punie, au détriment de l'enfant naturel, qui ne pourra réclamer aucun droit vis-à-vis du conjoint ni des enfants légitimes.

Validité de cette reconnaissance; mais elle ne peut nuire au conjoint ni aux enfants issus du mariage

Quelle est la portée de cet article? La reconnaissance faite pendant le mariage par l'un des époux n'est pas nulle, elle produit tous ses effets en tant que ceux-ci ne peuvent nuire au conjoint ni aux enfants En un mot c'est la famille légitime au sens étroit que la loi a entendu protéger, le conjoint et les enfants issus du mariage. La reconnaissance produirait tous ses effets à l'égard des autres membres de la famille, à l'égard des ascendants; s'il n'y avait pas d'enfants, l'enfant naturel viendrait en concours à la succession de son père avec les ascendants; elle produit tous ses effets à l'égard des collatéraux, ou même des enfants issus d'un précédent mariage. C'est seulement en faveur des enfants issus du mariage du conjoint que la reconnaissance est inopérante; elle vaut, mais d'une manière relative.

C'est ce que dit l'art. 337 lui-même lorsqu'il décide que la reconnaissance produit son effet après la dissolution du mariage s'il n'en reste pas d'enfant. De même si le conjoint est prédécédé.

Mais on discute sur la portée même de l'art. 337: la reconnaissance ne peut nuire au conjoint ni aux enfants issus du mariage, mais que faut-il entendre par là? Il y a deux points certains et deux points litigieux.

Exclusion de l'enfant naturel de la succession de son auteur en présence d'enfant légitime

Premier point certain: à la mort de l'auteur de la reconnaissance, l'enfant naturel ne pourra revendiquer aucune part de sa succession à l'encontre des enfants légitimes; en un mot, les enfants légitimes, ou l'enfant légitime s'il n'y en a qu'un, recueilleront la totalité de la succession et excluront entièrement l'enfant naturel. Du moment que le père ou la mère naturel qui a reconnu son enfant pendant le mariage laisse un ou plusieurs enfants légitimes l'enfant...

Source : BIU Cujas

naturel est exclu complètement de la succession, il n'a aucune part à prendre de cette succession.

Exclusion de l'enfant naturel par le conjoint survivant à défaut d'héritier.

A supposer maintenant que le ménage n'ait pas eu d'enfant, qu'il n'en reste pas, et que l'auteur de la reconnaissance n'ait aucun héritier au degré successible, c'est le conjoint qui recueillera la succession à l'exclusion de l'enfant naturel. Solution tout à fait exceptionnelle, puisqu'en principe l'enfant naturel exclut le conjoint.

Interdiction pour l'enfant naturel de faire réduire la libéralité faite au conjoint au delà de la quotité disponible.

Deuxième point certain: il faut supposer que le conjoint qui a reconnu l'enfant pendant le mariage avait fait à son époux ou à son épouse une libéralité, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage; il faut supposer aussi que cette libéralité excède la quotité disponible. En pareil cas, l'enfant naturel reconnu pendant le mariage, qui est cependant un héritier réservataire, n'aura pas le droit de faire réduire les libéralités excédant la quotité disponible faites par son père ou sa mère à son conjoint. Tout se passe comme si l'enfant naturel n'existait pas.

Voici les points sur lesquels il y a discussion.

L'enfant naturel reconnu pendant le mariage a-t-il droit à des aliments?

Il y a discussion sur la question de savoir si l'enfant naturel reconnu au cours du mariage pourrait demander des aliments à l'auteur de la reconnaissance; peut-il demander des aliments à son père ou à sa mère qui l'a reconnu? Au point de vue simplement humain il faudrait lui accorder ce droit aux aliments, et cependant la Cour de cassation va faire une distinction appliquant à la lettre l'art.337.

Dans un arrêt du I6 décembre I86I, la Cour de cassation a décidé que l'enfant ne peut pas demander d'aliments à sa mère mariée sous le régime de la communauté qui l'a reconnu pendant le mariage, parce que, dit la Cour de cassation, ce serait frustrer la communauté, et par conséquent le mari qui en est l'administrateur, d'une partie des biens qui doivent revenir à la communauté. Si par contre la femme était mariée sous la séparation de biens, si elle disposait de ses revenus ou d'une partie d'entre eux, elle pourrait être condamnée à payer une pension alimentaire à son enfant, même reconnu pendant le mariage, parce qu'on peut dire que le ménage n'est pas frustré.

Dans un autre arrêt, du I3 juillet I886 (Dalloz, I887, I, II9), la Cour de cassation a décidé que l'enfant pouvait demander des aliments à son père marié sous le régime de la communauté. Pourquoi cette différence entre le père et la mère? C'est parce que sous le régime de communauté le mari a la libre

Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

disposition de ses revenus propres et des revenus de la communauté. Il pourrait volontairement payer une pension alimentaire à son enfant; il n'y a aucune atteinte à la loi à condamner le père à payer cette pension alimentaire. En un mot des aliments peuvent être fournis à l'enfant, mais seulement sur les revenus dont l'auteur de la reconnaissance pendant le mariage a la libre disposition.

L'enfant reconnu pendant le mariage peut il recevoir une libéralité de son auteur?

Seconde question litigieuse: on discute la question de savoir si l'enfant reconnu au cours du mariage pourrait recevoir une libéralité, donation ou legs de la part de l'auteur de la reconnaissance dans les limites où peut être gratifié un enfant naturel. Son père ou sa mère qui l'a reconnu pendant le mariage peut-il lui faire une donation ou un legs?

A notre avis, ce ne doit pas être possible, car il serait dès lors facile de tourner la disposition de l'art. 337 en donnant ou en léguant à l'enfant la part dont il serait privé dans la succession en vertu de cet article.

On a cependant fait valoir en sens contraire cette raison que la libéralité aurait pu être faite à l'enfant naturel s'il n'avait pas été reconnu. Il aurait été un étranger vis-à-vis de son père ou de sa mère, ce dernier aurait pu lui faire une libéralité; il n'y a pas de lien entre la reconnaissance et la libéralité.

C'est pourquoi la jurisprudence (arrêt du 28 mai 1878) tend à admettre que l'enfant naturel peut recevoir une libéralité de la part de l'auteur de la reconnaissance au cours du mariage.

La disposition de l'art.337 s'applique-t-elle à l'enfant qui a fait judiciairement établir sa filiation.

Mais voici une nouvelle difficulté. La jurisprudence décide que l'art. 337 s'applique non seulement en cas de reconnaissance volontaire pendant le mariage par l'un des époux, mais encore lorsque la paternité ou la maternité de cet époux est déclarée en justice sur une action en recherche de paternité ou de maternité formée par l'enfant.

Cette solution est évidemment plus douteuse. On peut soutenir avec beaucoup de force que la loi a entendu restreindre l'art. 337 au cas de reconnaissance volontaire, en invoquant cette idée que la loi a entendu réprimer aux dépens de l'enfant naturel une sorte d'incorrection, une tromperie de la part de l'époux qui aurait attendu la célébration du mariage pour révéler l'existence d'un enfant naturel. C'est donc seulement la reconnaissance volontaire dont les effets seraient restreints. Or ce manque de foi ne saurait être reproché à l'époux qui a été l'objet

Source : BIU Cujas

d'une action en recherche de paternité ou de maternité. Mais la jurisprudence est en sens contraire. Elle étend la disposition de l'art. 337 même au cas où la filiation a été établie pendant le mariage sur une action en recherche de paternité ou de maternité. Les partisans de cette jurisprudence font valoir que la loi a entendu protéger avant tout la famille légitime contre l'intrusion d'un enfant naturel qui vient compromettre ses droits.

Au surplus, si l'on n'admettait pas cette solution, il serait trop facile de tourner la loi. L'époux éviterait de reconnaître l'enfant et il se ferait intenter un procès par celui-ci et il lui fournirait au besoin des armes pour assurer son succès. C'est pourquoi la jurisprudence applique l'article 337 au cas de reconnaissance forcée. On entend le mot reconnaissance dans un sens très large.

En tout cas, l'art. 337 ne s'applique qu'en cas de reconnaissance au cours du mariage. Il ne s'applique donc pas en cas de reconnaissance antérieure au mariage mais laissée ignorée du conjoint.

Par contre il s'applique au cas de reconnaissance en cours du mariage alors même que l'autre conjoint connaissait l'existence de l'enfant.

Inapplication de l'art.337 en cas de reconnaissance antérieure au mariage mais inconnue du conjoint ou de la reconnaissance postérieure à la dissolution du mariage.

Ces solutions sont invoquées par tous les auteurs qui considèrent l'article 337, avec son extrême rigueur, comme devant disparaître de notre législation. On remarque que si un père ou une mère naturel a reconnu son enfant et a laissé cette reconnaissance ignorée de son conjoint, l'enfant ne se verra pas opposer l'art. 337 car l'acte de reconnaissance est antérieur au mariage, et cependant il y a mauvaise foi de la part de cet époux. Au contraire on applique l'art. 337 alors même que l'autre époux connaissait l'existence de cet enfant. Ce n'est pas logique.

L'art. 337 ne s'applique pas davantage lorsqu'il y a une reconnaissance postérieure à la dissolution du mariage. Ici la solution est encore assez illogique: il faut supposer que le mariage soit dissous par le divorce, ou par la mort du conjoint, puis que l'autre conjoint, le survivant, reconnaisse l'enfant; la reconnaissance de l'enfant naturel produira tous ses effets du moment qu'elle est postérieure à la dissolution; en cas d'ouverture de la succession du père ou de la mère, l'enfant naturel viendra prendre sa part de succession.

Source : BIU Cujas

Section III

Situation des enfants adultérins ou incestueux.

Limitation des droits de l'enfant incestueux ou adultérin à des aliments.

Le Code civil se montre très rigoureux vis-à-vis des enfants adultérins ou incestueux, lorsque le caractère de leur filiation est établi; celà est rare, puisque la loi interdit la reconnaissance volontaire et la recherche en justice de la filiation lorsqu'elle est adultérine ou incestueuse, mais il est des cas où cette filiation peut être établie, notamment en cas de désaveu. Dans le cas où la filiation adultérine ou incestueuse peut être établie, l'enfant est traité par le Code avec la dernière sévérité.

L'art. 762 décide que les enfants adultérins ou incestueux n'ont aucun droit de succession vis-à-vis de leur père ou de leur mère. La loi ne leur accorde que des aliments. Ces aliments sont réglés (art. 763) eu égard aux facultés du père et de la mère, au nombre et à la qualité des héritiers légitimes.

En outre l'art. 908, alinéa 3, interdit au père ou à la mère de donner autre chose à l'enfant adultérin ou incestueux qu'une pension alimentaire. "Les enfants adultérins ou incestueux ne pourront "rien recevoir par donation entre vifs ou par tes- "tament au-delà de ce qui leur est accordé par les "articles 762 et suivants", c'est-à-dire des aliments.

Validité de l'engagement pris par l'auteur de l'enfant adultérin ou incestueux de subvenir aux besoins de celui-ci.

La jurisprudence admet que, sans avoir reconnu l'enfant, (ce qui ne serait pas possible d'ailleurs) le père adultérin peut prendre l'engagement de pourvoir à ses besoins. Il y a là une obligation de conscience, dit la jurisprudence, une obligation naturelle qui a une cause licite et qui est susceptible d'être transformée par un engagement précis en obligation civile. Evidemment le père adultérin ne peut pas reconnaître l'enfant; on ne peut pas exercer contre lui une action en recherche de paternité. Mais ce qui est possible c'est que ce père adultérin prenne l'engagement de subvenir aux besoins de cet enfant; cet engagement est valable (Cas. 9 juillet 1935, Sirey, 1936, I, 29).

En dehors du cas où le père ou la mère s'est en

Source : BIU Cujas

gagé à verser une pension alimentaire, l'enfant adultérin ou incestueux ne peut réclamer que des aliments. Il peut en réclamer à la succession de ses père et mère, il pourrait leur en réclamer de leur vivant, cela va de soi.

Puissance paternelle sur les enfants adultérins ou incestueux

Beaucoup d'auteurs admettent que là se bornent les rapports des parents et des enfants adultérins ou incestueux. Ces auteurs, notamment, décident que les père et mère adultérins ou incestueux n'ont aucun droit de puissance paternelle vis-à-vis de leurs enfants. Mais c'est une solution tout à fait excessive et que la loi ne commande pas. La loi n'interdit pas aux parents adultérins ou incestueux d'élever leurs enfants; par conséquent il paraît bien difficile de les priver des droits nécessaires à cet effet; droit de garde, droit de correction, et même tutelle si l'enfant a des biens qu'il s'agit d'administrer. Il faut donc admettre qu'au point de vue de la puissance paternelle, la situation de l'enfant adultérin ou incestueux ne diffère pas de celle de l'enfant naturel simple. D'ailleurs la loi de 1907, qui a réglé la puissance paternelle sur les enfants naturels ne fait aucune distinction sur la qualité de l'enfant, suivant qu'il est naturel simple, adultérin ou incestueux. Il faut donc admettre que les dispositions de la loi de 1907 sont applicables à cet enfant comme aux enfants naturels simples.

En somme, les enfants adultérins ou incestueux ont tout intérêt à ce que leur filiation ne soit pas établie, sauf dans le cas où leur filiation est établie en vue de la légitimation. A part cela, puisqu'ils sont privés de toute espèce de droits de succession, de tout droit de recevoir des libéralités, il vaut mieux que leur filiation ne soit pas établie, en ce cas ils pourront recevoir des libéralités sans se voir opposer les dispositions restrictives du Code Civil.

Source : BIU Cujas

III

LA FAMILLE ADOPTIVR

Base artificielle de la famille adoptive. Définition de l'adoption

Alors que la famille légitime et la famille naturelle reposent l'une et l'autre sur l'union des sexes, la famille adoptive résulte d'un lien purement artificiel créé par un contrat, le contrat d'adoption.

Aubry et Rau définissent l'adoption un acte juridique, qui crée entre deux personnes un rapport analogue à celui qui résulte de la paternité et de la filiation légitime. L'enfant adoptif sera dans la situation approximative d'un enfant légitime, avec cette différence qu'il n'aura aucun lien de parenté avec les parents de ses père et mère adoptifs.

L'adoption en droit romain

Largement pratiquée dans la société romaine, l'adoption était tombée en complète désuétude dans notre ancien droit. On n'en avait guère besoin, les familles étant nombreuses.

L'adoption est une institution quelque peu archaïque, usitée surtout dans les sociétés primitives où la nécessité de maintenir le culte des ancêtres fait à une personne sans enfant le devoir religieux de se créer une postérité artificielle par l'adoption.

Ainsi s'explique que, dans la pure conception romaine, l'adoption, sous l'une ou l'autre de ses formes, adrogation ou adoption, fit passer entièrement l'adopté de sa famille naturelle dans la famille de l'adoptant. Dans la conception primitive du droit romain, l'adopté cessait de faire partie de sa famille naturelle, il entrait complètement dans la famille de l'adoptant.

C'est la Révolution qui dès 1792 a remis en honneur l'adoption: sentimentalité et imitation de l'Antiquité, voilà les deux raisons qui ont amené la Révolution à rétablir l'adoption qu'ignorait l'ancien droit à peu près complètement. Mais la Révolution n'a pas réglementé l'adoption. Plus exactement c'est seulement en l'an XI qu'on a fait une loi pour réglementer les adoptions postérieures à 1792 et antérieures au Code civil .

Lors de la rédaction du Code civil, l'adoption fut vivement combattue par certains. Mais on décida finalement de l'introduire dans le Code. Bonaparte ne

Source : BIU Cujas

Admission de l'adoption dans le C.C. Différences de conception avec l'adoption romaine

fut pas étranger à cette solution; il envisageait évidemment le cas où il n'aurait pas d'enfant pour lui succéder.

L'adoption, telle que l'a conservée le Code civil, est une institution très éloignée de celles qu'ont connues les sociétés antiques. Dans la véritable conception romaine l'adoption imite la nature; elle fait sortir l'adopté de sa famille pour le faire entrer dans la famille de l'adoptant où il tient la place d'un enfant que l'adoptant aurait pu avoir par le mariage.

Le Code civil a une autre conception de l'adoption. C'est celle qu'a connue le Droit de Justinien sous forme de l'adoption "minus plena". L'adoption n'opère plus changement de famille; l'adopté reste dans sa famille naturelle et il y conserve notamment ses droits de succession. L'adoption ne crée de rapports de filiation et de parenté qu'entre l'adopté et l'adoptant. Elle confère un droit de succession à l'adopté vis-à-vis de l'adoptant, mais droit de succession qui n'est pas réciproque. L'adoptant ne peut pas succéder à l'adopté; la succession de l'adopté va à sa famille naturelle. Si bien qu'on a pu dire qu'en France l'adoption n'est guère qu'une forme irrévocable du testament, jointe à la dation du nom, puisqu'en somme le droit principal de l'adopté vis-à-vis de l'adoptant est de recueillir la succession de celui-ci. L'adoptant confère à l'adopté un droit irrévocable à sa succession; il lui confère son nom, et c'est tout. Mais l'adopté n'a aucun rapport avec les parents de l'adoptant, et l'adoptant n'a aucun droit de succession vis-à-vis de l'adopté. C'est une institution d'une portée assez restreinte.

D'autre part le Code civil avait encore réduit la portée de l'adoption en ne l'admettant qu'au profit des majeurs. L'adoption des mineurs était interdite, ou en tout cas elle n'était possible que sous la forme exceptionnelle de l'adoption testamentaire, qui supposait l'institution préalable d'une tutelle officieuse.

Enfin le Code avait soumis l'adoption à des conditions de fond et de forme qui n'étaient guère de nature à la faciliter.

La loi du 19 Juin 1923. Simplification des conditions et des formes

Aujourd'hui la législation du Code civil a été renouvelée par une loi du 19 Juin 1923, dont les dispositions ont remplacé dans le Code civil les textes originaires.

C'est à la suite de la guerre de 1914 qui avait rendu orphelins de nombreux enfants qu'on a jugé nécessaire de faciliter l'adoption. De là la loi de 1923.

Sans doute la loi de 1923 n'a pas changé la conception de l'adoption; celle-ci conserve ses effets restreints dans les rapports de l'adoptant et de l'adopté

Source : BIU Cujas

Mais ce sont les conditions de l'adoption qui ont été simplifiées et modifiées d'abord en ce sens qu'aujourd'hui l'adoption des mineurs est devenue possible, puis en ce sens que les conditions de fond et de forme de l'adoption ont été simplifiées. Par contre la conception de l'adoption créatrice de rapports exclusifs entre l'adoptant et l'adopté n'a pas été modifiée. Les adoptions ont été plus nombreuses depuis la loi de 1923 qu'auparavant.

Nous allons étudier les conditions de l'adoption, puis ses effets.

§ 1 - Conditions de l'adoption

I - Conditions de fond.

La condition primordiale, c'est le consentement des parties. L'adoption ne peut jamais être forcée.

Le consentement des parties

Il faut que l'adoptant et l'adopté consentent. Si l'adopté est trop jeune, puisqu'aujourd'hui on peut adopter des mineurs, il faut que son représentant légal consente pour lui. Lorsque le mineur a 16 ans, il doit figurer lui-même à l'acte; c'est un de ces actes dans lequel le mineur doit figurer personnellement à partir de 16 ans; on ne pourrait passer outre à son refus.

Pour que l'adoption puisse être réalisée, outre le consentement, il faut que certaines conditions soient réunies soit en la personne de l'adoptant, soit en la personne de l'adopté.

A - Conditions relatives à l'adoptant.

1-Conditions d'âge

1°- L'adoptant doit être âgé de 40 ans accomplis, et avoir au moins 15 ans de plus que la personne qu'il s'agit d'adopter (art. 344 nouveau). Le Code civil, dans son texte originaire, n'admettait l'adoption qu'à partir de 50 ans, âge auquel on était jugé avoir peu de chances d'avoir des enfants. On ne peut en effet adopter que si l'on n'a pas d'enfant légitime. On a abaissé la limite d'âge aujourd'hui à 40 ans. Mais il faut toujours que l'adoptant ait 15 ans de plus que l'adopté, tout simplement parce qu'on n'a pas voulu que la fiction fût trop en désaccord avec la nature; il a paru singulier que l'adopté pût avoir le même âge que son père ou sa mère adoptif.

2-Absence de descendance légitime ou légitimée

2°- Il faut que l'adoptant n'ait à l'époque de l'adoption ni enfant ni descendant légitime (art.344). L'adoption n'est donc permise qu'à celui qui est sans postérité légitime. Au contraire l'existence d'un

Source : BIU Cujas

enfant naturel reconnu ou d'un premier enfant adoptif ne serait pas un obstacle à l'adoption. La loi fait donc ici une faveur à la famille légitime. Aux enfants légitimes il faut assimiler les enfants légitimés par mariage subséquent; eux aussi mettent obstacle à l'adoption. Cependant il y a une différence entre l'enfant légitime et l'enfant légitimé. L'enfant ou le descendant légitime met obstacle à l'adoption dès l'instant de sa conception; par cela seul que l'enfant légitime était conçu au jour de l'adoption, l'adoption est nulle. Tandis que l'enfant légitimé n'empêche l'adoption qu'à compter de sa légitimation, c'est-à-dire au jour du mariage. Si l'adoption est réalisée par le père alors que l'enfant est simplement conçu et que le mariage n'a pas encore été célébré avec la mère, l'adoption est valable, C'est la conséquence du principe que la légitimation ne produit ses effets qu'au jour du mariage.

Supposons qu'une personne sans descendant légitime ait réalisé une adoption, l'adoption est valable et elle subsistera quand bien même il surviendrait par la suite à l'adoptant un enfant légitime. Le cas s'est déjà présenté; il est d'autant plus possible que l'adoption est maintenant permise à partir de 40 ans.

3-Consentement du conjoint de l'adoptant

3° - Troisième condition: lorsque l'adoptant est marié, il doit obtenir le consentement de son conjoint (art. 347): Nul époux ne peut adopter qu'avec le consentement de l'autre époux.

Deux époux peuvent adopter simultanément, mais il est possible que l'un d'eux seulement adopte, soit le mari, soit la femme. En pareil cas, il faut nécessairement le consentement de l'autre époux. Cela se comprend, parce que l'enfant adoptif aura des relations avec le ménage, sans compter qu'il pourra porter atteinte aux droits successoraux de l'autre époux. Si le conjoint de l'adoptant refuse son consentement, l'adoption n'est pas possible.

Telles sont les seules conditions requises en la personne de l'adoptant. Par ailleurs, l'adoption est permise aux femmes comme aux hommes, elle est permise aux célibataires comme aux gens mariés, elle est permise simultanément à deux époux.

B-L'Adopté

B- Conditions relatives à l'adopté.

1)Différence d'âge avec l'adoptant

1 - L'adopté doit avoir 15 ans de moins que l'adoptant.

2)Indifférence du sexe ou de la nationalité de l'adopté.

2 - L'adopté peut être de l'un ou de l'autre sexe; il peut être français ou étranger. L'article 345 décide qu'un Français peut adopter un étranger, ou être adopté par un étranger. Mais l'adoption n'entraîne pas changement de nationalité.

« Les Cours de Droit »
3 Place de la Sorbonne, 3
Source : BIU Cujas
Répétitions écrites et orales
Reproduction Interdite
Y

Enfin on peut adopter un majeur ou un mineur. Sur ce point la législation du Code civil a été modifiée en 1923. Le Code civil n'admettait en principe que l'adoption des majeurs; il considérait qu'il fallait le consentement de l'adopté lui-même.

Adoption d'un mineur Consentement nécessaire de ses deux parents.

Du moment que la loi admettait l'adoption des mineurs, il était nécessaire de réglementer cette adoption. De là les dispositions des articles 348 à 350 qui exigent le consentement des parents de l'enfant mineur qu'on va adopter. Les règles qui ont été prescrites par la loi sur le consentement des parents sont inspirées dans une large mesure, mais pas complètement, de celles qui ont été admises pour le mariage des mineurs.

L'art. 348 dispose: "Si la personne à adopter est mineure et a encore ses père et mère, ceux-ci doivent consentir l'un et l'autre à l'adoption". Par conséquent si l'enfant a encore ses père et mère, il faut le consentement des deux; différence avec le mariage, où le partage emporte consentement; l'adoption ne peut avoir lieu que si le père et la mère consentent l'un et l'autre. Si l'un d'eux refuse, l'adoption est impossible.

Si l'un des père et mère est décédé ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit.

Cas où les parents sont divorcés

Si les père et mère sont divorcés, ou séparés de corps, on applique une règle que le Code admettait autrefois en matière de mariage mais qu'il n'admet plus aujourd'hui; il suffit du consentement de l'époux qui a obtenu le divorce à son profit et qui a la garde de l'enfant; il faut que ces deux conditions soient réunies. Si l'une de ces deux conditions fait défaut, il faudra le consentement de l'autre époux.

Si le mineur n'a plus ni père ni mère, ce qui est fréquent en matière d'adoption, nous rencontrons une différence avec la législation du consentement à mariage; les autres ascendants n'ont pas à intervenir (Art. 350); le consentement est donné par le conseil de famille.

Adoption d'un enfant naturel

Voilà pour le cas d'un enfant légitime.

L'enfant qu'on se propose d'adopter peut être un enfant naturel. Si le mineur est un enfant naturel qui n'a pas été reconnu ou qui après l'avoir été a perdu ses père et mère, ou dont les père et mère ne peuvent manifester leur volonté, c'est le conseil de famille c'est-à-dire le tribunal, qui donnera le consentement

Si l'enfant n'a été reconnu que par son père ou par sa mère, c'est celui-là qui donnera le consentement. S'il a été reconnu par les deux, il suffira du consentement de celui qui exerce la puissance paternelle.

Source : BIU Cujas

Si le mineur est un pupille de l'Assistance publique, cas fréquent, le consentement est donné par le Conseil de famille prévu par la loi du 27 Juin 1904; commission de 7 membres nommés par le conseil général.

Adoption d'un majeur

Si l'adopté est majeur, c'est lui-même qui donne son consentement.

Avant la loi du 18 Février 1938, une femme mariée ne pouvait être adoptée qu'avec l'autorisation de son mari ou de justice. Aujourd'hui la femme a pleine et entière capacité sur ce point.

3-Pas d'adoption antérieure sauf de la part de deux époux

3 - Troisième condition: pour être valablement adopté, l'adopté ne doit pas avoir été l'objet d'une adoption précédente, à moins qu'il n'ait été antérieurement adopté par l'époux de l'adoptant. L'art. 346 décide en effet que nul ne peut être adopté par plusieurs, si ce n'est par deux époux. Deux époux simultanément ou successivement peuvent adopter le même enfant. Mais on n'admet pas que, hors ce cas, une personne puisse bénéficier de deux ou plusieurs adoptions. On n'a pas voulu que l'adoption devienne une sorte d'exploitation.

Telles sont les conditions requises quant à la personne de l'adoptant et à la personne de l'adopté

L'adoption peut être réalisée sans qu'on ait à rechercher si l'adoptant et l'adopté sont parents ou étrangers l'un à l'autre; par exemple un oncle peut adopter son neveu ou sa nièce; mais un individu peut adopter un autre individu qui lui est complètement étranger.

L'adoption d'un enfant naturel par l'auteur qui l'a reconnu

C'est une question qui a été longtemps discutée au cours du XIXème siècle que de savoir si un enfant naturel dont la filiation est légalement établie peut être adopté par son père ou par sa mère. Quel est l'intérêt d'une semblable adoption? L'intérêt à peu près exclusif, c'est de conférer à l'enfant dans la succession du père ou de la mère les droits héréditaires qu'aurait un enfant légitime. Est-ce possible? Sans doute un moyen plus simple pour conférer à l'enfant naturel la situation d'enfant légitime serait de recourir à la légitimation. Mais celle-ci n'est pas toujours possible, si l'autre parent est décédé, ou bien si l'autre est indigne et que le mariage ne soit pas moralement possible. Dès lors la question s'était posée de savoir si le père ou la mère naturel pouvait adopter son enfant.

On l'a nié autrefois en disant: 1°- Qu'il y a incompatibilité entre la qualité d'enfant naturel et celle d'enfant adoptif, qu'un même individu ne peut être l'un et l'autre à la fois; 2° - On ajoutait qu'une semblable adoption est nécessairement destinée à tourner l'incapacité qui, aux termes de l'art. 908, frappe les enfants naturels, l'incapacité de recevoir tout

Source : BIU Cujas

moins par donation au-delà de ce que la loi leur accorde par succession. Ce dernier argument a perdu de son importance aujourd'hui puisque l'enfant naturel peut recevoir la quotité disponible par testament.

Comme la loi ne défend pas l'adoption d'un enfant naturel, il faut admettre la validité de cette adoption. Un enfant naturel peut être adopté par son père ou sa mère. La Cour de cassation a changé d'opinion à différentes reprises. En 1841 elle avait admis la validité de l'adoption de l'enfant naturel par son père ou sa mère; en 1843 elle a consacré la solution contraire; en 1846 elle a de nouveau consacré la validité de l'adoption de l'enfant naturel. La loi de 1923, chose curieuse, n'a pas tranché la controverse, sans doute parce que ses rédacteurs ont estimé que depuis 1846 la question était jugée.

En tout cas lorsque le père naturel a adopté son enfant, celui-ci ne peut plus être adopté ensuite par la mère, puisque nul ne peut être adopté par plusieurs, si ce n'est pas deux époux; or, ici le père et la mère ne sont pas mariés.

D'ailleurs, il y a toujours possibilité de refuser l'adoption d'un enfant naturel puisque, comme nous allons le voir, le tribunal a un pouvoir d'appréciation en cette matière.

2- Conditions de forme de l'adoption.

Les 3 conditions de forme

Les conditions de forme de l'adoption sont au nombre de trois:

1°- La conclusion du contrat d'adoption,
2°- L'homologation du contrat par le tribunal,
3°- La publicité.

1-Contrat authentique

1°- Le contrat d'adoption. - L'adoption résulte d'un contrat (art. 360) et d'un contrat solennel. Le contrat d'adoption peut être reçu soit par le juge de paix du domicile de l'adoptant, soit par un notaire; c'est donc un acte authentique; l'adoption qui serait constatée de tout autre manière n'aurait aucune valeur.

2-Homologation par le tribunal civil

2°- Lorsque l'acte a été passé par devant le juge de paix ou le notaire, cela ne suffit pas; l'acte ainsi rédigé doit être homologué par la justice D'après le texte originaire du Code civil, l'homologation devait être prononcée d'abord par le tribunal de première instance et ensuite par la cour d'appel. Mais la loi de 1923 a apporté une simplification; aujourd'hui en principe l'homologation a lieu par simple jugement du tribunal: la Cour n'intervient que si l'on exerce une voie de recours.

Rôle du tribunal.

Le tribunal qui statue en Chambre du conseil, en

Source : BIU Cujas

dehors de toute audience publique, après s'être procuré les renseignements convenables, vérifié: 1° - si les conditions de fond sont réunies, et 2°- dit l'art. 363, s'il y a de justes motifs d'adoption et si celle-ci présente des avantages pour l'adopté.

Par conséquent le tribunal ne doit pas se borner à constater sur les conditions de fond sont réunies, il doit examiner s'il y a des raisons suffisantes de la part de l'adoptant pour procéder à l'adoption et si l'adoption est de nature à présenter des avantages pour l'adopté. S'il ne paraît pas que ces conditions soient réunies, le tribunal refusera d'homologuer.

Décision du tribunal par un jugement non "motivé". Appel

Lorsque le tribunal statue, soit qu'il homologue, soit qu'il refuse d'homologuer, il ne donne pas de motifs à l'appui de sa décision. On ne veut pas que les raisons qui incitent le tribunal à refuser l'adoption soient rendues publiques. Mais en cas de refus d'homologation, chacune des parties, adoptant ou adopté, peut, dans les deux mois qui suivent le jugement, déférer le jugement de refus à la cour d'appel. C'est le seul cas aujourd'hui où la Cour d'appel ait à intervenir.

Si l'adoption a été homologuée par le tribunal, ni l'adoptant ni l'adopté ne peuvent se pourvoir; ils sont liés par le contrat.

3-Publicité

3° -Lorsque l'homologation a été prononcée, il faut encore que l'adoption soit l'objet de plusieurs mesures de publicité. D'abord la publicité qui résulte du fait que le jugement doit être prononcé à l'audience. Ensuite le jugement doit être affiché à la principale porte de l'auditoire du tribunal ou de la Cour. L'adoption doit être insérée dans un journal d'annonces légales du lieu de domicile de l'adoptant.

Enfin, dans les trois mois le dispositif du jugement ou de l'arrêt est transcrit, à la requête de l'avoué qui a obtenu le jugement ou d'une des parties, sur les registres de l'état civil du lieu de naissance de l'adopté. Il s'agit d'une descendance artificielle que se crée l'adoptant, on doit porter le dispositif du jugement à l'état civil du lieu de naissance de l'adopté.

Mort de l'adoptant après le contrat et avant l'achèvement des formalités

Mais voici une complication. Il peut arriver, ou tout au moins c'est une hypothèse prévue par la loi, que l'adoptant vienne à mourir après que le contrat a été passé, mais avant que toutes les formalités aient été accomplies, et notamment avant que l'homologation ait été prononcée par le tribunal. En pareil cas le Code art. 369, dispose que si l'adoptant vient à mourir après le contrat, et après que la requête à fin d'homologation a été présentée au tribunal, l'instruction est continuée et l'adoption admise s'il y a lieu. En somme on continue

Source : BIU Cujas

la procédure comme si l'adoptant n'était pas mort. Seulement les héritiers de l'adoptant peuvent remettre au Procureur de la République tous mémoires et observations pour s'opposer à l'adoption.

Moment auquel l'adoption est réalisée entre les parties à l'égard des tiers.

A quel moment précis est réalisée l'adoption ? L'art. 368 décide que l'adoption ne produit ses effets entre les parties qu'à dater du jugement ou de l'arrêt. Mais les parties sont liées, dit le texte, par l'acte d'adoption. Cela veut dire que dès l'acte d'adoption chacune des parties a un droit acquis à saisir le tribunal pour lui demander l'homologation, sans que l'autre puisse s'y opposer. Les deux parties sont liées par le contrat. Mais jusqu'à l'homologation, les parties peuvent très bien s'accorder pour ne pas saisir le tribunal.

Vis-à-vis des tiers, l'adoption ne leur est opposable qu'à dater de la transcription sur les registres de l'état civil.

Nullité absolue ou relative de l'adoption ....

Quelle est la sanction des conditions de fond et de forme? Lorsqu'une de ces conditions fait défaut, l'adoption est nulle. C'est un contrat. L'adoption est nulle même si elle a été homologuée par le tribunal, si le tribunal ne s'est pas aperçu de l'absence d'une des conditions de fond ou de forme.

La nullité peut être absolue ou relative. Certaines conditions de fond sont sanctionnées par la nullité absolue; par exemple si l'adoptant n'a pas 40 ans, ou s'il n'a pas quinze ans de plus que l'adopté; ou s'il s'agit d'un individu qui avait déjà été adopté par un autre adoptant. Dans tous ces cas la nullité est absolue.

La nullité est relative si le contrat d'adoption est entaché d'un vice du consentement, dol, erreur ou violence; ou encore, sauf controverse, s'il s'agit d'un mineur pour lequel les consentements requis n'ont pas été obtenus . Dans ce dernier cas certains auteurs ont soutenu qi'il y a nullité absolue, mais il semble qu'on doive s'en tenir à la nullité relative.

§ 2 - Les effets de l'adoption

Les effets de l'adoption dans notre droit sont assez restreints; en tout cas beaucoup plus restreints que ceux qu'elle produisait en droit romain.

Les deux principes de la matière

Ces effets peuvent être résumés dans les deux idées suivantes:

1°- L'adopté reste dans sa famille naturelle

2°- L'adoption n'établit en principe de rapports

Source : BIU Cujas

juridiques qu'entre l'adoptant et l'adopté.

I-L'enfant adopté reste dans sa famille selon la nature

1°- L'adopté reste dans sa famille naturelle et y conserve tous ses droits, dispose l'art. 352. "Famille naturelle, entendez par là ses père et mère (il peut s'agir d'un enfant légitime) c'est sa "famille suivant la nature"

Conséquences au point de vue héréditaire.

Il résulte de là notamment que l'adopté conserve tous ses droits de succession dans sa famille naturelle. Il recueille la succession de ses père et mère, des collatéraux, etc..comme s'il n'avait jamais été adopté. A l'inverse, nous le verrons, s'il meurt, sa succession revient en principe à sa famille naturelle.

Cependant la loi du 19 Juin 1923 a apporté sur ce point une exception. Elle a investi l'adoptant des droits de puissance paternelle sur l'adopté mineur. C'est une innovation par rapport à l'état de choses antérieur. Mais, encore une fois, le principe est que l'adoption ne fait pas sortir l'adopté de sa famille suivant la nature.

II-L'adoption ne crée de lien qu'entre l'adopté et l'adoptant

II- L'adoption n'établit en principe de rapports juridiques qu'entre l'adoptant et l'adopté; l'adopté reste étranger, à la famille de l'adoptant.

A - Etudions d'abord les rapports entre l'adoptant et l'adopté.

A -Rapports entre adopté et adoptant

Ces rapports, il faut les envisager à deux points de vue. A cet égard, l'adoption produit des effets généraux qui sont applicables à tous les adoptés majeurs et mineurs, puis elle produit un effet spécial au cas où l'adopté est un mineur.

1°-Effets généraux de l'adoption

1°- Effets généraux applicables à tous les adoptés, qu'ils soient majeurs ou mineurs.

nom de l'adopté

a) En ce qui concerne d'abord le nom de l'adoptant, rappelons la disposition de l'art. 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".

A ce point de vue, il est bon de signaler que l'enfant adoptif a droit aux titres nobiliaires de l'adoptant (Trib. de Saint Brieuc, 3 Janvier 1939; Gaz. Pal. 28 Janvier 1939).

empêchement à mariage

b) L'adoption crée un empêchement de mariage entre l'adoptant et l'adopté (art. 354).

Obligation alimentaire réciproque

c) L'adoption crée entre l'adoptant et l'adopté une obligation alimentaire réciproque. "L'adopté, dit l'art. 356, doit des aliments à l'adoptant s'il est dans le besoin et, réciproquement, l'adoptant doit des

Source : BIU Cujas

aliments à l'adopté". Mais, comme l'adopté ne sort pas de sa famille naturelle, "l'obligation de se fournir des aliments continue d'exister entre l'adopté et ses père et mère(naturels). Cependant (ajoute l'art. 356), les père et mère de l'adopté ne sont tenus de lui fournir des aliments que s'il ne peut les obtenir de l'adoptant". L'adopté dans le besoin a plusieurs débiteurs alimentaires;son père ou sa mère adoptif, puis son père et sa mère naturels. La loi établit ici une hiérarchie. L'adopté doit d'abord s'adresser à l'adoptant pour obtenir des aliments et c'est soulement si l'adoptant est hors d'état de les lui fournir qu'il pourra réclamer ces aliments à ses père et mère.

Obligation d'honorer et respecter l'adoptant

d) L'adopté est soumis à l'obligation d'honorer et de respecter l'adoptant, comme il doit le faire pour ses père et mère naturels. Cela entraîne certaines conséquences au point de vue pénal. C'est ainsi que l'art 299 C.P. qualifie de parricide le meurtre du père ou de la mère adoptif aussi bien que le meurtre du père ou de la mère légitime , ou naturel. De même pour les coups et blessures à ascendants (art. 312).

Droits héréditaires de l'adopté

e) L'adoption confère à l'adopté dans la succession de l'adoptant des droits héréditaires égaux à ceux qu'y aurait un enfant légitime. Par conséquent l'adopté hérite de son père ou de sa mère adoptif exactement comme pourrait le faire un enfant légitime. Il recueille en principe toute la succession de l'adoptant, et en tout cas il a la qualité d'héritier réservataire.

Droit de retour légal de l'adoptant

Par contre, l'adoptant n'acquiert aucun droit de successibilité sur les biens de l'adopté. La succession de l'adopté est dévolue à sa famille naturelle, et même si l'adopté n'avait ni parents au degré successible ni conjoint, sa succession est recueillie par l'État et non par l'adoptant. Toutefois, la loi accorde à l'adoptant le droit de reprendre à certaines conditions dans la succession de l'adopté les biens qu'il avait donnés à ce dernier. Art. 358: "Si l'adopté meurt sans descendants légitimes, les choses données par l'adoptant, ou recueillies dans sa succession, et qui existent en nature lors du décès de l'adopté, retournent à l'adoptant..." C'est ce que l'on appelle le droit de retour légal.

Voici un adopté qui meurt sans postérité; en principe ses biens sont recueillis par ses héritiers naturels, son père ou sa mère ou ses parents dans l'ordre de la nature; sa succession n'est pas recueillie par l'adoptant. Mais si certains biens avaient été donnés par l'adoptant à l'adopté, l'adoptant peut reprendre, en vertu d'un droit de retour, les biens qu'il avait donnés à l'adopté, du moment que ces biens existent en nature dans la succession de l'adopté et à la condition que cet adopté ne laisse pas de descendant légitime.

Source : BIU Cujas

Régime fiscal de la succession de l'adoptant.

En ce qui concerne le droit de succession de l'adopté sur les biens de l'adoptant, signalons une règle fiscale d'un caractère particulier. L'adopté est exactement dans la situation d'un enfant légitime vis-à-vis de l'adoptant; il recueille la succession de l'adoptant comme le fait un enfant légitime. Mais à ce principe une loi du 16 Avril 1930 a apporté une exception au point de vue fiscal. Les adoptions s'étaient multipliées depuis la loi de 1923, au point d'inquiéter le fisc. Certaines personnes adoptaient des collatéraux en vue de les transformer en descendants et de réduire le montant des droits de succession. Mais le fisc ne tarda pas à réagir. De là les dispositions de la loi du 16 Avril 1930, article 22, qui a passé dans l'article 420 du Code de l'Enregistrement. Cette loi décide que pour liquider les droits de mutation sur les transmissions à titre gratuit entre l'adoptant et l'adopté, on ne tiendra pas compte du lien de parenté résultant de l'adoption. Par conséquent si l'adopté n'avait aucun lien de parenté avec l'adoptant, le fisc percevra le droit de mutation pour les successions entre étrangers. Si l'adopté était un simple collatéral de l'adoptant, le droit de mutation sera celui prévu pour les successions échues aux collatéraux et non pas pour les successions échues aux descendants au premier degré.

Exception n'est faite à cette règle que dans le cas où l'adopté est un enfant du premier mariage du conjoint de l'adoptant; ou encore lorsque l'adopté est un pupille de la nation, ou un orphelin de père mort pour la France; ou enfin lorsque l'adopté a reçu de l'adoptant, dans sa minorité et pendant six ans, des secours et des soins non interrompus. Dans ces cas-là, le fisc ne perçoit que les droits afférents aux successions entre père et mère et enfant.

2°-Adoption d'un mineur

2°- Nous arrivons maintenant à l'effet spécial du cas où l'adopté est mineur. Cet effet est une innovation de la loi de1923; jusque là le Code civil ne permettait que l'adoption des majeurs; depuis la loi de 1923 l'adoption d'un mineur est possible. La loi de 1923 qui admettait l'adoption des mineurs a dû déterminer qui exercerait la puissance paternelle sur l'adopté.

Attribution à l'adoptant de tous les droits résultant de la puissance paternelle

Art. 352: "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 à l'égard de l'adopté, ainsi que du droit de consentir au mariage de l'adopté".

Là se borne la disposition de la loi, disposition dont l'application est de nature à soulever de nombreuses difficultés.

Reproduction interdite

Tout d'abord on a soutenu que la loi n'a entendu attribuer à l'adoptant que les droits prévus au Titre du Code "De la puissance paternelle", c'est-à-dire le droit de garde, le droit de correction et le droit de jouissance légale. En conséquence, l'adoptant n'aurait pas le droit d'administration légale sur les biens de son enfant adoptif. C'est qu'en effet l'administration légale est prévue par l'art. 389 au titre "De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation"; d'autre part, l'adoptant n'aurait pas le droit d'émanciper l'adopté.

Cette thèse restrictive ne paraît guère admissible. Ce sont tous les attributs de la puissance paternelle que le législateur a entendu conférer à l'adoptant. La loi ne distingue pas. Or on est d'accord pour admettre que l'administration légale est un des droits essentiels qui résultent de la puissance paternelle.

Régime des biens de l'adopté. Administration légale ou tutelle

Mais si l'on admet que l'adoptant est investi du droit de gérer les biens de l'adopté, une autre difficulté se présente: celle de savoir quand l'adopté doit être soumis à l'administration légale ou à la tutelle.

Il faut distinguer ici plusieurs cas.

a) Adoption d'un enfant soumis à l'administration légale

Premier cas: Au moment où il a été adopté, l'enfant était placé sous le régime de l'administration légale, ce qui suppose que l'adopté est un enfant légitime ayant encore son père et sa mère. Cet enfant était placé sous l'administration légale. En ce cas, dans notre opinion l'adoptant devient administrateur légal, puisqu'il est investi des droits de la puissance paternelle.

Mais on a soutenu, notamment Beudant, qu'il faut appliquer en cette matière des regles semblables à celles concernant la famille légitime. Si l'adopté a été adopté par deux époux, ce sera le régime de l'administration légale; mais s'il n'a été adopté que par un époux, ou par une personne non mariée, l'adoptant n'administrera qu'en qualité de tuteur.

b) Adoption d'un pupille

Deuxième cas: Lors de l'adoption, l'adopté était en tutelle, parce que c'était un enfant naturel ou parce que c'était un enfant légitime qui n'avait plus son père ou sa mère, ou qui était orphelin de père et de mère; on paraît d'accord pour admettre en ce cas que l'adoption ne change rien à cette situation. L'adopté reste en tutelle; il était en tutelle avant l'adoption, il reste en tutelle après l'adoption.

Mais disent certains auteurs, et notamment Savatier, l'adoptant deviendra tuteur légal, car il trouve dans la puissance paternelle qui lui est dévolue la vocation à la tutelle légale que le Code reconnaît au père ou à la mère de l'adopté. C'est l'adoptant qui deviendra le tuteur légal de cet enfant.

Source : BIU Cujas

Cette solution est rejetée par les auteurs et par les arrêts, qui refusent à l'adoptant tout droit à l'administration des biens de l'adopté. Pour eux il n'y a pas de changement de tuteur, puisque jamais l'adoptant ne peut administrer, ni comme administrateur légal, ni comme tuteur, les biens de l'enfant.

Conséquence du décès de l'adoptant pendant la minorité de l'adopté

En tout cas, en cas de décès de l'adoptant survenu pendant la minorité de l'adopté, la puissance paternelle, décide l'art. 352, revient de plein droit aux ascendants de celui-ci. Cela suppose évidemment que l'adopté a encore son père ou sa mère naturel. Si l'adoptant vient à décéder, la puissance paternelle disparaît, en la personne de l'adoptant, et elle revient au père ou à la mère naturel.

Toutefois, cette disposition ne s'appliquerait pas, semble-t-il, si l'enfant avait été adopté par deux époux. La mort de l'un de ces époux aurait pour conséquence que la puissance paternelle serait dévolue à l'autre. La mort du père adoptif aurait pour conséquence que la puissance paternelle serait dévolue à la mère adoptive. Mais si le père et la mère adoptifs meurent l'un et l'autre, ou si l'enfant n'a été adopté que par une personne qui décède, la puissance paternelle revient au père et à la mère naturels.

Au cas de décès de l'adoptant l'art. 352 assimile l'interdiction de l'adoptant et la disparition de celui-ci judiciairement constatée, c'est-à-dire l'absence.

B- L'adopté est étranger à la famille de l'adoptant

B - L'adopté reste étranger à la famille de l'adoptant.

A l'égard des parents de l'adoptant, l'adoption ne produit pas plus d'effet que la reconnaissance d'un enfant naturel, qui ne place pas l'enfant dans la famille du père ou de la mère qui l'a reconnu.

Absence de droits de succession et d'obligation alimentaire.

Il résulte de là en premier lieu que l'adopté n'acquiert aucun droit à la succession des parents de l'adoptant (art. 357). A l'inverse, les parents de l'adoptant n'ont aucun droit à la succession de l'adopté, à l'exception cependant du droit de retour légal qui est prévu par l'article 358.

Ce texte suppose que l'adoptant est mort et que l'adopté a recueilli sa succession. Puis l'adopté décède à son tour sans laisser de descendant légitime. En pareil cas ses biens vont en principe à ses parents naturels. Mais les descendants de l'adoptant, s'il y en a, peuvent reprendre, en vertu d'un droit de retour légal, les biens que l'adopté avait recueillis dans la succession de l'adoptant (art. 358).

En second lieu, l'adopté n'ayant aucun rapport avec la famille de l'adoptant, il n'existe aucune obligation alimentaire entre l'adopté et les ascendants de l'adoptant.

Source : BIU Cujas

Empêchements à mariage

Au principe que l'adopté reste étranger à la famille de l'adoptant et l'adoptant à la famille de l'adopté, le Code apporte une exception en établissant certains empêchements de mariage, qui sont prévus par l'art. 354. Le mariage est prohibé entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant, et réciproquement entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté, etc..Ces empêchements sont fondés plutôt sur des raisons de moralité que sur une véritable parenté ou alliance civile.

Révocation de l'adoption

L'adoption peut être révoquée. C'est une innovation de la loi du 19 Juin 1923. Jusque là l'adoption, du moment qu'elle était valable, était irrévocable. Aujourd'hui (art. 370) la révocation de l'adoption peut, si elle est justifiée par des motifs très graves, être prononcée par le tribunal, sur la demande de l'adoptant ou sur celle de l'adopté. Il faut qu'il y ait des raisons très graves.

La révocation fait cesser pour l'avenir tous les effets de l'adoption. Les dispositions du jugement qui révoque l'adoption doivent être publiées dans les mêmes conditions que doit l'être l'adoption elle-même.

Signalons en terminant que l'adoptant qui est investi de la puissance paternelle sur l'adopté mineur peut être déchu de cette puissance paternelle dans les cas où cette déchéance peut être prononcée.

L'AUTORITE DE LA CHOSE JUGEE EN MATIERE D'ETAT ET DE CAPACITE DES PERSONNES

L'autorité de la chose jugée;sa portée relative. Ce principe s'applique-t-il aux jugements rendus en matière d'état ou de capacité?

Les jugements rendus en matière contentieuse ont autorité de chose jugée en ce sens que la question tranchée par le tribunal ne peut plus être soulevée de nouveau; que le tribunal ait bien ou mal jugé, peu importe, ce qui a été jugé est jugé et ne peut plus être remis en question. Il ne faut pas que les procès durent indéfiniment et puissent être indéfiniment renouvelés. On ne peut pas remettre en question ce qui a été définitivement jugé.

Mais (Art. 1351 C.C.) l'autorité de la chose jugée est purement relative. Cette relativité existe à différents points de vue, mais le seul qui nous occupe c'est que la chose jugée n'a d'effet qu'à l'encontre et au profit des personnes qui ont été parties à l'instance. La chose jugée n'est pas opposable à toute personne quin'a pas été partie ou représentée à l'instance.

Exemple: Primus a revendiqué contre Secundus, la

Source : BIU Cujas

propriété d'un immeuble et il a été jugé par le tribunal que Primus était bien le propriétaire de cet immeuble. Il y a chose jugée entre Primus et Secundus; Secundus ne pourra pas remettre la propriété en question. Mais ce qui a été jugé entre Primus et Secundus n'a pas été jugé vis-à-vis d'une tierce personne; en particulier une troisième personne qui n'a pas été partie à l'instance, Tertius, pourrait faire juger que ce n'est pas Primus qui est le véritable propriétaire de l'immeuble, mais que c'est lui, Tertius. Ce qui a été jugé entre Primus et Secundus n'est pas opposable à Tertius, qui dans un autre procès pourra remettre en question la propriété de l'immeuble.

On se demande si le principe de l'autorité relative de la chose jugée s'applique aux jugements statuant sur l'état des personnes, tel qu'un jugement reconnaissant la filiation légitime ou naturelle d'une personne. Par exemple un enfant a fait reconnaître en justice qu'il est l'enfant naturel du défendeur Primus; l'autorité de ce jugement est-elle purement relative, si bien qu'une autre personne intéressée à contester la filiation de l'enfant pourrait remettre en question cette filiation sans qu'on puisse lui opposer le jugement précédemment rendu? Ne faut-il pas admettre, au contraire, que le jugement constatant la filiation a une autorité absolue, par dérogation au principe de la relativité de la chose jugée posé dans l'art. 1351.

En un mot, le principe de l'autorité de la chose jugée s'applique-t-il aux jugements statuant sur l'état ou la capacité des personnes comme aux jugements statuant sur la propriété ou sur l'existence d'une créance. Ou bien faut-il admettre que ces jugements ont une autorité absolue, par dérogation au principe de l'art. 1351?

Les inconvénients de l'autorité relative de la chose jugée en matière d'état.

En faveur de l'autorité absolue des jugements concernant l'état des personnes, on invoque les conséquences fâcheuses qu'entraînerait en cette matière le principe de l'autorité relative. Une personne dont l'état a été constaté par le tribunal pourrait voir cet état remis en question par de nouveaux contradicteurs qui n'auraient pas été mis en cause dans le premier procès. Si l'on admettait le principe de l'autorité relative, c'est ce qui arriverait.

On en trouve un exemple dans un arrêt de la Cour de cassation du 23 Avril 1925 (S.1927.I.97). Il s'agissait d'un enfant naturel dont la filiation avait été reconnue par un jugement. Il avait été jugé que le défendeur était le père naturel de cet enfant. Or, celui qui avait été déclaré le père avait fait un legs important à un tiers, legs qui excédait la quotité disponible, et susceptible d'être réduit à la demande de l'en-

Source : BIU Cujas

fant naturel, héritier réservataire de son auteur. L'enfant naturel pouvait-il opposer au légataire le jugement constatant la filiation? Ou bien au contraire le légataire qui n'avait pas été partie à l'instance était-il en droit d'opposer l'art. 1351 à cet enfant naturel et de soutenir que le jugement constatant la filiation ne lui était pas opposable? Dans ce dernier cas, ce légataire pouvait, s'il en avait le moyen, démontrer à son égard que l'enfant n'était pas le fils ou la fille de celui qui lui avait fait cette libéralité, que l'enfant par conséquent n'était pas recevable à faire réduire la libéralité qui lui avait été faite. En somme, ce qui avait été jugé entre le père et l'enfant pouvait-il être remis en question par le tiers bénéficiaire de la libéralité? Voilà le problème.

Si le légataire devait réussir dans sa prétention, on pouvait se trouver dans cette situation singulière que l'enfant déclaré par un jugement comme étant le fils de Primus, ne serait pas traité comme tel dans ses rapports avec le légataire.

La théorie du contradicteur légitime dans l'ancien droit

Depuis longtemps on s'est efforcé d'éviter un semblable résultat. Dans l'ancien droit, où la question était déjà discutée, on avait proposé d'admettre qu'un jugement rendu sur une question d'état était opposable à tous, du moment que ce jugement était intervenu entre la personne intéressée et son légitime contradicteur, c'est-à-dire celui qui avait le premier et principal intérêt à combattre sa prétention. C'est la théorie du légitime contradicteur. D'après cette théorie un jugement rendu en matière d'état des personnes a effet erga omnes du moment que le jugement est intervenu entre la personne intéressée et celui qui avait le principal intérêt à combattre sa prétention. Par exemple dans une instance en recherche de paternité ou de maternité, le père ou la mère prétendu est le légitime contradicteur de l'enfant; il est censé représenter tous ceux qui auraient intérêt à contester la prétention de l'enfant; la chose jugée à l'égard du père oude la mère est censée jugée à l'égard de tous.

Cette théorie du légitime contradicteur, qui a été reprise par quelques auteurs depuis le Code civil, est généralement rejetée par la doctrine, et la jurisprudence ne lui est pas favorable. Elle n'a, en effet, aucune base dans la loi et au surplus on peut se demander à quels signes on reconnaîtra le légitime contradicteur. C'est un point sur lequel nos anciens auteurs n'arrivaient pas à s'entendre.

La théorie de l'indivisibilité de l'état

En faveur de l'autorité absolue des jugements rendus en matière d'état et de capacité, on a invoqué un autre argument, tiré de l'idée de l'indivisibilité de l'état des personnes. L'état des personnes, dit-on, est un et

Source : BIU Cujas

indivisible. Une fois reconnu à l'égard d'une personne, l'état s'impose à tous. Une personne est légitime ou illégitime, elle a pour père ou mère telle personne et non telle autre; on ne peut pas être à la fois marié et divorcé, fils de telle mère et étranger à celle-ci. Mais à cette argumentation on a répondu: l'indivisibilité de l'état signifie simplement que chaque individu dans ses rapports avec une personne déterminée ne peut avoir qu'un état unique, être légitime ou naturel, avoir pour père telle personne et non telle autre. Mais il n'en résulte pas qu'un jugement qui reconnaît un état s'impose à l'égard de tous. Il peut être prouvé contre une personne qu'un enfant est le fils de tel père sans que cette preuve soit nécessairement opposable à une autre personne. On peut tirer argument en ce sens de l'art. 100 du Code civil, d'où il résulte qu'un jugement ordonnant la rectification d'un acte de l'état civil n'est opposable qu'aux personnes qui ont été parties à l'instance. Cette disposition indique bien qu'en cette matière le législateur a entendu maintenir le principe de la relativité de la chose jugée.

Opinion générale: Effet relatif des jugements déclaratifs d'état et absolu des jugements constitutifs

Finalement la majorité des auteurs et la jurisprudence font une distinction entre les jugements déclaratifs d'état et les jugements constitutifs d'état ou de capacité.

Les jugements sont généralement déclaratifs. Un jugement est déclaratif d'état lorsqu'il ne fait que reconnaître un état préexistant; par exemple le jugement qui reconnaît la filiation d'une personne ne crée pas cette filiation, il ne fait que constater son existence. De même, le jugement qui admet le désaveu formé par un mari contre l'enfant que sa femme a mis au monde. Ce sont là des jugements qui ne font que constater un état préexistant.

Un jugement est, au contraire, constitutif ou créateur d'état lorsqu'il confère à une personne un état nouveau ou une capacité nouvelle qu'elle n'avait pas jusque là, en un mot lorsque ce jugement modifie l'état ou la capacité antérieur de cette personne. Tel le jugement qui prononce le divorce ou la séparation de corps; ce jugement est constitutif d'un état nouveau, l'état d'époux divorcé ou l'état d'époux séparé. Ou encore le jugement qui prononce la séparation de biens. Ou encore le jugement qui prononce l'interdiction; ce jugement est constitutif d'une capacité nouvelle.

On s'accorde à reconnaître aujourd'hui que les jugements déclaratifs d'état n'ont qu'une autorité relative, restreinte aux parties en cause, en un mot, le principe de la relativité de la chose jugée s'applique aux jugements déclaratifs d'état comme à tous autres jugements constatant un droit de propriété ou

Source : BIU Cujas

l'existence d'une créance, C'est ce qu'a jugé la Cour de Cassation dans l'affaire précitée du légataire (23 Avril 1925; S.1927.I.97).

Par conséquent, la jurisprudence rejette ici la thèse du contradicteur légitime et la thèse de l'indivisibilité de l'état. Cette solution paraît s'imposer, car une personne peut avoir des moyens de preuve dont la partie au procès était dépourvue. Ou bien il peut y avoir eu collusion: un individu a pu se laisser condamner comme étant le père d'un enfant naturel. Il peut y avoir eu une véritable fraude qu'une autre personne, un légataire, peut avoir intérêt à combattre. Par conséquent, en ce qui concerne les jugements déclaratifs d'état, on admet en général, en jurisprudence et en doctrine, aujourd'hui le maintien du principe de la relativité de la chose jugée.

Effet absolu du jugement même déclaratif rendu sur une action qui ne peut être intentée que par une seule personne

Mais il faut bien s'entendre; il est des cas où, par la force des choses, un jugement, même déclaratif d'état, aura une autorité absolue. Il en est ainsi lorsque le droit d'agir est réservé à une seule personne. Nous avons vu notamment qu'il appartient au mari seul de dénier la paternité d'un enfant que sa femme a mis au monde. Au mari seul, appartient l'action en désaveu. Il en résulte que le jugement sur le désaveu s'impose à tous. En effet, une autre personne ne pourrait remettre le jugement en question, puisqu'en cette matière le droit d'agir appartient exclusivement au mari.

D'autre part, il faut tenir compte ici du principe que ce qui a été jugé vis-à-vis d'une personne l'est également vis-à-vis de ses héritiers. Par exemple il est jugé que telle personne est le père ou la mère légitime d'un enfant. La chose jugée vis-à-vis de ce père ou de cette mère est opposable à ses héritiers, donc à ses autres enfants. Par conséquent l'enfant dont la filiation a été établie pourra, en cas de décès du père ou de la mère, venir à la succession de celui-ci avec les autres enfants, puisque ce qui a été jugé vis-à-vis du père ou de la mère est jugé vis-à-vis des autres enfants qui sont les héritiers de ce père ou de cette mère.

Il n'en serait plus de même s'il s'agissait des autres droits de famille de l'enfant, ou d'une autre succession que celle du père ou de la mère. Par exemple un individu déclaré fils légitime dans un procès intenté par lui à son père ne pourrait invoquer le jugement pour venir en qualité de frère à la succession d'un autre enfant de ce même père.

Signalons que Colin et Capitant ont proposé en cette matière un autre système, d'après lequel les jugements rendus en matière d'état auraient un effet provisoire erga omnes, comme il en est des actes de l'état civil, mais ils n'auraient pas l'autorité de la chose

Source : BIU Cujas

jugée en ce sens qu'une personne intéressée pourrait toujours remettre en question la chose jugée en démontrant qu'elle repose sur des faits inexacts.

Justification de l'effet absolu des jugements constitutifs d'état ou de capacité

Arrivons aux jugements constitutifs d'état ou de capacité. On admet en général, et sauf controverse, que les jugements constitutifs d'état ont autorité absolue. Les auteurs expliquent souvent cette solution par cette raison que le jugement constitutif d'état serait un acte d'autorité, un acte de puissance publique; à la différence du jugement déclaratif, par lequel le tribunal se bornerait à constater un état de choses pré-existant, ici il s'agirait d'un acte de puissance publique qui s'imposerait à tous. La raison ne paraît pas bonne; un jugement constitutif d'état est un acte de juridiction comme un jugement déclaratif.

Mais à l'appui de la solution généralement admise, en vertu de laquelle les jugements constitutifs d'état auraient autorité absolue, il faut dire que tout fait créateur d'état est nécessairement opposable à tous. Les faits créateurs d'état sont tantôt des faits naturels comme la naissance, tantôt des actes juridiques volontaires, tels le mariage ou l'adoption, tantôt enfin des jugements, comme c'est le cas du jugement de divorce ou du jugement prononçant l'interdiction d'une personne. De même que la naissance, qui est un fait naturel et le mariage, acte créateur d'état, produisent des effets erga omnes, de même le jugement créateur d'état, Si notamment l'état d'époux créé par le mariage est opposable à tous, il faut évidemment admettre que le jugement de divorce qui modifie cet état est également opposable à tous.

La même solution doit, semble-t-il, être étendue au jugement qui prononce la nullité du mariage, bien qu'il ne s'agisse pas à proprement parler d'un jugement créateur d'état. En ce sens on peut tirer argument du fait que la nullité du mariage peut être demandée par le Ministère public. A quoi servirait-il de permettre au ministère public de provoquer la nullité du mariage si la décision à intervenir n'était pas opposable à tout le monde?

Source : BIU Cujas

Troisième Partie

LE DROIT DES BIENS

Nous abordons l'étude du patrimoine, étude que nous poursuivrons jusqu'à la fin de la 3ème Année.

Définition du patrimoine

On entendu par "patrimoine" l'ensemble des droits qui appartiennent à une personne et des obligations qui lui incombent à la condition que ces droits et ces obligations représentent une valeur pécuniaire.

Pour ne considérer que les droits, les droits qui appartiennent à une personne peuvent être des droits patrimoniaux ou des droits extra-patrimoniaux.

Droits extra-patrimoniaux

Parmi les droits extra-patrimoniaux, dont nous n'avons plus à nous occuper, il faut ranger notamment les droits de la personnalité, droit à l'honneur, droit à la vie, droit à la liberté. Il faut y ranger en principe également les droits de famille, puissance paternelle, droits du tuteur, etc...

Droits patrimoniaux

Tous autres droits figurent dans la catégorie des droits patrimoniaux, notamment le droit de propriété, les autres droits réels, les droits de créance, et les droits intellectuels.

Droits réels et droits de créance

Parmi les droits patrimoniaux, les seuls dont nous ayons à nous occuper ici, une distinction fort importante doit être faite entre les droits réels et les droits de créance, auxquels il faut ajouter une troisième catégorie dans laquelle on range les droits dits intellectuels. Mais laissons de côté pour le moment cette troisième catégorie et ne nous occupons que de la distinction fondamentale entre les droits réels et les droits de créance.

Le droit de créance

Le droit de créance, appelé aussi droit personnel, ou obligation, confère à son titulaire le droit d'exiger d'une autre personne l'accomplissement d'une prestation déterminée.

Exemple: une personne a prêté de l'argent à une autre; celle-ci lui doit le remboursement de la somme prêtée; il ya entre le prêteur et l'emprunteur un lien d'obligation; le prêteur a le droit d'exiger de l'emprunteur le remboursement de la somme prêtée.

Autre exemple: une personne a vendu un objet à une autre. Ici il y a une double obligation réciproque.

Source : BIU Cujas

Le vendeur doit à l'acheteur la livraison de la chose vendue, et l'acheteur doit au vendeur le paiement du prix de vente.

Le titulaire du droit s'appelle le créancier, et la personne tenue d'accomplir la prestation s'appelle le débiteur.

La prestation peut consister dans un fait, par exemple la remise d'une chose, ou l'exécution d'un service; ou dans une abstention; par exemple quand on vend un fonds de commerce le vendeur s'engage à ne pas exercer un commerce similaire, à ne pas faire concurrence à son acheteur.

Le droit réel

Le droit réel confère à son titulaire un pouvoir immédiat et direct sur une chose, et lui permet de tirer de cette chose l'utilité totale, ou une utilité déterminée que la chose est susceptible de procurer.

Le type du droit réel c'est le droit de propriété, qui permet au propriétaire de se servir de cette chose, d'en disposer et même de la détruire.

Autre exemple: l'usufruit, qui permet à l'usufruitier de recueillir les fruits produits par la chose grevée de son droit.

Droits réels principaux et droits réels accessoires

En ce qui concerne les droits réels une distinction doit être faite entre les droits réels principaux et les droits réels accessoires.

Les droits réels principaux sont ainsi appelés parce que, conférant un pouvoir immédiat et direct sur la chose qui en est l'objet, ils permettent d'user de cette chose et d'en tirer tout ou partie des avantages qu'elle peut procurer.

Les droits réels principaux sont: d'abord le droit de propriété, puis tous les droits connus parfois sous le nom de démembrements de la propriété parce qu'ils confèrent à leur titulaire une partie seulement des prérogatives appartenant au propriétaire; ce sont: l'usufruit, l'usage, l'habitation, la servitude, l'emphytéose.

A côté des droits réels principaux il existe des droits réels accessoires, ainsi appelés parce qu'ils sont attachés à un droit de créance qu'ils viennent renforcer en quelque sorte. Ces droits réels accessoires sont: le gage, plus exactement le nantissement, dont le gage est l'espèce la plus importante, le privilège et l'hypothèque.

Le titulaire du droit réel accessoire ne peut user ni jouir de la chose qui est l'objet de son droit. Il n'utilise cette chose qu'au point de vue de sa valeur d'échange, au point de vue de sa valeur pécuniaire. Le créancier hypothécaire ou gagiste pourra faire vendre la chose hypothéquée ou remise en gage et il se paiera par préférence aux autres créanciers de son débiteur sur le prix de cette chose.

Source : BIU Cujas

D'après l'opinion la plus générale,et sauf controverse les droits réels sont en nombre limité; il n'y a pas d'autres droits réels que ceux prévus par la loi. Au contraire, le nombre des droits de créance est théoriquement illimité. Les droits de créance peuvent avoir pour objet des prestations de toutes sortes dont une énumération complète est impossible. La prestation est laissée à l'appréciation des contractants. Les droits de créance ont en effet, pour un grand nombre d'entre eux, leur origine dans une convention; or, rien de plus varié que les conventions.

Comparaison entre droits réels et droits personnels

Voyons quelles sont les principales différences entre les droits réels et les droits de créance. Ces différences existent quant à la nature même de ces droits, quant à leur objet et quant à leurs effets.

1-Quant à leur nature

Il existe entre le droit réel et le droit de créance une différence importante qui tient à leur nature même. Le droit réel constituant un pouvoir direct et immédiat sur une chose, il résulte de là que le titulaire du droit réel se trouve dans une position indépendante, autonome, il n'a rien à exiger de personne, sinon le respect de son droit. Le propriétaire se sert de la chose qui est l'objet de sa propriété, l'usufruitier recueille les fruits, le titulaire d'une servitude de passage passe, sans avoir besoin de recourir à l'intermédiaire de quelqu'un; tout ce qu'il peut exiger c'est qu'on le laisse exercer son droit librement, c'est qu'on n'entrave pas cet exercice. Toute personne est tenue de respecter le droit réel, mais c'est là une obligation purement négative. Tout le monde est tenu vis-à-vis du propriétaire ou du titulaire du droit réel à un devoir général d'abstention. Personne en tout cas n'est tenu à une obligation positive envers le titulaire du droit réel.

Il en est autrement du droit de créance. Le droit de créance suppose essentiellement un rapport entre deux personnes, le créancier et le débiteur. Si j'ai acheté tant de quintaux de blé, il est nécessaire que je m'adresse à mon vendeur pour en obtenir livraison. Il y a donc entre la chose qui est l'objet du droit de créance et le créancier un intermédiaire forcé qui est le débiteur. En un mot le créancier doit s'adresser au débiteur pour obtenir l'exécution de la prestation promise et au besoin contraindre ce débiteur à s'exécuter.

Le droit de créance suppose donc essentiellement deux personnes, dont l'une est tenue à une prestation déterminée au profit de l'autre.

2-Quant à l'objet

Différents quant à leur nature, le droit réel et le droit de créance diffèrent également quant à leur objet. L'objet du droit réel est toujours une chose individuellement déterminée, ou un ensemble de choses individuell

Source : BIU Cujas

ment déterminées, par exemple un champ, une maison, un animal, un livre, les marchandises contenues dans un magasin. On ne peut être propriétaire ou usufruitier que d'un objet individuellement déterminé.

Le droit de créance peut, lui aussi, avoir pour objet une chose individuellement déterminée, un terrain, une maison, mais à la différence du droit réel il peut porter sur des choses déterminées seulement quant à leur genre; tant de quintaux de blé à livrer, mais qui seront livrés postérieurement au contrat; lors de l'exécution, il faudra individualiser le blé, le mettre en sacs et le livrer. On n'est pas propriétaire de blé à livrer, puisque ce blé n'est pas individualisé encore tandis qu'on peut être créancier d'une certaine quantité de blé.

En outre, et surtout, à la différence du droit réel, le droit de créance peut avoir pour objet un fait par exemple l'exécution d'un service ou une abstention.

3-Quant à leurs effets
Attributs propres au droit réel

Le droit réel et le droit de créance diffèrent surtout quant à leurs effets, et c'est sur ce point qu'il faut insister . Le droit réel comporte deux prérogatives qui restent étrangères au droit de créance, à savoir le droit de suite et le droit de préférence.

a) Droit de suite

Tout droit réel comporte en principe le droit de suite et le droit de préférence. En matière immobilière il n'y a pas d'exception en tout cas.

Le droit de suite est la faculté pour le titulaire d'un droit réel d'exercer son droit sur la chose qui en est l'objet en quelques mains que celle-ci se trouve.

Exemple: le propriétaire d'un immeuble peut revendiquer celui-ci s'il est possédé par un tiers; le propriétaire de cet immeuble exercera l'action en revendication. De même le propriétaire d'un meuble corporel peut revendiquer ce meuble s'il a été volé; nous verrons cela en étudiant l'art. 2279 C.C. De même encore le créancier hypothécaire peut saisir l'immeuble en quelques mains qu'il se trouve, même s'il a été aliéné par le débiteur; il le saisira sur le tiers acquéreur, le fera vendre pour se payer par préférence sur le prix.

Au contraire, le titulaire d'un droit de créance n'a pas le droit de suite. Ainsi le créancier chirographaire , c'est-à-dire le créancier qui n'est pas muni d'une sûreté réelle, ne peut saisir l'immeuble aliéné par son débiteur. J'ai un débiteur qui a des biens, il a aliéné un immeuble, je n'ai pas d'hypothèque sur cet immeuble, je ne peux pas suivre l'immeuble entre les mains du tiers acquéreur; cet immeuble est sorti du patrimoine de mon débiteur, je n'ai plus aucune action sur lui. Si j'étais créancier ayant hypothéque sur cet immeuble, je pourrais saisir l'immeuble entre les mains du tiers acquéreur parce que j'aurais le droit de suite étant titulaire d'un droit réel.

Source : BIU Cujas

b-Droit de préférence

En quoi consiste le droit de préférence? Pour bien comprendre ce qu'est le droit de préférence, il faut nous placer en présence d'une personne insolvable. Nous supposons que ce débiteur est propriétaire de différents biens, et notamment d'un immeuble; on va vendre ses biens et notamment ses immeubles. En principe tous les créanciers de ce commerçant ou de ce débiteur sont placés sur un pied d'égalité, c'est-à-dire que le prix de l'immeuble, par exemple, s'il est insuffisant pour les payer tous, sera rpparti entre eux proportionnellement à leur créance, sans que l'un de ces créanciers puisse demander à être préféré aux autres, quand même sa créance serait antérieure en date. C'est ce que l'on exprime en disant que les créanciers chirographaires sont payés au marc le franc. Si, par exemple, l'immeuble est vendu 50.000 frs et que l'ensemble des créances dont le débiteur est responsable s'élève à 100.000 frs, on réduira de moitié chacune des créances; chacun des créanciers touchera un dividende, sera payé proportionnellement à sa créance, mais sans qu'aucun d'eux puisse prétendre être préféré aux autres. Le droit de créance n'emporte donc pas le droit de préférence.

Mais supposons que parmi ces créanciers l'un d'eux soit muni d'une hypothéque, droit réel sur l'immeuble; en ce cas nous voyons jouer le droit de préférence. Ce créancier pourra prétendre être payé intégralement avant tous les autres sur le prix de l'immeuble parce que, étant titulaire d'une hypothéque, droit réel, il jouit du droit de préférence.

Le titulaire d'un droit réel est donc plus énergiquement protégé que le titulaire d'un droit de créance. Le titulaire du droit de créance est toujours exposé à l'insolvabilité de son débiteur; il n'a pas le droit de suite si le débiteur a aliéné ses biens; il n'a pas le droit de préférence par rapport aux autres créanciers. C'est pourquoi on a utilisé le droit réel pour renforcer le droit de certains créanciers. Dans le but de prémunir certains créanciers contre ce risque de l'insolvabilité du débiteur, notre législation permet au créancier de renforcer son droit en y adjoignant un droit réel portant sur un ou plusieurs biens du débiteur. C'est le cas des droits réels accessoires, gage et hypothéque. L'hypothèque est un droit réel qui vient renforcer le droit du créancier en lui infusant en quelque sorte l'une des prérogatives ou les deux prérogatives inhérentes aux droits réels, c'est-à-dire le droit de préférence et le droit de suite.

Importance respective du droit de suite ou du droit de préférence selon qu'il s'agit d'un

Voilà ce que sont le droit de préférence et le droit de suite. Tout droit réel en principe, et sauf certaines exceptions en matière mobilière, emporte droit de suite et droit de préférence. Seulement ces prérogatives n'ont pas la même importance suivant qu'il s'agit

Source : BIU Cujas

droit réel principal ou accessoire.

de droits réels principaux ou de droits réels accessoires.

En ce qui concerne les droits réels principaux, c'est le droit de suite qui présente un caractère prépondérant; le propriétaire dépouillé de sa chose peut la revendiquer entre les mains du possesseur, entre les mains du tiers, il exerce le droit de suite, D'ailleurs ce propriétaire n'a rien à craindre des créanciers du possesseur; son droit leur est entièrement opposable, il reprendra sa chose même si elle est entre les mains d'un débiteur en faillite.

En ce qui concerne au contraire les droits réels accessoires, c'est le droit de préférence qui est l'essentiel. Pourquoi se fait-on concéder une hypothèque sur un immeuble du débiteur? Pourquoi la loi dans certains cas confère-t-elle une hypothèque à certains creanciers tels que le mineur sur les biens de son tuteur ou la femme mariée sur les biens de son mari? C'est pour permettre à ce créancier jugé particulièrement intéressant, ou qui a eu soin de se faire consentir cette sûreté, d'user du droit de préférence, de se faire payer sur le prix de l'immeuble de préférence à tous autres créanciers du débiteur. Ici c'est le droit de préférence qui est l'essentiel; le droit de suite a simplement pour but de permettre au créancier d'exercer le droit de préférence lorsque la chose grevée de ce droit réel est passée aux mains d'un tiers.

La théorie ramenant le droit réel à une obligation passive universelle

Il reste à signaler que la distinction du droit réel et du droit de créance a été critiquée par certains auteurs, qui la considèrent comme peu exacte; c'est le cas notamment de Planiol. En réalité, disent ces auteurs, le droit réel et le droit de créance sont des droits de même nature. On nous dit que le droit réel crée un rapport direct entre le titulaire du droit et la chose qui est l'objet de ce droit. Ce n'est pas exact, disent ces critiques. Tout droit, quel qu'il soit, suppose un rapport entre une personne et une ou plusieurs autres; un droit n'est jamais qu'un rapport entre plusieurs personnes. Le droit de créance suppose un accord entre un créancier et un débiteur; il n'en est pas autrement, dit-on, du droit réel.

Considérons, par exemple, le droit de propriété. Nous avons d'un côté le propriétaire, titulaire du droit et de l'autre côté tout le monde, qui est tenu de respecter le droit du propriétaire. Un droit réel, écrit M. Planiol, est un rapport juridique établi entre une personne comme sujet actif et toutes les autres comme sujets passifs. C'est ce qu'on exprime encore en disant que le droit réel est une obligation passivement universelle. Tout le monde est tenu de respecter le droit de propriété ou la servitude ou l'usufruit. Ici c'est le monde entier qui est débiteur.

Source : BIU Cujas

Malgré son intérêt cette conception ne paraît pas exacte. Juridiquement, l'analyse n'est pas exacte, et d'autre part, cette analyse est en contradiction avec les faits économiques certains sur lesquels repose la distinction des droits réels et des droits de créance.

Critique de cette conception au point de vue juridique

Tout d'abord au point de vue purement juridique cette analyse du droit réel en une obligation passivement universelle, qu'on assimile à une véritable obligation dont tout le monde serait débiteur n'est pas exacte. L'obligation générale incombant à tous de respecter le droit réel d'autrui n'a pas la même nature que l'obligation spéciale qui incombe à un débiteur dans un droit de créance. Lorsqu'il y a un droit de créance, la dette constitue une charge exceptionnelle pour le débiteur, un élément de son passif. Par exemple une personne a emprunté 10.000 frs; elle doit les restituer, elle est débitrice de cette somme, elle doit donc inscrire cette somme au passif de son bilan. De même un commerçant en vendant son fonds de commerce s'est engagé à ne pas se rétablir dans un commerce similaire pour ne pas faire concurrence à son acheteur; il y a là un élément de son passif, une diminution des facultés du débiteur.

Au contraire, l'obligation générale de respecter la propriété et les autres droits réels d'autrui c'est l'état normal. Tandis que la dette de 10.000 frs, ou la dette d'une prestation de services, est quelque chose d'exceptionnel qu'on inscrit au passif de son bilan, au contraire l'obligation que nous avons tous de respecter les droits réels d'autrui c'est l'état normal, cela ne constitue pas un élément de notre passif, cela n'entre pas en ligne de compte dans notre patrimoine. C'est une application de l'obligation qui incombe à toute personne de ne pas empiéter sur la liberté d'autrui. L'obligation qui incombe à toute personne de ne pas mettre obstacle aux droits du propriétaire n'est en somme qu'une conséquence du droit réel, cela n'a rien d'exceptionnel.

Justification de la distinction traditionnelle du droit réel et du droit personnel au point de vue des réalités économiques

En tout cas il est facile d'apercevoir qu'en se plaçant au point de vue des réalités économiques la distinction des droits réels et des droits de créance est parfaitement fondée en droit et en fait. C'est ce qu'il nous reste à expliquer.

L'homme ne peut pourvoir aux nécessités de sa vie qu'en soumettant à son pouvoir les choses de la nature, ou en recourant à l'activité des autres hommes. Dès lors deux situations sont possibles. Tantôt une personne est pourvue, elle a à sa disposition une chose susceptible de lui procurer certains avantages, le droit qui lui appartient sur cette chose est un droit réel: droit de propriété, si le titulaire peut retirer de la chose tous les avantages qu'elle est susceptible de procurer;

Source : BIU Cujas

démembrement de la propriété s'il ne peut retirer de cette chose que certains avantages, comme le droit de passer ou le droit de recueillir les fruits. Tantôt, au contraire, une personne n'a pas à sa disposition les choses qui sont nécessaires à son existence, elle doit alors se les procurer en s'adressant à d'autres personnes qui en sont propriétaires. Tous les jours nous nous adressons à des marchands qui nous vendent les objets dont nous abons besoin; tous les jours nous nous adresserons à des ouvriers ou à des entrepreneurs qui exécutent certains travaux pour nous. De notre côté nous pouvons procurer à autrui certaines choses ou lui rendre certains services qui lui sont nécessaires. De là toute une série de rapports nouveaux entre les hommes, auxquels correspondent précisément les droits de créance, rapports en vertu desquels une personne est tenue d'accomplir une certaine prestation au profit d'une autre, de lui remettre une chose ou d'accomplir pour elle un travail.

Le contrat est ici la condition préalable de l'acquisition de la propriété; il correspond à l'échange des produits et des services. Comme l'a écrit très justement M. Capitant, le droit des obligations forme le complément le pendant du droit des choses, et la distinction du droit réel et du droit de créance nous apparaît, dit-il, comme modelée sur la réalité même des faits économiques.

En effet, le droit réel supposant une richesse appropriée met le titulaire du droit en contact direct avec son objet, tandis que le droit de créance, supposant l'utilisation des services d'autrui sous forme d'une prestation positive ou d'une abstention, met nécessairement en présence deux personnes, le créancier et le débiteur. Par conséquent, cette distinction du droit réel et du droit de créance est parfaitement fondée sur les réalités économiques.

Insuffisance de la distinction des droits en droits réels et droits de créance.

Mais en annonçant cette distinction des droits réels et des droits de créance, nous avons dit qu'aujourd'hui on est à peu près d'accord pour considérer qu'elle n'englobe pas tous les droits patrimoniaux. On y ajoute généralement aujourd'hui une troisième catégorie, celle des droits intellectuels.

Les droits intellectuels

Que faut-il entendre par là? Cette catégorie comprend certains droits, notamment le droit de l'auteur et de l'artiste sur leurs oeuvres littéraires et artistiques, le droit du fabricant sur ses dessins et modèles industriels, le droit de l'inventeur sur son invention, le droit de l'officier ministériel sur son office, le droit du commerçant sur sa clientèle.

Tous ces droits se ramènent: 1°- à un monopole

Source : BIU Cujas

d'exploitation; 2°- au droit de tirer de ce monopole tous les avantages économiques qu'il peut procurer et le droit de céder ce monopole à un tiers contre argent. C'est ainsi que l'auteur ou l'artiste a le droit exclusif de permettre la reproductionou la publication ou la représentation ou l'édition de ses oeuvres. C'est ainsi encore que le titulaire d'un brevet d'invention peut permettre à certaines personnes d'exploiter l'invention dont il a le monopole pendant une certaine durée.

Ces droits intellectuels, sur lesquels nous aurons à revenir à différentes reprises, ne se confondent pas avec les droits réels. C'est en effet quelque chose de différent. Ils participent tout à la fois du droit réel et du droit de créance.

Différence entre le droit intellectuel et le droit réel

Ils ne se confondent pas avec les droits réels d'abord. Evidemment, si un sculpteur a fait une statue, il est propriétaire de cette statue, mais il y a autre chose dans son droit, à savoir le droit d'autoriser la reproduction de la statue. Ou encore lorsqu'un auteur a écrit un ouvrage, il y a le manuscrit dont il est propriétaire, mais il y a bien autre chose que le manuscrit, il y a le droit d'autoriser la reproduction de son oeuvre. Par conséquent, le droit porte sur une chose immatérielle; c'est quelque chose de différent du droit réel.

Différence avec le droit de créance

Mais aussi ces droits intellectuels se distinguent des droits de créance en ce qu'ils sont opposables à tous et en cela ils se rapprochent des droits réels. Par exemple l'inventeur peut s'opposer à ce que toute personne quelconque exploite son invention pendant la durée du brevet. L'auteur peut s'opposer à ce que toute personne représente son oeuvre, s'ils'agit d'une pièce de théâtre, ou édite son oeuvre sans autorisation. Ces droits ont un caractère absolu, opposable à tous, qui les rapproche du droit de propriété.

Aussi a-t-on longtemps confondu ces droits avec le droit de propriété. On parle couramment de propriété littéraire et artistique, de propriété commerciale et industrielle , de propriété des offices. Ce sont des questions que nous allons d'ailleurs revoir.

Tous ces droits patrimoniaux, droits réels, droits de créance, droits intellectuels, constituent ce que l'on appelle des biens, et nous sommes ainsi amenés à l'étude des biens. Mais parmi les biens qui sont les différents éléments du patrimoine, nous n'avons cette année à étudier que les droits réels principaux. Les droits réels accessoires, hypothèque, gage, sont étudiés en 2ème année. Quant à l'étude du patrimoine dans la mesure où il peut être influencé par le mariage ou par le

L'étude des biens.Division

Source : BIU Cujas

décès, c'est l'objet du programme de 3ème Année. Par conséquent, cette année nous n'étudierons que les droits réels principaux.

Voici comment sera divisée cette étude:

I - Classification des biens.

II - La propriété et les droits réels principaux considérés dans leur étendue.

III - Modes d'acquisition et de transmission de la propriété et des autres droits réels principaux.

IV - Protection de la propriété et des autres droits réels principaux.

V - Extinction de la propriété et des autres droits réels.

VI - Formes particulières de la propriété, notamment le régime des eaux et la copropriété.

Source : BIU Cujas

Chapitre I

CLASSIFICATIONS DES BIENS

Double sens du mot biens

Les droits réels et les droits de créance, les droits intellectuels, qui sont les différents éléments de notre patrimoine constituent des biens. Mais nous nous heurtons tout de suite à une difficulté d'ordre terminologique. Le mot "biens" dans notre langage juridique français a une double signification.

En premier lieu, on entend par "biens" les choses matérielles qui servent à l'usage de l'homme et qui ont pour lui une valeur; par exemple une maison, une voiture ou une table.

On entendu encore, et surtout - c'est là le véritable sens - par biens les droits dont ces choses peuvent être l'objet. C'est qu'en effet ces choses n'ont de valeur pour l'homme qu'en raison des droits qu'il exerce sur elles. Une maison n'a de valeur pour moi que dans la mesure où j'en suis propriétaire, dans la mesure où je puis exercer sur elle un droit réel quelconque. Dans la langue juridique par conséquent il faut entendre par biens tous les droits qu'une personne peut avoir sur une chose, à la condition que ces droits aient une valeur pécuniaire.

La distinction des biens corporels et des biens incorporels. Son origine en droit romain; son application dans le C.C. Critique

Voilà donc une double acception du mot "biens"; elle explique une certaine classification traditionnelle - puisqu'elle remonte au droit romain (en biens corporels et en biens incorporels.

Les Romains avaient imaginé à une certaine époque de distinguer les biens en biens corporels et biens incorporels. Pour bien comprendre cette distinction il faut se reporter aux Institutes de Gaïus. Gaïus, dans ses Institutes, distingue les "res", les choses, en "res corporales" et "res incorporales".

Les choses corporelles, nous dit-il, ce sont celles qu'on peut toucher,"quae tangi possunt" ut fundus vestis, aurum", comme un fonds de terre, un vêtement ou de l'or; ce sont les choses matérielles.

Les choses incorporelles, ce sont des choses qui ne peuvent pas être touchées, "quae tangi non possunt", comme celles qui consistent en un droit, une succession, un usufruit, une obligation.

Source : BIU Cujas

Cette distinction a été empruntée par les Romains à la philosophie stoïcienne. Elle avait pour but d'étendre la notion de choses; au lieu de restreindre la notion de choses à celles qui sont dans la nature, on appliquait cette notion à des choses qui ne peuvent être saisies que par l'intelligence, en un mot à des abstractions. Une chose, une maison, on peut la toucher, on n'a jamais vu un droit, c'est une abstraction.

Reprise par nos anciens auteurs, cette classification, sans être reproduite en termes formels par le Code civil, a reçu cependant des applications dans différents textes, notamment dans la distinction des meubles et des immeubles. Nous verrons que le Code civil distingue d'une part les immeubles corporels, qui sont des choses matérielles, et d'autre part les immeubles incorporels qui sont des droits immobiliers. Il y a d'autre part des meubles corporels, un animal ou une voiture, chose matérielle, et des droits mobiliers qui sont des choses incorporelles.

Cette division est critiquable en ce sens qu'elle aboutit à établir une classification entre des choses d'espèce bien différente. Or, une classification ne peut être établie qu'entre choses de même espèce, de même nature. En effet, d'une part, elle comprend les choses matérielles, et d'autre part les droits que les hommes peuvent avoir sur ces choses. Or, la science juridique ne considère les choses matérielles que dans la mesure où elles peuvent être l'objet de droits. Les droits ou biens ne peuvent être qu'incorporels puisqu'ils sont des abstractions. C'est par un véritable abus de langage par conséquent qu'on parle de biens corporels les biens ce sont des droits; un droit c'est une abstraction, cela n'existe pas dans la nature. D'autre part, les choses sont des réalités matérielles: une maison, une voiture ou un animal; il ne saurait donc être question de choses incorporelles.

Confusion entre le droit de propriété et la chose sur laquelle il porte

Comment donc expliquer cette erreur qu'ont commise les Romains et qui s'est perpétuée jusque dans le Code civil? Elle s'explique par une confusion que les jurisconsultes romains ont établie entre le droit de propriété et la chose sur laquelle porte ce droit. En d'autres termes, la division des choses en biens corporels et en biens incorporels aboutit à classer dans la catégorie des biens corporels le droit de propriété, et dans la catégorie des biens incorporels tous les autres droits.

Cette confusion de la propriété et de son objet s'explique par la plénitude du droit de propriété, qui est le droit le plus complet que nous puissions avoir sur une chose, si bien que nous commettons tous les

Source : BIU Cujas

jours la même confusion dans le langage usuel lorsque nous disons: ma maison, mon champ, mon livre; alors que nous devrions dire: la maison, le champ, le livre , sur lequel j'ai un droit de propriété. Ici le droit est tellement complet qu'il se confond en quelque sorte avec la chose; il se matérialise avec elle et devient quelque chose de corporel.

Au contraire, s'agit-il d'un droit autre que la propriété, nous ne pouvons plus employer la même formule elliptique, dire: ma maison, mon champ, ou mon livre, nous devons préciser le droit qui nous appartient sur cette chose, et nous devons dire: la maison sur laquelle j'ai un droit de servitude, ou un droit d'hypothèque, ou un droit d'usufruit; nous ne pouvons plus dire ici: ma maison, il faut dire: l'usufruit qui m'appartient sur telle maison, le droit de servitude de passage qui m'appartient sur tel immeuble. Ici le droit reste différent de la chose, il conserve son caractère incorporel.

Voilà l'origine de la distinction: une confusion; mais nous la commettons nous-mêmes dans le langage usuel. Nous ne devrions parler que de droits; le droit de propriété est tellement large et comporte des prérogatives tellement pleines qu'il se confond avec la chose sur laquelle il porte.

Il n'empêche que cette distinction erronée a eu en droit romain le résultat d'entraver le développement de la théorie de la possession. Pendant longtemps, en effet, les Romains ont refusé d'admettre que la possession, qui nécessite la détention matérielle, pût s'appliquer aux servitudes; une servitude est un droit quelque chose qu'on ne peut pas posséder, détenir. Nous avons abandonné sur ce point l'erreur romaine, et les Romains à un certain moment l'avaient abandonnée eux-mêmes.

Voilà l'origine de la distinction des biens corporels et des biens incorporels, qu'a maintenue implicitement le Code civil.

Intérêt moderne de la distinction entre biens corporels et biens incorporels, par suite du développement de la propriété incorporelle

Mais si la distinction romaine qui mettait d'un côté la propriété, de l'autre tous les autres droits, ne présente plus guère d'intérêt aujourd'hui, ce n'est pas à dire que la distinction des biens corporels et des biens incorporels ait perdu toute raison d'être. Aujourd'hui au contraire cette distinction a pris une grande importance par suite du développement de ce que l'on appelle, plus ou moins exactement d'ailleurs, la propriété incorporelle.

En effet, de nos jours la propriété et les autres droits ne s'appliquent pas seulement aux objets matériels, tels que les fonds de terre ou les maisons,

Source : BIU Cujas

les produits du sol ou les marchandises. Il existe une catégorie importante de droits portant sur des choses immatérielles et représentant une valeur pécuniaire. A l'origine les biens sont uniquement des choses materielles, mais avec les progrès de la vie économique on a étendu la notion de biens à tout ce qui est élément de fortune ou de richesse. Or, il y a des éléments de fortune ou de richesse qui sont des choses immatérielles.

Les offices ministériels

C'est le cas de la propriété des offices ministériels, qui existaient déjà dans l'ancien droit, la proprieté qui appartient au notaire, à l'avoué, à l'huissier, au greffier, sur son office, c'est une propriété incorporelle; nul n'a jamais vu un office, cela n'existe pas, c'est une abstraction. Cependant, c'est un élément de fortune, L'officier public ou ministériel, le notaire, l'avoué, l'huissier, le greffier le commissaire-priseur, est investi d'un monopole en ce sens que la loi lui réserve exclusivement l'exercice de certaines fonctions, et comme cet officier est rémunéré par ses clients, l'office dont il est titulaire constitue pour lui une source de profits ou de richesse. On admet qu'il puisse tirer parti en cédant son office contre rémunération. Il y a là une véritable propriété incorporelle.

Le droit de l'inventeur, de l'auteur

De même constitue une propriété incorporelle le droit de l'inventeur qui se traduit par la délivrance d'un brevet d'invention; c'est aussi un droit immatériel. De même le droit de l'auteur, artiste, littérateur, musicien, à l'exploitation de son oeuvre; c'est là encore une fois un bien incorporel. Lorsque l'oeuvre est publiée, lorsque l'objet d'art est exposé, lorsque le procédé industriel est divulgué, la loi donne à l'auteur ou à l'artiste ou à l'inventeur le droit de prohiber toute imitation ou reproduction qui ne serait pas autorisée par lui. Il y a là un véritable bien incorporel.

La propriété des fonds de commerce

Plus récemment encore, la propriété incorporelle a élargi son domaine; c'est la propriété des fonds de commerce. Un commerçant, dit-on, est propriétaire de son fonds de commerce. Quel est l'élément essentiel du fonds de commerce? Est-ce les marchandises? Il y a des fonds de commerce qui n'ont pas de marchandises. L'élément essentiel du fonds de commerce c'est la clientèle. Est-ce à dire que le commerçant est propriétaire de ses clients comme le maître était propriétaire de ses esclaves en droit romain? Evidemment non; on entend par clientèle, valeur économique, bien incorporel, la valeur patrimoine représentée par les relations d'affaires d'un commerçant. C'est bien là une propriété, un

Source : BIU Cujas

bien incorporel, qui n'existe pas dans la nature. La clientèle, c'est l'élément essentiel du fonds de commerce. Le fonds de commerce peut être transmis à un héritier, à un acheteur, il peut être donné en gage. C'est là un élément important des fortunes modernes.

Tous ces droits, celui de l'officier ministériel sur son office, de l'auteur sur son oeuvre, de l'inventeur sur le droit d'exploiter son invention, du commerçant sur sa clientèle, tous ces droits ressemblent à des droits réels en ce qu'ils sont des droits absolus opposables à tous. Les juristes y voient une forme particulière de propriété, mais ce n'est pas une propriété semblable à celle qui peut appartenir sur une maison ou sur une chose matérielle.

Les valeurs mobilières

De nos jours il est une autre catégorie de biens incorporels qui ont une importance considérable et qui entrent pour une grande part dans la composition des fortunes privées: ce sont les créances, les parts d'associés dans les sociétés, qui se présentent aujourd'hui sous certaines formes destinées à en faciliter la transmission. C'est la grande catégorie des valeurs mobilières, des actions, des parts d'intérêt dans les sociétés, les obligations émises par les sociétés ou par certaines personnes morales publiques. Tout cela, ce ne sont pas des choses matérielles, ce sont des biens incorporels.

Finalement la distinction des biens en biens incorporels est importante non pas dans le sens que lui avaient donné les Romains, qui se bornaient à distinguer d'un côté la propriété et de l'autre les autres droits; elle est importante en ce sens qu'il faut distinguer deux choses; 1°- la propriété et les autres droits en tant qu'ils s'appliquent aux choses matérielles, une maison ou un champ ou un animal ou un livre; et 2°- la propriété et les autres droits en tant qu'ils s'appliquent aux choses incorporelles: un office, un fonds de commerce, un brevet d'invention, un droit de propriété littéraire ou artistique; toutes ces choses constituent des valeurs abstraites auxquelles rien ne correspond dans le monde extérieur.

Régime juridique différent des biens corporels et des biens incorporels.

Ces deux catégories de biens, corporels d'une part, incorporels de l'autre, sont soumises à des règles juridiques différentes. La nature de la chose objet du droit entraîne certaines conséquences. Par exemple les formalités de la vente d'un fonds de commerce ou d'un brevet d'invention ne seront pas les mêmes que les formalités de publicité en cas de vente d'une maison ou d'un champ. L'usufruit sera soumis à des règles différentes suivant qu'il s'appliquera à un domaine agricole ou à des actions d'une société. De même la mise en ga-

Source : BIU Cujas

ge d'un fonds de commerce, chose incorporelle, sera traitée différemment de la mise en gage d'un bijou ou d'une automobile. Il y a ici par conséquent une distinction qui s'impose, qui est fondée d'après la nature économique des choses et qui entraîne des conséquences importantes. Nous allons retrouver cela en étudiant la distinction fondamentale des meubles et des immeubles.

Distinction des meubles et des immeubles

Distinction fondamentale des biens en droit français

C'est une distinction fondamentale dans notre droit: c'est même la seule que le Code énonce en termes exprès. Dans l'art. 516 le Code nous dit que tous les biens sont meubles ou immeubles. C'est donc une distinction fondamentale et absolument générale.

Double fondement de cette distinction

Mais comment expliquer l'importance attachée par notre droit à cette distinction? Elle s'explique certainement par des considérations d'ordre physique; mais elle s'explique surtout par des considérations d'intérêt économique et purement juridique.

a)Raison tirée de la nature physique des choses

La distinction des meubles et des immeubles repose dans une certaine mesure sur la nature physique des choses. Il est aisé de comprendre que le droit qui appartient à une personne sur une chose s'exerce dans des conditions différentes suivant qu'il porte sur une chose transportable d'un lieu à l'autre, ou au contraire sur une chose ayant une situation fixe, telle qu'un fonds de terre ou une maison. Or, les meubles sont par définition et par étymologie des choses mobiles, transportables, susceptibles d'être déplacées plus ou moins facilement. Les immeubles sont par définition et par étymologie les choses immobiles ayant une situation fixe stable, que l'on ne peut déplacer.

Il y a là évidemment une considération qui peut dans une certaine mesure influer sur la nature du droit suivant qu'il porte sur une chose mobile, transportable ou sur une chose immobile. Par exemple les meubles étant susceptibles d'être plus ou moins facilement déplacés, on comprend que les conditions d'aliénation des meubles soient différentes de celles des immeubles. On comprend notamment qu'on puisse exiger la publicité pour les aliénations d'immeubles puisque cette publicité sera facilement réalisée, l'immeuble ayant une situation fixe, tandis que la publicité pour les meubles sera très difficile à réaliser. D'autre part, les meubles étant des choses susceptibles de disparaître facilement, d'être disséminés , on comprend que les chances de paiement pour un créancier soient moins grandes lorsque son

Source : BIU Cujas

débiteur n'a dans son patrimoine que des choses mobilières . Le meuble n'est certainement pas un élément de crédit au même titre que l'immeuble, le meuble corporel tout au moins.

b) raison d'ordre historique

Il y a donc dans la distinction des meubles et des immeubles quelque chose de fondé sur les qualités naturelles des choses, et l'on comprend dans ces conditions que la distinction on la retrouve dans toutes les législations. Seulement ce qu'il y a de particulier au droit français c'est que la distinction des meubles et des immeubles reçoit une importance fondamentale qu'elle n'a pas dans toutes les législations, qu'elle n'avait pas en particulier en droit romain. Cela s'explique pour des raisons purement historiques.

Il faut chercher dans l'histoire la raison qui explique que le Code civil ait fait de cette classification des biens une distinction fondamentale.

La raison historique de l'importance de la distinction.Le criterium économique

Notre ancien droit, plus spécialement le droit coutumier a fait de là distinction des biens en meubles et immeubles quelque chose de purement juridique et artificiel. Le droit coutumier ne prend plus pour base la différence physique qui existe entre le meuble, chose mobile, et l'immeuble, chose immobile; le droit coutumier prend d'autres faits en considération, notamment la valeur économique des biens.

i-Extension de la distinction dans l'ancien Droit, à tous les biens du patrimoine ,même aux droits

1°- Notre ancien droit a étendu cette distinction des meubles et des immeubles à tous les biens figurant dans le patrimoine d'une personne, c'est-à-dire à tous les droits dont cette personne est titulaire, droits réels et droits de créance. Normalement fondée sur la nature physique des choses, cette distinction n'aurait dû s'appliquer qu'aux droits portant sur une chose matérielle, c'est-à-dire aux droits réels ou à la rigueur aux droits de creance ayant pour objet la remise d'une chose, puisque seules en effet les choses du monde extérieur sont mobiles ou immobiles, transportables ou non.

Mais notre ancien droit a étendu cette distinction à tous les biens composant le patrimoine, à tous les droits de créance, même ayant pour objet un simple fait ou une abstention, aux offices, aux rentes. Or, un fait ou une abstention, un office ou une rente ne sont ni meubles, ni immeubles, ce sont des choses immatérielles.

Raison de cette extension au point de vue du régime de communauté et du régime des successions

Pourquoi avoir étendu ainsi cette distinction à des choses qui normalement n'y doivent pas rentrer? Pour diverses raisons et notamment parce que dans le régime de la communauté entre époux, qui était le régime matrimonial usité dans les pays de coutume, les meubles possedés par les époux au jour du mariage entraient en

Source : BIU Cujas

communauté, tandis que les immeubles restaient propres à l'époux qui les avait apportés. Dès lors, on fut amené à considérer tous les biens des époux sans distinction, à en faire deux masses, l'une mobilière, l'autre immobilière, de façon à pouvoir déterminer pour chaque bien, droit réel ou droit de créance, s'il entrait en communauté ou s'il restait propre à l'époux.

D'autre part, en matière de succession, telle qu'elle était réglée par le droit coutumier, la nécessité s'imposait également de grouper tous les biens en deux catégories, meubles ou immeubles, C'est qu'en effet la tendance générale des coutumes était de conserver les immeubles dans les familles, tandis qu'on n'avait pas la même préoccupation pour les meubles, choses viles, choses de peu d'importance. En effet, la dévolution successorale ou droit coutumier n'était pas la même pour les meubles et les immeubles.

De là on a été amené à distinguer, à faire rentrer tous les biens quels qu'ils fussent dans la catégorie soit des meubles soit des immeubles, à faire de cette classification une classification générale.

2°-L'importance sociale et économique des immeubles

2°- Notre ancien droit a considéré la distinction des meubles et des immeubles comme correspondant moins à la nature physique des choses qu'à une différence dans la valeur économique des biens.

Sous l'ancien régime, et surtout au Moyen Age, les biens immobiliers, c'est-à-dire le sol, constituaient l'élément essentiel des fortunes; conception qui a une origine féodale. Le régime féodal repose essentiellement sur l'immeuble qui est concédé en fief par le suzerain au vassal, lequel le concède à un autre, etc...; l'immeuble est pour le propriétaire ou pour celui qui peut le concéder une cause de prééminence sociale. Il lui confère la seigneurie.

L'ancien droit s'était donc appliqué à protéger énergiquement la propriété immobilière, tandis que ces garanties faisaient défaut à la propriété mobilière. D'ailleurs pendant longtemps les choses mobilières se réduisaient aux meubles meublants ou à quelques créances peu importantes. De là les adages bien connus: "res mobilis, res vilis", chose mobilière chose vile; "vilis mobilium possessio"; la possession des meubles est chose vile.

Extension du caractère immobilier aux rentes et aux offices

Mais il n'en fut pas toujours ainsi. A une certaine époque, la fortune mobilière commença à s'accroître Elle comprit notamment des droits tels que les rentes constituées ou les offices dont la valeur était considérable. Dès lors il se passa, dans notre ancien droit, ce phénomène curieux que l'on fit passer par une sorte de fiction ces droits mobiliers très importants dans la

Source : BIU Cujas

catégorie des immeubles, de façon à en faire des propres et à les conserver dans les familles.

Les caractères de l'immeuble

Finalement dans notre ancien droit on avait fait rentrer dans la catégorie des immeubles tous les biens qui étaient productifs de revenus et qui présentaient en même temps un certain caractère de perpétuité, comme l'immeuble lui-même. C'est pourquoi on avait fait rentrer les rentes et les offices dans la catégorie des immeubles.

Les cateux

A l'inverse d'ailleurs, certaines coutumes avaient placé dans la catégorie des meubles certaines choses immobilières considérées comme de peu de valeur, notamment des bâtiments légers que l'on pouvait détacher du sol aisément. C'est ainsi que dans certaines coutumes du nord de la France, de Flandre et d'Artois, on avait créé une troisième catégorie de biens; outre les meubles et les immeubles on admettait la catégorie des cateux, qui étaient traités comme meubles au point de vue successoral.

Finalement dans notre ancien droit la distinction des meubles et des immeubles ne correspond pas tant à la nature physique des choses qu'à leur importance économique. C'est une conception que nous rencontrons déjà en droit romain avec la distinction des "res mancipi" et des "res nec mancipi".

Influence de la conception coutumière sur les rédacteurs du C.C.

Les rédacteurs du Code civil se sont inspirés en cette matière comme en beaucoup d'autres des traditions de notre droit coutumier.

I. Caractère général de la distinction entre meubles et immeubles dans le C.C.

1°- Comme l'ancien droit, le Code civil fait de la distinction des meubles et des immeubles une division générale englobant tous les biens: droits de propriété, droits réels, droits de créance. Article 516: "Tous les biens sont meubles ou immeubles".

Sans doute aujourd'hui la dévolution des successions ne se fait plus d'après le caractère mobilier ou immobilier des biens du défunt. Mais en matière de communauté légale ou contraire, le Code civil a conservé le système de l'ancien droit d'après lequel les meubles appartenant à un époux au jour du mariage deviennent communs, tandis que les immeubles lui restent propres. C'est une des raisons qui expliquent que l'on ait conservé ce caractère général à la division des meubles et des immeubles.

Mais lorsqu'il s'agit de ranger les biens dans l'une ou l'autre de ces catégories, le Code civil se tient plus près de la réalité des choses que l'ancien droit, Il tient compte davantage de la nature des objets sur lesquels portent les droits; il tient moins compte de leur valeur pécuniaire. C'est ainsi qu'aujourd'hui les offices et les rentes figurent dans la catégorie des meubles, alors que l'ancien droit en faisait des immeubles fictifs.

Source : BIU Cujas

De même le droit actuel ignore cette catégorie intermédiaire des cateux que connaissaient certaines coutumes et qui comprenait certains immeubles de peu de valeur que l'on assimilait à des biens mobiliers.

La protection des droits immobiliers dans le C.C. Le meuble chose vile.

Par contre notre Code civil s'est montré l'héritier de l'ancien droit en accordant aux droits immobiliers une protection que ne lui paraissait pas mériter la fortune mobilière. On peut dire qu'à bien des points de vue encore, pour les rédacteurs du Code civil le meuble est chose vile. Or, c'était une conception qui était déjà un anachronisme à l'époque où le Code civil a été rédigé. Il y avait déjà une fortune mobilière importante à cette époque.

Le développement de la fortune mobilière au XIXº siècle Lois postérieures au C.C. en vue de la protéger

Aujourd'hui cette conception est tout à fait périmée. La fortune mobilière a pris depuis la fin de l'ancien régime, et surtout au XIXème siècle, une extension considérable, si bien qu'on peut la considérer comme supérieure à la fortune immobilière. Un grand nombre de patrimoines ne comprennent que des meubles. La fortune mobilière, en effet, ne comprend plus aujourd'hui comme au Moyen-Age les meubles meublants ou les bijoux ou les vêtements ou les objets de consommation; elle s'est accrue non seulement des offices et des rentes, qui existaient déjà dans l'ancien droit, mais elle s'est accrue aussi de la masse énorme des produits manufacturés par l'industrie, elle s'est augmentée de tous les droits de créance provenant du prêt à intérêt qui joue un rôle considérable dans nos sociétés modernes: elle s'est accrue de toutes les valeurs mobilières, actions, obligations, parts de fondateur, des droits de propriété industrielle, littéraire ou artistique, des fonds de commerce ou d'industrie. Tout cela, c'est la fortune mobilière qui a aujourd'hui une ampleur extraordinaire.

Si bien que les lois postérieures au Code civil - et nous connaissons déjà la loi du 27 Février 1881 sur l'aliénation des meubles incorporels des mineurs et des interdits - sont venues corriger dans certains cas où elle était le plus critiquable, notamment en matière de tutelle, l'insuffisance de protection accordée par le Code à la fortune mobilière. Néanmoins il reste encore dans le Code actuel des vestiges de cette ancienne conception selon laquelle la chose mobilière était une chose de moindre importance que l'immeuble.

Voilà la raison d'être du caractère fondamental ainsi reconnu par notre droit à la distinction des meubles et des immeubles.

Intérêts pratiques de la distinction.

Nous allons maintenant entrer dans l'étude de cette distinction, voir ce que chacune des catégories comprend Auparavant il est nécessaire d'indiquer les intérêts pratiques de cette distinction. Quels intérêts pratiques

Source : BIU Cujas

y a-t-il à savoir si un bien rentre dans la catégorie des immeubles ou au contraire dans celle des meubles?

Ces intérêts pratiques sont nombreux; ils peuvent être classés en deux catégories. Les uns, qui se justifient dans une large mesure, reposent sur la différence entre la nature physique des biens meubles et immeubles, les immeubles ayant une situation fixe, les meubles pouvant être déplacés. D'autres de ces intérêts, moins justifiables assurément, s'expliquent uniquement par l'importance que le législateur attache à la fortune immobilière par rapport à la fortune mobilière; ce sont des vestiges de cette idée que la chose mobilière est chose de moindre importance, idée exacte tout de même dans une certaine mesure.

Intérêts fondés sur la différence de nature physique et de rôle économique des biens

I - Intérêts de la distinction fondés sur la nature physique des meubles et des immeubles.

Il y a des raisons de fond qui expliquent certaines différences admises par la loi, notamment en ce qui concerne l'acquisition des biens; on ne peut traiter sur le même pied la propriété des meubles et la propriété des immeubles.

Les meubles et les immeubles ont non seulement une nature physique mais un rôle économique différent. L'immeuble est durable; le meuble se détériore et s'use plus facilement. Beaucoup de meubles peuvent se transmettre de la main à la main, en tout cas ils se transportent en général facilement, ils peuvent être déplacés, ils peuvent donc être dissimulés, toutes choses impossibles avec les immeubles.

Les meubles sont des choses dont nous nous servons dans la vie courante. Beaucoup de meubles n'ont qu'une valeur insignifiante, Il est donc nécessaire que leur circulation juridique soit facilitée, qu'elle soit rapide et il serait inconcevable qu'on entourât leur transmission de toutes les conditions de forme qu'exige la transmission de la propriété immobilière.

Voilà l'idée fondamentale qui explique la première catégorie de différence entre les meubles et les immeubles. Voici les principales:

a)Transfert de la propriété à l'égard du tiers

a)La propriété des meubles n'est pas transmise à l'égard des tiers de la même manière que celle des immeubles. Nous verrons qu'entre les parties la règle est la même; le transfert de la propriété par le simple consentement; mais à l'égard des tiers il y a des différences importantes.L'aliénation des immeubles pour être opposable aux tiers exige en principe une formalité de publicité; la transcription, qui se fait à la conservation des hypothèques du lieu où l'immeuble est situé.L'immeuble a une situation fixe: on sait où pouvoir trouver tous les renseignements concernant les mutations immobilières; il suffit de s'adresser à la conservation des hypothèques du lieu où se trouve l'immeuble.Les

Source : BIU Cujas

meubles n'ont pas d'assiette fixe; la publicité des mentions des choses mobilières serait chose difficile à réaliser. En outre, il y a un grand nombre de meubles dont la valeur est minime, pour lesquels une formalité de publicité serait inutile et gênante; on ne conçoit pas une formalité de publicité quand on achète un vêtement.

Cependant certains meubles fort importants peuvent avoir une assiette fixe; on peut par conséquent réaliser pour eux une certaine publicité, comme pour les immeubles, mais ce ne sera pas la même. C'est le cas pour les navires, qui sont choses mobilières; les navires ont un port d'attache. Par conséquent, l'aliénation d'un navire est soumise à une formalité de publicité, mais qui n'est pas la transcription, réservée aux mutations immobilières.

De même un fonds de commerce ou une industrie a une situation fixe: c'est le lieu où se trouve l'établissement commercial. On comprend donc que la loi exige une certaine publicité pour l'aliénation d'un fonds de commerce.

Mais ce sont là des exceptions. En principe l'aliénation des meubles est opposable aux tiers sans qu'il soit nécessaire d'observer une formalités de publicité.

b) Protection de la possession.

b) Deuxième différence, qui tient tout à la fois à la nature physique et à la différence dans le rôle économique des meubles et des immeubles. En matière immobilière, la possession se distingue de la propriété, elle est protégée par elle-même; le possesseur d'un immeuble dispose, à l'effet de protéger sa possession, d'une catégorie d'actions qu'on appelle les actions possessoires, ce qui lui permet de défendre sa possession contre les attaques des tiers. Cette possession est protégée par elle-même, et indépendamment du point de savoir si le possesseur est ou non propriétaire. Un possesseur peut n'être pas le véritable propriétaire. En tout cas, la possession est protégée par les actions possessoires, tandis que la propriété est protégée par les actions pétitoires, cela en matière immobilière.

Rien de pareil en ce qui concerne les meubles. En principe même, sauf à s'expliquer par la suite, la possession des meubles se confond avec la propriété. Celui qui est possesseur d'un meuble est traité comme le propriétaire, tout au moins lorsqu'il est de bonne foi, en vertu de la règle "en fait de meubles possession vaut titre". En tout cas il n'y a pas d'action possessoire en matière mobilière; la possession des meubles n'est pas protégée par elle-même.

Source : BIU Cujas

c)Prescription. c) L'acquisition des immeubles par prescription est régie d'une manière tout à fait différente de celle des meubles. Lorsque l'on a possédé un immeuble dans certaines conditions pendant trente ans, quelquefois pendant dix ou vingt ans, on ne peut plus être l'objet d'une action en revendication du véritable propriétaire, on a acquis la propriété de cet immeuble, même si on n'en était que possesseur. En ce qui concerne les meubles, au contraire, la règle "en fait de meubles la possession vaut titre" rend inutile la prescription acquisitive, puisqu'en principe le possesseur sera le propriétaire. En tout cas, quand elle a lieu de jouer, la prescription des meubles est soumise à des règles différentes de celle des immeubles.

d)Hypothèque. d) Les meubles étant choses facilement déplaçables et beaucoup de meubles n'ayant qu'une valeur insignifiante, en principe les meubles ne peuvent pas être hypothéqués; seuls les immeubles sont susceptibles d'hypothèque; eux seuls constituent un gage suffisant pour garantir le paiement du créancier.

Nous n'avons pas, dans notre droit, à la différence du droit romain, d'hypothèque mobilière. Les meubles sont choses facilement transportables, qui peuvent être facilement dissimulées et qui échapperaient facilement à la poursuite d'un créancier hypothécaire. Cependant certains meubles comme les navires, qui ont une assiette fixe, peuvent être hypothéqués. De même les bateaux de rivière et les aéronefs, qui eux aussi ont une assiette fixe et un port d'attache.

e)Compétence. e) Cinquième différence: les actions réelles immobilières, notamment l'action en revendication d'un immeuble, les actions en revendication d'une servitude ou d'un usufruit immobilier, ou encore les actions possessoires, qui sont toutes des actions réelles immobilières, sont de la compétence exclusive du tribunal de la situation de l'immeuble, parce que l'immeuble a une assiette fixe. On a estimé que le tribunal le mieux placé était celui de la situation de l'immeuble. Au contraire, une pareille règle était impossible à admettre en ce qui concerne les actions réelles mobilières, parce que les meubles sont choses transportables et n'ont pas d'assiette fixe. C'est pourquoi les actions pétitoires mobilières sont en principe de la compétence du domicile du défendeur.

2-Intérêts se rattachant à l'importance donnée aux immeubles par la loi. 2 - Deuxième catégorie d'intérêts de la distinction entre meubles et immeubles, catégorie plus artificielle, qui se rattache à l'importance que la législation attache à la fortune immobilière.

a) Nous savons que la loi admet plus facilement

Source : BIU Cujas

a) Capacité et administration des biens des incapables

facilement les incapables, mineurs ou femmes mariées (dans la mesure où elles ont conservé leur incapacité), à disposer de leurs meubles que de leurs immeubles. De même les pouvoirs du tuteur ou des administrateurs de biens d'autrui sont plus étendus en ce qui concerne les meubles que les immeubles. C'est ainsi que l'on admettra le tuteur à aliéner sans autorisation les meubles corporels du mineur , tandis que pour l'aliénation des immeubles il faut que ce tuteur soit muni de l'autorisation du conseil de famille homologuée par le tribunal. De même la femme séparée de biens peut aliéner librement ses meubles, elle ne peut pas au contraire aliéner ses immeubles sans l'autorisation de son mari.

b)communauté légale

b) Sous le régime de la communauté légale, qu'on appelle la communauté de meubles et acquêts, les meubles que possèdent les époux au jour du mariage entrent en communauté, tandis que les immeubles qu'ils possèdent à ce jour leur restent propres. Evidemment l'idée qui a présidé à cette solution c'est que les immeubles sont choses essentielles qu'il faut conserver dans les familles, les meubles n'ont guère d'importance, il n'y a aucun inconvénient à ce qu'ils deviennent communs. C'est une conception aujourd'hui anachronique qui ne correspond plus du tout à la valeur respective des meubles et des immeubles. C'est pourquoi, en pratique, pour échapper à cette distinction, les futurs époux qui ont une certaine fortune, et notamment une fortune mobilière, font toujours un contrat de mariage dans lequel ils adoptent un autre régime que le régime de la communauté légale, en particulier le régime de la communauté réduite aux acquêts, régime dans lequel tous les biens appartenant aux époux au jour du mariage, meubles ou immeubles, leur restent propres. Finalement le régime de la communauté légale ne s'applique plus aujourd'hui qu'aux gens qui se marient sans contrat, c'est-à-dire ceux qui n'ont aucune fortune.

c)saisie

c)Enfin, la saisie qui peut être pratiquée par un créancier est organisée d'une manière différente suivant que l'objet saisi est un meuble ou un immeuble.

Si la chose saisie est un immeuble, la loi a organisé une procédure unique, la procédure de saisie immobilière, qui est très compliquée. Si la chose saisie est un meuble, d'abord il y a différentes procédures de saisie suivant que la chose saisie est un meuble corporel ou une créance ou une rente ou tel autre objet; et ces procédures de saisie mobilière sont soumises à des règles différentes plus simples que celles de la saisie mobilière.

"Les Cours de Droit" Y Répétitions Écrites et Orales
3, Place de la Sorbonne, 3 Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

Demandons-nous quels biens rentrent dans l'une ou l'autre de ces catégories.

A - Les immeubles

Application aux immeubles de la distinction des biens en corporels et incorporels

Le code civil a appliqué à la distinction des meubles et des immeubles la classification en biens corporels et biens incorporels. Il y a donc d'une part les immeubles corporels, qui sont des choses matérielles, et d'autre part des immeubles incorporels, qui sont les droits, tous les droits réels portant sur les immeubles.

1)Deux catégories d'immeubles corporels

1) Les immeubles corporels.

Ce sont des choses matérielles. En réalité, la loi confond ici le droit de propriété et son objet. Quand la loi nous parle d'immeubles et de meubles, elle entend le droit de propriété que nous pouvons avoir sur un immeuble ou sur un meuble.

Les immeubles corporels sont de deux sortes. Art.51 "Les biens sont immeubles ou par leur nature ou par leur destination", voilà deux catégories d'immeubles corporels; "ou par l'objet auquel ils s'appliquent', ce sont les immeubles incorporels. Il y a donc deux catégories d'immeubles corporels, ce sont les immeubles par nature et les immeubles par destination.

1-Immeubles par nature

1°- Les immeubles par nature: Ce sont ceux dont la qualité physique est de ne pouvoir être déplacés; c'est le véritable "immeuble".

a) Le sol

a) Il en est ainsi avant tout du sol. Les fonds de terre sont déclarés immeubles par nature par l'art. 518.

b)objets unis ou incorporés au sol

b) La loi considère comme immeubles par nature tous les objets unis ou incorporés au sol.

Bâtiments adhérant au sol quel qu'en soit la construction

Il en est ainsi tout d'abord des édifices. La loi parle des "bâtiments", mais il y a d'autres édifices que les bâtiments : par exemple un pont, un puits, une canalisation. Tous les édifices, du moment qu'ils sont adhérents au sol sont immeubles, sans qu'il y ait lieu de se préoccuper de savoir qui les a construits, si c'est le propriétaire du sol ou un locataire, peu importe; du moment qu'il y a incorporation au sol l'édifice est chose immobilière par nature.

Pour qu'un bâtiment constitue un immeuble, il faut qu'il soit adhérent au sol et non pas simplement posé sur le sol, comme le sont les baraques de foire ou certains kiosques posés sur la voie publique.

Objets adhérents au sol et en faisant partie intégrante

Non seulement le bâtiment lui-même est immeuble, mais il en est de même de tout ce qui y adhère et en fait partie intégrante. L'art. 523 en fait une applic

Source : BIU Cujas

tion: "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". Les tuyaux de descente des eaux, et d'une manière générale toutes les canalisations d'eau, de gaz, d'électricité, tout cela étant incorporé à l'immeuble est immeuble, a le caractère immobilier. Tout ce qui fait corps avec l'immeuble est immobilier, les balcons, les portes, les fenêtres sont immeubles parce qu'ils font corps avec le bâtiment.

Caractère mobilier des matériaux de démolition

Un bâtiment perd le caractère immobilier lorsqu'il cesse d'être incorporé au sol en cas de démolition. Les matériaux d'une maison démolie sont des meubles, dit l'art. 532.

Mobilisation par anticipation

Mais on admet aussi en cette matière ce que l'on appelle la mobilisation par anticipation. Supposons qu'un propriétaire d'immeuble vende celui-ci pour être démoli; s'agit -il d'une vente immobilière? En principe, oui, mais en pratique on traite cette vente comme une vente mobilière, étant donné la destination que le vendeur donne à la chose; la démolition.

Caractère immobilier des végétaux tant qu'ils sont attachés au sol.

Sont encore immeubles par nature comme incorporés au sol les végétaux. La loi en fait deux applications. L'art. 520 nous dit que "les récoltes pendantes par les racines et les fruits des arbres non encore recueillis sont immeubles". Par conséquent, les récoltes non encore coupées et les fruits d'une manière générale sont immeubles. Et l'art. 521 le dit également pour les bois: "les coupes ordinaires des bois taillis ou de futaies mises en coupes réglées ne deviennent meubles qu'au fur et à mesure que les arbres sont abattus". Tant que la coupe n'est pas faite, l'arbre est un immeuble.

Il faut en dire autant des arbres des pépinières. bien que destinés à être vendus; tant qu'ils ne sont pas vendus et détachés du sol, ces arbres sont immeubles.

De même les plantes d'un jardin, à moins qu'il ne s'agisse de plantes qui soient dans des pots, mais les plantes qui sont adhérentes au sol sont immeubles comme le jardin lui-même.

Mais ici, comme pour les bâtiments, les végétaux perdent leur caractère immobilier lorsqu'ils cessent d'être unis au sol. L'art. 520 nous dit: "Dès que les grains sont coupés et les fruits détachés, quoique non enlevés, ils sont meubles". Du moment que la récolte est faite, elle est mobilisée. Les récoltes lorsqu'elles sont coupées, les fruits lorsqu'ils sont détachés perdent leur caractère immobilier et deviennent des meubles.

On admet également que la vente de fruits ou de ré-

Source : BIU Cujas

Caractère mobilier de la vente d'une récolte sur pied

coltes sur pied ou d'arbres pour être abattus constitue une vente mobilière, ce qui entraîne des conséquences à différents points de vue et notamment au point de vue des droits fiscaux à percevoir. Celui qui vend une récolte sur pied ne fait pas, au point de vue fiscal, une vente immobilière, il fait une vente mobilière parce que les récoltes sont destinées à être coupées. De même celui qui vend une coupe de bois; il vend en réalité des arbres sur pied comme des meubles et on considère cela au point de vue civil et fiscal comme une vente mobilière.

La saisie brandon

La loi elle-même a institué une saisie particulière, une saisie mobilière, pour les récoltes sur pied. Du moment que l'on est à six semaines de la récolte, il existe une forme particulière de saisie qui n'est pas la saisie immobilière, qui est une saisie mobilière et que l'on appelle d'un nom ancien: la saisie-brandon, parce qu'autrefois lorsqu'on saisissait une récolte on mettait des brandons de paille sur le champ dont la récolte était saisie, de manière à avertir les tiers. La saisie-brandon est une saisie mobilière.

2)Immeubles par destination. Choses mobilières traitées fictivement comme immeubles à raison de leur caractère accessoire

2°- Deuxième catégorie d'immeubles corporels: ce sont les immeubles par destination.

Les immeubles par destination sont des choses mobilières par leur nature physique et que la loi traite juridiquement comme des choses immobilières à raison de leur caractère accessoire d'un immeuble par nature.

Par exemple, les animaux attachés par le propriétaire à l'exploitation d'un domaine agricole sont en réalité des choses mobilières, mais la loi les considère en ce cas comme des immeubles, parce qu'ils sont nécessaires à l'exploitation, ils sont l'accessoire de l'exploitation et il y aurait des inconvénients à les en séparer.

Raison pratique de cette immobilisation

On dit quelquefois que les immeubles par destination sont des immeubles fictifs. En effet, physiquement ce sont des choses mobilières; c'est par une sorte de fiction que la loi les traite comme des immeubles. Mais pourquoi cette fiction? Cette qualité d'immeubles attachée à certaines choses mobilières s'explique par des raisons pratiques. Certains meubles font en effet, au point de vue économique, partie intégrante d'un immeuble à la destination duquel ils servent, si bien que si ces choses pouvaient être trop facilement séparées de l'immeuble par nature auquel elles sont destinées cet immeuble par nature perdrait une partie de sa valeur économique. Il est incontestable par exemple que les animaux attachés à une culture

Source : BIU Cujas

ou les machines aratoires servant à l'exploitation du domaine agricole, les machines servant à l'exploitation d'une usine, ne font en quelque sorte qu'un seul corps avec cette exploitation agricole ou cette usine et contribuent à augmenter sa valeur pécuniaire.

Ce que la loi a voulu en immobilisant ces choses mobilières c'est qu'elles suivissent en principe la destinée de l'exploitation à laquelle elles servent, à laquelle elles sont destinées. En particulier, si l'on n'admettait pas cette conception que la chose mobilière accessoire de l'immeuble est devenue immeuble elle-même les meubles accessoires d'un fonds auraient pu être saisis séparément par les créanciers du propriétaire. Au lieu de pratiquer une saisie immobilière, les créanciers du propriétaire auraient saisi les animaux ou les machines agricoles. Mais alors l'exploitation serait devenue impossible. Tandis qu'avec le système du Code civil, il faut pratiquer une saisie immobilière qui portera tout à la fois sur le fonds lui-même, et sur les animaux et les ustensiles attachés à cette exploitation agricole.

De même en cas de partage, si l'on n'avait pas admis cette fiction de l'immobilisation par destination, les meubles servant à l'exploitation d'un fonds auraient pu être mis dans un lot et le fonds lui-même dans un autre lot au détriment de la valeur économique du fonds.

De même dans le cas où une personne aurait légué ses meubles à une autre, si l'on n'avait pas admis la fiction de l'immobilisation, les choses mobilières attachées à l'exploitation du fonds auraient été mises dans le lot du légataire du mobilier, tandis que l'héritier ou le légataire des immeubles aurait reçu une exploitation dépourvue de son matériel.

Grâce à l'immobilisation par destination, les immeubles par destination ne peuvent être saisis qu'avec le fonds lui-même auquel ils sont affectés et suivant la procédure de la saisie immobilière. En cas de partage les immeubles par destination sont mis dans le même lot que l'immeuble auquel ils sont affectés. En cas de legs des meubles, les immeubles par destination ne sont pas transmis au légataire du mobilier puisque ce sont des biens immobiliers. Celui qui héritera de l'exploitation agricole héritera en même temps des immeubles par destination qui sont affectés à l'exploitation de cet immeuble.

Condition de l'immobilisation par destination

Il reste à savoir quand il y a immobilisation par destination.

Pour qu'il puisse être question d'immobilisation par destination, il est absolument nécessaire - condition indispensable et sans exception - que l'objet mobilier

Source : BIU Cujas

Identité de propriétaire pour le meuble et l'immeuble

ait été placé sur le fonds par le propriétaire de ce fonds, Le Code, dans ses articles 522, 524, 525, où il traite des immeubles par destination, le suppose absolument. D'ailleurs, la question ne pourrait se poser si le meuble et l'immeuble avaient chacun un propriétaire différent, puisqu'en pareil cas les créanciers de chacun de ces propriétaires pourraient bien saisir la chose de leur débiteur mais pas celle de l'autre. Si les animaux attachés à une culture avaient un propriétaire différent de celui du domaine, le créancier du propriétaire des animaux pourrait les saisir et le créancier du propriétaire du domaine pourrait saisir celui-ci. Il ne peut être question d'immobilisation par destination que si la même personne est propriétaire tout à la fois du domaine et des choses qui y sont affectées.

En conséquence, il faut décider que les animaux ou les ustensiles attachés à une exploitation agricole deviennent immeubles par destination s'ils ont été placés par le propriétaire du fonds, mais au contraire qu'ils restent meubles si ces objets ou ces animaux ont été placés par le fermier, parce qu'alors ces animaux ou ces objets appartiennent au fermier, peuvent être saisis mobilièrement par les créanciers du fermier, tandis que les créanciers du propriétaire saisiront l'exploitation immobilière.

Cette condition générale s'applique aux deux catégories d'immeubles par destination admises par le Code.

Les 2 catégories d'immeubles par destination

La première catégorie comprend les objets que le propriétaire d'un immeuble y a placés pour le service et l'exploitation de cet immeuble. Ce sont les véritables immeubles par destination.

Seconde catégorie: les objets que le propriétaire d'un fonds y a attachés à perpétuelle demeure.

1)Meubles affectés au service d'une exploitation agricole, industrielle, commerciale ou d'une maison bourgeoise

Première catégorie: article 524: Les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds sont immeubles par destination.

Le Code donne ensuite une énumération, mais qui n'est nullement limitative. Le Code cite d'abord et surtout des choses qui sont immeubles par destination comme affectées à l'exploitation agricole; ce sont des choses immobilisées par destination agricole. Le Code cite les animaux attachés à la culture, les ustensiles aratoires, les semences, les pressoirs, chaudières, alambics, les pailles et engrais; puis certains animaux qui ne sont pas des animaux domestiques mais qui ne sont pas non plus des animaux vivant à l'état sauvage: les pigeons des colombiers, les lapins des garennes et les ruches à miel.

Source : BIU Cujas

L'art. 524 cite encore des choses qui sont immeubles par destination comme affectées à une exploitation industrielle. L'énumération est moins longue : les ustensiles nécessaires à l'exploitation des forges, papeteries et autres usines; toutes les machines industriel les évidemment.

Il faut ajouter à l'énumération du Code: sont immeubles par destination toutes les choses qui servent à l'exploitation industrielle, par exemple les voitures destinées au transport des matières premières ou des produits fabriqués, ou encore la houille destinée à procurer la force motrice; ou encore les animaux qui peuvent tirer les voitures de livraison, etc... tout cela est immeuble par destination.

Bien que l'énumération donnée par la loi n'en fasse pas mention, il résulte des termes généraux de l'art. 524 que l'on doit considérer comme immobilisés par destination les meubles servant à une exploitation commerciale, par exemple les baignoires d'un établissement de bains, les décors d'un théâtre ou les meubles d'un hôtel. Mais il y a difficulté, notamment pour les meubles d'un hôtel; la jurisprudence fait une distinction; elle décide que s'il s'agit d'un bâtiment aménagé pour le service d'un hôtel, révèlant extérieurement sa destination, les meubles garnissant l'hôtel seront immobilisés par destination; si au contraire il s'agit d'un immeuble dont rien ne révèle la destination à l'extérieur, (c'est une maison bourgeoise que conque transformée en hôtel) les meubles n'auraient pas le caractère d'immeubles par destination.

Enfin il faut considérer comme immeubles par destination certaines choses attachées au service d'une maison particulière, d'une maison bourgeoise, à la condition qu'elles soient avec cette maison dans un tel rapport de dépendance qu'elles n'en puissent être détachées sans nuire au service de la maison; par exemple les clés des portes sont immeubles par destination; les volets mobiles qui servent à fermer certaines boutiques sont immeubles par destination; de même les tapis des escaliers.

Au contraire, les meubles meublants qui appartiennent au propriétaire habitant la maison restent des choses purement mobilières, parce que ces meubles sont affectés au service du propriétaire et non au service de l'immeuble lui-même.

2)Meubles fixés à perpétuelle demeure

Deuxième catégorie des immeubles par destination: article 524, alinéa final, et article 525: Sont aussi immeubles par destination tous effets mobiliers que le propriétaire a attachés au fonds à perpétuelle demeure

Ici nous sommes en présence d'une disposition bien

Source : BIU Cujas

archaïque. Le propriétaire, nous dit l'art. 525, est censé avoir attaché à son fonds à perpétuelle demeure des effets mobiliers quand ils y sont scellés en plâtre ou à chaux ou à ciment, ou lorsqu'ils ne peuvent être détachés sans être fracturés ou détériorés ou sans briser ou détériorer la partie du fonds à laquelle ils sont attachés.

On voit tout de suite l'erreur du législateur. Ce ne sont pas en réalité des immeubles par destination, ce sont des immeubles par nature, ils sont incorporés à l'immeuble.

Glaces encastrées dans la boiserie

"Les glaces d'un appartement sont censées mises à perpétuelle demeure lorsque le parquet sur lequel elles sont attachées fait corps avec la boiserie. Et il en est de même des tableaux et autres ornements". Ce texte a été écrit à une époque où les murs étaient garnis de boiseries dans lesquelles étaient encastrées des glaces ornées de tableaux; c'est à cela que fait allusion l'art. 525. Aujourd'hui les murs sont recouverts de papiers peints, ou d'étoffe, ou de simple peinture, et les glaces sont posées à même le mur. Les glaces qui sont ainsi posées par le propriétaire dans l'appartement sont-elles aujourd'hui des immeubles par destination, bien qu'elles ne soient plus encastrées dans la boiserie? La jurisprudence considère que même lorsqu'elle ne fait pas corps avec la boiserie une glace peut être considérée comme immeuble par destination lorsque son agencement et son mode de fixation est tel qu'il manifeste avec certitude l'intention du propriétaire de l'attacher à la maison à perpétuelle demeure.

Statues placées dans des niches

L'article 525 ajoute: "Quant aux statues, elles sont immeubles lorsqu'elles sont placées dans une niche pratiquée exprès pour les recevoir, encore qu'elles puissent être enlevées sans fracture ou détérioration". Du moment que dans l'immeuble on a creusé une niche pour placer une statue, bien que la statue puisse être enlevée sans qu'il y ait fracture, la statue est considérée comme immeuble par destination.

Fin de l'immobilisation

Règle générale: les immeubles par destination perdent leur caractère immobilier lorsqu'ils sont séparés du fonds sur lequel ils étaient placés ou attachés, mais la perte de cette qualité ne peut provenir que du propriétaire lui-même. Le propriétaire peut vendre à part les immeubles par destination, par exemple les animaux attachés à la culture, ou certains instruments agricoles ou certaines machines; vendues séparément par le propriétaire ces choses reprennent leur caractère mobilier.

Comparaison en-

Il peut y avoir quelque intérêt à faire une brève

Source : BIU Cujas

tre les immeubles par nature et ceux par destination

comparaison entre les immeubles par nature et les immeubles par destination. Les différences qu'on peut relever entre ces deux catégories ont toutes pour origine cette différence essentielle que dans l'immeuble par nature il y a véritablement incorporation, incorporation au sol ou à un bâtiment; tandis que lorsqu'il s'agit d'immeuble par destination, il y a simplement affectation économique et juridique sans incorporation matérielle. De là certaines différences entre les immeubles par nature et les immeubles par destination.

1°- Au point de vue des conditions de l'immobilisation, il suffit qu'une chose soit incorporée à l'immeuble par nature pour devenir elle-même immeuble, peu importe l'auteur de l'incorporation, qu'il s'agisse du propriétaire ou du locataire. Au contraire, l'immobilisation par destination exige que la chose mobilière soit affectée à l'immeuble par le propriétaire de cet immeuble.

2°- Supposons que la chose immobilisée n'appartienne pas en réalité au propriétaire de l'immeuble, celui-ci est un simple possesseur; par exemple un individu a construit avec les matériaux d'autrui. Les choses qui sont ainsi incorporées à l'immeuble, le véritable propriétaire ne peut plus les revendiquer, il a simplement droit à une indemnité (art. 554).

S'agit-il au contraire d'une immobilisation par destination? Par exemple un individu a placé sur son domaine agricole des animaux qui ne lui appartiennent pas, cela n'empêche pas le véritable propriétaire de les revendiquer. L'immobilisation par destination, à la différence de l'immobilisation par nature, n'empêche pas la revendication du véritable propriétaire.

3°- Au point de vue du privilège du vendeur, le vendeur d'objets mobiliers a un privilège sur ces objets, privilège qui lui garantit le paiement du prix par préférence à tous autres créanciers de l'acheteur. Supposons qu'un individu ait vendu des matériaux à un propriétaire; si ces matériaux sont incorporés à l'immeuble, le vendeur ne peut plus exercer son privilège. Ces choses sont devenues immeubles par nature, elles se sont incorporées à l'immeuble, il ne peut plus être question de privilège mobilier. S'agit-il, au contraire, de choses qui sont simplement immdbilisées par destination, elles conservent un caractère mobilier par nature; le vendeur pourra encore exercer son privilège; par exemple des animaux qui seraient affectés à une exploitation agricole et dont le prix n'aurait pas été payé.

Appréciation

Et maintenant que faut-il penser de notre législa-

« Les Cours de Droit »
3, Place de la Sorbonne, 3
Répétitions écrites et orales
Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

de la classification des immeubles par destination

tion sur l'immobilisation par destination? Cette législation sur les immeubles par destination n'échappe pas à la critique, mais une distinction doit être faite.

1°- Il faut assurément critiquer le Code en ce qu'il considère comme immeubles par destination ces choses mobilières que le propriétaire a attachées au fonds à perpétuelle demeure. En réalité, il s'agit de choses adhérentes au fonds, en faisant partie intégrante, donc de véritables immeubles par nature. Il n'y a en réalité qu'une seule catégorie d'immeubles par destination, c'est la première, c'est-à-dire celle qui concerne les choses que le propriétaire d'un fonds y a placées pour le service et l'exploitation de ce fonds. La seconde catégorie comprend en réalité des immeubles par nature.

2°- Mais en ce qui concerne la première catégorie, le Code n'échappe pas non plus à toute critique. Assurément, le législateur a obéi à une idée juste: ne pas diminuer la valeur du fonds en permettant de séparer trop facilement d'une entreprise des objets affectés à cette entreprise. L'idée est juste, mais était-il nécessaire d'attribuer fictivement à ces objets la nature immobilière? Sur ce point le Code peut être critiqué Il aurait suffi, en vertu de la règle que l'accessoire suit le principal, de décider par exemple que ces meubles devraient suivre le sort de l'entreprise, être saisis en même temps qu'elle, être mis dans le même lot que l'immeuble au service duquel ces choses sont affectées, passer à l'héritier ou au légataire de l'immeuble, mais sans pour cela changer la nature intrinsèque de ces objets. Ils sont en réalité des meubles. Cela a une importance au point de vue fiscal. On considère que ces choses ont le caractère immobilier; au point de vue fiscal, en cas d'aliénation d'une entreprise, l'Enregistrement perçoit sur les immeubles par destination les mêmes droits élevés que sur les immeubles par nature, alors que les droits sur les aliénations mobilières sont moins élevés.

2 - Les immeubles incorporels

Ce sont les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent (art. 517)

Droits et actions ayant un immeuble pour objet

La loi range dans cette catégorie les droits et actions. L'article 526 pose en effet que sont immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent "l'usufruit des choses immobilières, les servitudes ou services fonciers, les actions qui tendent à revendiquer un immeuble".

Ce qui caractérise ces droits et actions c'est qu'ils ont un immeuble pour objet. Ce sont des droits

Source : BIU Cujas

réels immobiliers ou des actions immobilières.

Droits réels immobiliers et actions réelles immobilières

La loi du reste a omis le principal droit réel, le droit de propriété en tant qu'il porte sur un immeuble. Mais c'est là conséquence de l'ancienne confusion entre le droit de propriété et son objet. Le droit de propriété se confondant avec l'objet, le Code n'avait pas à s'en préoccuper puisque l'immeuble figure dans la catégorie des immeubles par nature.

La loi énumère les droits réels portant sur un immeuble. Elle indique comme droits réels l'usufruit des choses immobilières. L'usufruit a le caractère immobilier dans la mesure où il porte sur un immeuble. D'autre part, les servitudes, qui ne sont jamais que des droits immobiliers . L'énumération de la loi est incomplète, car il y a des privilèges immobiliers et des hypothèques qui sont des droits réels immobiliers.

La loi cite encore parmi les immeubles incorporels les actions qui tendent à revendiquer un immeuble. La principale est l'action en revendication de la propriété, mais il faut y ajouter l'action en revendication d'une servitude ou d'un usufruit, qu'on appelle action confessoire, et d'autre part les actions possessoires sont des actions réelles immobilières.

Droits de créance immobiliers; leur rareté

La loi ne vise ici que les droits réels immobiliers et les actions immobilières; n'y a-t-il donc pas de droits de créance immobiliers? La loi n'en parle pas et son silence s'explique par une raison pratique. C'est qu'en effet, comme nous aurons bientôt l'occasion de le constater, dans notre droit, la propriété est en principe acquise par le simple consentement. Par exemple, dans une vente d'immeuble, lorsque le vendeur et l'acheteur se sont mis d'accord sur le prix et les conditions de la vente, l'acheteur devient immédiatement propriétaire par la seule réalisation du contrat. Par conséquent, il n'est pas seulement créancier d'un immeuble, il est en même temps propriétaire et il peut exercer l'action en revendication.

En fait, les créances immobilières sont très rares dans notre droit. Il faut pour qu'on découvre une créance immobilière supposer par exemple qu'un domaine est loti et qu'une personne achète tant d'hectares à prendre dans ce domaine sans que ces hectares soient individualisés au jour de la vente; en pareil cas, l'acheteur ne peut pas devenir propriétaire, puisque la chose vendue n'est pas individualisée; il est créancier d'un immeuble, c'est une créance immobilière par l'objet auquel elle s'applique.

Source : BIU Cujas

B - Les meubles

L'article 527 divise les meubles en deux catégories seulement: les biens sont meubles par leur nature ou par la détermination de la loi.

Les meubles par la détermination de la loi ce sont des meubles incorporels; les meubles par nature sont des meubles corporels.

1) Meubles corporels ou par leur nature

I- Nous en aurons vite terminé avec les meubles corporels. "Sont meubles par leur nature, dit l'art. "528, les corps qui peuvent se transporter d'un lieu "à un autre, soit qu'ils se meuvent comme les animaux, "soit qu'ils ne puissent changer de place que par l'"effet d'une force étrangère, comme les choses inanimées" Ce qui caractérise le meuble c'est qu'il est transportable, il peut être déplacé.

L'art. 531 dit encore que les navires, bateaux, sont des choses mobilières. L'art. 532 le dit également pour les matériaux provenant de la démolition d'un édifice. Et l'art. 534 définit les meubles meublants, tout ce qui est contenu dans un appartement; les meubles meublants comprennent les meubles destinés à l'usage et à l'ornement des appartements, comme les tapisseries, lits, sièges, glaces, etc...C'est de la simple interprétation, il n'ya pas à insister autrement sur ce texte.

On peut dire que les meubles corporels ce sont toutes les choses qui ne sont ni immeubles par nature ni immeubles par destination.

-Meubles incorporels

2 - Mais parlons des meubles incorporels, que la loi appelle les meubles par la détermination de la loi. En réalité, ce sont des droits. Ils correspondent pour les meubles à ce que sont pour les immeubles les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent.

L'art. 529 Ses lacunes

Les meubles incorporels sont énumérés par l'art. 529, Mais l'énumération de la loi est très incomplète; notamment n'y figurent pas les droits réels mobiliers.

Droits réels mobiliers,

Cependant il est certain qu'un droit réel peut avoir pour objet un meuble. Ainsi, sans parler du droit de propriété que la loi confond avec son objet, constitue assurément un meuble par la détermination de la loi l'usufruit en tant qu'il porte sur un meuble, ou le gage qui est toujours un droit mobilier, le privilège qui dans certains cas porte sur un meuble, et enfin l'hypothèque qui, à vrai dire, à titre exceptionnel, porte parfois sur un meuble tel qu'un navire, c'est un droit mobilier qui doit être traité comme meuble par la

Source : BIU Cujas

détermination de la loi notamment au point de vue de l'entrée dans la communauté. Les servitudes ne sont jamais des droits mobiliers, elles sont toujours des droits immobiliers.

Les droits dits intellectuels

Mais il y a bien d'autres meubles par la détermination de la loi, dont ne parle pas l'art. 529 et cependant ces droits n'étaient pas complètement ignorés lors de la rédaction du Code civil. En particulier on est d'accord pour classer dans la catégorie des meubles incorporels tous les droits dits intellectuels; le droit de l'officier ministériel sur son office, qui à la différence de l'ancien droit est aujourd'hui considéré comme meuble, le droit du commerçant sur son fonds de commerce; le droit de propriété industrielle et artistique; tous ces droits doivent être rangés parmi les droits mobiliers.

Créances mobilières

Nous arrivons cette fois aux meubles incorporels qui sont prévus par l'art. 529. L'art. 529 déclare meubles par la détermination de la loi les obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers, en un mot toutes les créances mobilières; une créance est un meuble incorporel.

Parts d'associés dans les sociétés de commerce

Distinction des actions et des intérêts

La loi cite également comme meubles par détermination de la loi "les actions ou intérêts dans les compagnies de finance de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent aux compagnies. Ces actions ou intérêts sont réputés meubles à l'égard de chaque associé seulement tant que dure la société".

Ici une explication est nécessaire. La loi classe parmi les meubles incorporels par la détermination de la loi les parts d'associés dans une société commerciale. Ces parts sont ou des actions, si la société est par actions, ou des intérêts, s'il s'agit d'une société de personnes, en nom collectif ou en commandite. Une part sociale c'est un droit mobilier, c'est un meuble par la détermination de la loi. La loi a pris la peine de le dire, et cela se comprend.

Caractère mobilier de la part sociale. La personnalité morale de la société

Le droit de l'associé consiste à recevoir une part des bénéfices qui est représentée par de l'argent, chose mobilière. On comprend donc que la loi ait rangé les actions ou intérêts dans les sociétés commerciales parmi les meubles incorporels, comme elle l'a fait pour les créances.

Comment s'explique alors la disposition de la loi qui dit que les actions et intérêts sont de caractère mobilier, encore que des immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent aux compagnies? La loi suppose que dans le fonds social il y a des immeubles. La loi nous dit qu'alors même qu'il y a des immeubles dans le fonds social les parts des associés sont néan-

Source : BIU Cujas

moins des choses mobilières.

Cette disposition de la loi s'explique parce que le législateur a fait sienne cette conception en général admise dans notre droit, d'après laquelle c'est la société qui, comme personne morale, est propriétaire de l'actif social. En un mot la loi consacre cette conception que la société constitue une personne morale. Dès lors s'il y a des immeubles dans le fonds social, ces immeubles appartiennent à la société, personne morale, titulaire d'un patrimoine, et non pas aux associés indivisément. Cela explique que la loi décide que, quand bien même il y aurait des immeubles dans le fonds social, les parts des associés sont des choses mobilières, car, encore une fois, ces associés ne sont pas propriétaires par indivis des immeubles qui appartiennent à la société, personne morale. C'est la consécration de la personnalité morale des sociétés commerciales.

Ces actions ou intérêts sont réputés meubles à l'égard de chaque associé tant que dure la société, dit la loi. Du moment où la société entre en liquidation la part de l'associé pourra prendre dans une certaine mesure le caractère immobilier, dans la mesure où il y aura des immeubles dans le fonds social.

- Ajoutons que la jurisprudence a étendu aux sociétés civiles la personnalité morale des sociétés. L'art. 529 ne fait cependant mention que des sociétés commerciales.

Les rentes-rentes perpétuelles et rentes viagères; constitution de la rente à titre onéreux ou gratuit

L'article 529, alinéa 2, énumère enfin parmi les meubles incorporels les rentes. "Sont aussi meubles par la détermination de la loi les rentes perpétuelles ou viagères soit sur l'État soit sur des particuliers".

On appelle "rente" le droit pour une personne nommée crédirentier d'exiger d'une autre personne, le débirentier, une prestation annuelle, soit indéfiniment, soit seulement sa vie durant. Lorsque le débirentier doit par lui-même ou par ses héritiers la rente à titre perpétuel, à titre indéfini, la rente est dite perpétuelle. Lorsque le débirentier ne doit la rente au crédirentier que pendant la vie de ce dernier, la rente est viagère.

Une rente peut être constituée soit à titre gratuit soit à titre onéreux. A titre gratuit: par exemple un testateur lègue une rente viagère à une personne et cette rente viagère est à la charge de son héritier.

La rente peut aussi - et c'est un cas fréquent - être constituée à titre onéreux. Elle peut être constituée moyennant le versement soit d'un capital en argent soit comme prix d'aliénation d'un bien, et notamment d'un immeuble. Une personne verse un capital à une autre, par exemple à une compagnie d'assurance, en échange de

Source : BIU Cujas

quoi cette compagnie s'engage à lui verser une rente viagère, jusqu'à sa mort.

Différence entre la rente et le prêt

Ce qui différencie le droit du crédirentier de celui d'un prêteur ordinaire, c'est que ce crédirentier ne peut jamais exiger le remboursement du capital qu'il a versé; il a simplement droit à la rente.

La loi nous dit que les rentes sont des choses mobilières. Un bref historique est nécessaire à ce sujet.

Les rentes dans l'ancien droit

Dans l'ancien droit on connaissait deux espèces de rentes: les rentes constituées et les rentes foncières.

La rente constitue moyen de tourner la prohibition du prêt à intérêt.

Les rentes constituées: dans l'ancien droit la constitution de rente moyennant le versement d'un capital était un moyen de tourner la prohibition du prêt à intérêt. Suivant la règle canonique, le prêt à intérêt était interdit. On ne pouvait pas louer son capital. Le prêt à intérêt c'est la location d'un capital moyennant un loyer qui est l'intérêt. Comme on ne pouvait pas louer son capital, on imagina de le vendre. Un capitaliste vendait son capital une certaine somme; il perdait tout droit au remboursement de ce capital, mais il avait droit au service d'une rente perpétuelle. Aujourd'hui, le prêt à intérêt est permis. Les rentes perpétuelles n'existent plus en pratique. Il n'y a plus qu'une personne qui emprunte sous forme de rentes perpétuelles, c'est l'Etat.

Caractère immobilier dans l'ancien droit des rentes constituées perpétuelles

Par contre, les rentes viagères sont choses très fréquentes. Les rentes perpétuelles ou viagères sont meubles aujourd'hui; l'art. 529 le dit expressément: tandis qu'autrefois les rentes constituées étaient généralement considérées comme immeubles.

La rente foncière; le bail à rente. Caractère réel, immobilier perpétuel irrachetable susceptible d'hypothèque de la rente foncière.

Notre ancien droit connaissait aussi la rente foncière constituée comme prix d'aliénation d'un immeuble, maison ou fonds de terre. A cette époque celui qui voulait se rendre acquéreur d'un immeuble n'avait pas toujours le capital suffisant pour le payer. Cet acheteur s'engageait dès lors à payer une rente perpétuelle au vendeur. C'était la rente foncière. Or, dans l'ancien droit, la rente foncière était considérée comme un droit réel immobilier, un droit réel que l'aliénateur était censé s'être réservé sur l'immeuble. L'aliénateur perdait la propriété de son immeuble, mais il conservait en somme une sorte de droit sur cet immeuble; c'était la rente foncière. La charge de servir la rente incombait dès lors à tous les propriétaires successifs de l'immeuble. C'était l'immeuble lui-même qui était débiteur. Tous ceux qui se rendaient acquéreurs de l'immeuble devaient désormais le service de la rente foncière, rente perpatuelle. C'était une charge réelle qui grevait la propriété et dont le propriétaire de l'immeuble ne pouvait s'affranchir qu'en délaissant l'immeuble, en

Source : BIU Cujas

déguerpissant. La rente était irrachetable, c'est-à-dire que le propriétaire ne pouvait pas se débarrasser de cette rente en remboursant le capital ou en payant la valeur de la rente au titulaire de la rente.

De là une entrave à la circulation des immeubles grevés de rentes.

Suppression de ces caractères de la rente foncière par le Droit intermédiaire

Le droit révolutionnaire, qui entendait libérer la propriété foncière des charges qui la grevaient, charges féodales ou autres, permit le rachat des rentes foncières existantes et il interdit à l'avenir d'établir des rentes irrachetables. Diverses autres mesures furent prises par le droit révolutionnaire; notamment les rentes foncières perdirent leur caractère de droits réels et d'immeubles ; on déclara qu'elles ne seraient plus susceptibles d'hypothèques.

Sous le Code civil on peut aliéner un immeuble en échange d'une rente perpétuelle ou viagère. On peut très bien aujourd'hui encore aliéner un immeuble en échange d'une rente perpétuelle. Mais à la différence de l'ancien droit, cette rente est un droit personnel qui incombe exclusivement à l'acheteur et à ses héritiers; c'est un droit mobilier (art. 529) et c'est un droit essentiellement rachetable.

Caractère personnel, mobilier rachetable de toute rente dans le C.C.

L'art. 530 décide que toute rente établie à perpétuité pour le prix de la vente d'un immeuble, ou comme condition de la cession à titre onéreux ou gratuit d'un fonds immobilier, est essentiellement rachetable, c'est à-dire qu'à tout instant le débiteur de la rente peut en payer la valeur à celui qui a aliéné l'immeuble.

Cependant l'art. 530 permet de stipuler que la rente ne pourra être remboursée qu'après un certain délai, lequel ne pourra excéder trente ans.

Pour en terminer avec la distinction des biens, il faut faire mention d'une distinction qui est fondée, elle aussi, sur la nature physique des choses: c'est la distinction des choses consomptibles et des choses non consomptibles par le premier usage.

Choses consomptibles ou non par le premier usage

Il y a, en effet, des choses dont on ne peut se servir sans les détruire matériellement , sans les consommer, par exemple les boissons et toutes les denrées servant à la nourriture de l'homme et des animaux on ne peut en user sans les détruire.

Il y a d'autres choses dont on peut se servir sans les détruire matériellement. Les exemples ne manquent pas: un champ, une maison, un animal, un livre.

Les premières sont dites consomptibles par le premier usage. Les secondes, celles dont on peut se servir sans les détruire matériellement, sont des choses non consomptibles par le premier usage.

Source : BIU Cujas

Consomptibilité matérielle et consomptibilité juridique

A la notion de consomptibilité matérielle est venue s'ajouter la notion de consomptibilité juridique. Il y a des choses qui sont consomptibles juridiquement sans l'être matériellement: c'est le cas de la monnaie, on ne peut se servir de pièces de monnaie sans les aliéner, sans les dépenser. A quoi servirait la monnaie si nous ne pouvions pas la dépenser? La monnaie est chose consomptible et chose fongible, une pièce de monnaie en vaut une autre.

Intérêts de la distinction des choses consomptibles ou non

Quel intérêt y a-t-il à distinguer les choses consomptibles et les choses non consomptibles? Il y a deux intérêts principaux.

1°- En cas d'usufruit lorsque le droit de l'usufruitier porte sur une chose non consomptible, par exemple une maison, il doit se contenter d'en user pendant la durée de son usufruit et il doit restituer cette chose lorsque son droit s'éteint. Au contraire si l'usufruit porte sur une chose consomptible, comme du vin, du blé, ou de l'argent, ou de la monnaie, comme l'usufruitier ne peut pas s'en servir sans la détruire matériellement ou juridiquement, l'art. 587 décide qu'à l'expiration de son usufruit l'usufruitier devra se contenter de rendre des choses de pareille qualité quantité et valeur, ou leur estimation.

2°- En cas de prêt, si la chose prêtée est non consomptible, l'emprunteur doit la restituer elle-même. S'il s'agit au contraire d'une chose consomptible, argent ou blé, l'emprunteur doit simplement restituer des choses équivalentes en quantité et en valeur (art. 1902).

Chapitre II

LA PROPRIETE ET LES DROITS REELS PRINCIPAUX

CONSIDERES DANS LEUR ETENDUE

1 - La propriété
2 - L'usufruit, l'usage et l'habitation
3 - Les servitudes,
4 - L'emphytéose.

Source : Bibliothèque Cujas

Section I

La propriété

Définition Art. 544

Elle est définie par l'art. 544 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 réglements.

Le Code ne nous dit pas que la propriété est un droit réel, mais cela est certain, c'est même le droit réel le plus complet qui puisse exister puisqu'il permet au propriétaire d'épuiser toute l'utilité de la chose sur laquelle il porte et qu'il lui permet même d'aller jusqu'à l'abus, c'est-à-dire jusqu'à la destruction matérielle ou juridique de cette chose. La propriété est un droit réel si complet que les jurisconsultes romains ont confondu le droit de propriété et son objet.

La propriété individuelle

La propriété, que définit l'art. 544, c'est la propriété individuelle, qui est la forme habituelle sous laquelle se présente la propriété de nos jours, mais il n'en a pas toujours été ainsi. Les historiens et les économistes nous montrent qu'à certaines époques et dans certaines civilisations la propriété, tout au moins la propriété des immeubles, se présente sous la forme collective. Elle appartient au clan ou à la tribu, et à un stade postérieur, à la famille; et nous trouvons dans notre ancien droit certains vestiges de l'ancienne co-propriété familiale.

Nous n'avons pas ici à exposer les avantages du régime de la propriété individuelle, non plus qu'à essayer de légitimer la propriété individuelle, ni à nous demander si la propriété individuelle est un stade définitif ou si au contraire, comme le soutiennent certaines théories socialistes, nous sommes appelés un jour à voir se transformer la propriété individuelle en propriété collective.

La propriété individuelle base du régime économique moderne

Mais ce qu'il importe de remarquer c'est que la propriété individuelle est la base de notre régime économique moderne, elle est le grand ressort de la production et de la répartition dans nos sociétés modernes.

La propriété collective dans la société moderne

Ce qu'il importe aussi de remarquer c'est que la propriété collective n'a jamais disparu, Elle tient dans notre droit une place fort importante, et elle tend de nos jours à prendre une nouvelle extension

Source : BIU Cujas

En droit public la propriété collective est chose courante, Toutes les personnes morales publiques, Etat, département, commune, colonie, établissement public, ont un patrimoine collectif, qui rentre soit dans leur domaine public soit dans leur domaine privé.

En droit privé la propriété collective s'accroît à mesure que se développent les associations de personnes et les sociétés de toutes sortes. La propriété collective se présente encore en droit privé sous la forme de la fondation, dont nous avons eu l'occasion de parler lorsque nous nous sommes occupés des personnes morales, la fondation par laquelle une personne affecte une certaine quantité de biens à un but déterminé, à un acte de bienfaisance ou autre; il y a là un patrimoine collectif qui échappe aux règles de la propriété individuelle.

Choses échappant à la propriété individuelle

Nous limiterons notre étude à la propriété individuelle. Dans notre civilisation actuelle la propriété individuelle peut porter sur toutes espèces de choses mobilières ou immobilières. Ne sont exceptées de la propriété individuelle que ces choses que les jurisconsultes romains appelaient "res communes", choses destinées à l'usage commun de tous, qui pour cette raison ne sont pas susceptibles d'appropfiation. Les jurisconsultes romains citaient parmi ces choses communes l'air, la mer et l'eau courante.

Ces exceptions mises à part, la propriété individuelle peut avoir pour objet toutes choses corporelles, meubles ou immeubles.

La propriété des choses corporelles et les propriétés dites intellectuelles . Différences entre celles-ci et la véritable propriété

La propriété des choses corporelles est la véritable , la seule propriété. Cette remarque est nécessaire parce qu'il existe dans notre droit un certain nombre de propriétés soidisant incorporelles, propriétés portant sur des choses immatérielles. Tels sont notamment la propriété industrielle, la propriété littéraire ou artistique, qui confèrent un certain monopole temporaire d'exploitation à un inventeur sur son invention ou à un littérateur ou un artiste sur son oeuvre. On parle de propriété industrielle ou de propriété littéraire ou artistique; en réalité ces monopoles n'ont qu'un point commun avec la propriété: c'est qu'ils confèrent à leur titulaire un droit absolu opposable à tout le monde. C'est évidemment ce qui a permis le rapprochement avec la propriété. L'auteur, l'artiste, l'inventeur, a un droit absolu à s'opposer à ce que les tiers exploitent l'invention et reproduisent l'oeuvre. Mais par ailleurs ce ne sont pas de véritables droits de propriété.

Tout d'abord ces droits n'ont qu'un caractère temporaire, alors que la propriété véritable est perpétuelle, Le droit de l'inventeur, le droit de l'auteur

Source : BIU Cujas

ou de l'artiste s'éteint au bout d'un certain nombre d'années. En particulier, l'artiste ou l'auteur jouit de son droit pendant sa vie durant et ses héritiers en jouissent mais seulement pendant cinquante ans après la mort de l'auteur ou de l"artiste, ensuite le droit de propriété s'évanouit; or, un droit de propriété est en principe perpétuel.

Mais surtout, quand on parle de propriété littéraire ou artistique, il importe de ne pas confondre deux choses: l'oeuvre matérielle, la forme, et l'idée. Sans doute le littérateur est propriétaire de son manuscrit, qui est une chose corporelle, qu'il peut détruire s'il lui plaît. D'autre part, il peut aussi s'opposer à ce qu'un tiers repdouise l'oeuvre dans la forme qu'il lui a donnée, car au fond ce que représente la propriété littéraire ou artistique c'est la forme. Mais il y a autre chose: l'idée. L'idée n'appartient à personne, ou plus exactement elle appartient à tout le monde. Personne ne peut être déclaré propriétaire d'une idée, car depuis que les hommes existent et qu' ils pensent on a exprimé toutes les idées possibles , on a tout dit. Par conséquent, une fois l'oeuvre lancée dans le public, les idées qu'elle contient appartiennent à tous, parce que l'auteur les a héritées de ses prédécesseurs, il n'en est pas l'inventeur. L'auteur ne peut pas émettre la prétention d'empêcher les tiers de se servir de ses idées, qu'il a pu ressusciter alors qu'elles étaient en sommeil.

La propriété littéraire ou artistique n'est donc pas une véritable propriété.

Les offices ministériels. Droits de l'officier ministériel sur son office. différence avec le droit de propriété

Il faut en dire autant d'une autre propriété incorporelle, la propriété des offices ministériels. On dit souvent, couramment même: l'officier ministériel est propriétaire de sa charge. Ce n'est pas vrai: l'office est une fonction publique. L'Etat crée les offices là où il lui paraît nécessaire d'en créer et il peut les supprimer quand il lui paraît nécessaire de les supprimer. Il ne les supprime pas sans payer une indemnité, mais ce n'est pas une véritable propriété qui appartient à l'officier ministériel sur son office. L'officier ministériel a simplement droit, moyennant finance d'ailleurs, de présenter son successeur au gouvernement, Le gouvernement a le droit de ne pas agréer le successeur, il exerce par ailleurs son contrôle sur le prix de transmission, et dans certains cas le gouvernement peut faire perdre son droit à l'officier ministériel en le destituant par voie disciplinaire. Lofficier ministériel destitué perd en effet son droit de présentation. On voit donc que ce n'est pas une véritable propriété, puisque le titulaire de l'office ne peut céder sa charge à qui

Source : BIU Cujas

lui plaît. La charge n'est pas saisissable par les créanciers de l'officier ministériel, la charge n'est pas dans le commerce; c'est une fonction.

Critique de l'expression: propriété d'une créance

Au fond la tendance actuelle est d'appeler propriété tout ce qui a une valeur pécuniaire, tout ce qui rentre dans la catégorie des richesses, mais c'est un abus de langage. C'est ainsi que l'on parle souvent de la propriété d'une créance; c'est un abus de langage évident puisque droit de propriété et droit de créance s'excluent l'un l'autre, le droit de propriété étant un droit réel et le droit de créance étant un droit personnel. Celui qui a un droit de créance est un créancier, il est inexact de dire qu'il est propriétaire.

Il n'est qu'un cas cependant, à propos du droit de créance, où l'on puisse parler de propriété; c'est lorsque la créance est constatée dans un titre au porteur. En ce cas la créance se confond avec le titre, elle est incorporée en quelque sorte dans le certificat, elle se transmet avec lui, elle disparaît avec lui. C'est alors le propriétaire du titre qui est créancier. Il y a tout de même une différence juridique, sinon de fait, entre le droit de propriété portant sur le certificat et la créance incorporée à ce certificat.

Dans les explications qui vont suivre nous ne nous occuperons que de la propriété des choses corporelles. Voici comment nous diviserons cette étude de la propriété:

1) Caractères généraux de la propriété individuelle et prérogatives générales attachées au droit de propriété.

2) Les prérogatives spéciales attachées à la propriété immobilière ou foncière.

§ 1 - Caractères généraux de la propriété et prérogatives générales appartement au propriétaire.

Si nous reprenons la définition de l'art. 544, nous voyons que ce texte pose en principe que la propriété est un droit absolu; c'est le droit de jouir des choses de la manière la plus absolue.

Mais immédiatement le législateur vient détruire son principe en ajoutant: "pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les réglements". Il en résulte donc que la propriété n'est pas un droit absolu.

Source : BIU Cujas

La conception individualiste de la propriété en tant que droit subjectif et la conception de la propriété fonction sociale Leur conciliation

Néanmoins cette définition des rédacteurs du Code est suggestive, parce qu'elle nous montre les deux conceptions entre lesquelles oscille tout législateur en ce qui concerne le droit de propriété: la conception individualiste de la propriété et la conception de la propriété fonction sociale.

Au point de vue individualiste, la propriété tend à être un droit absolu. La propriété est nécessaire au développement intégral de l'individu. Elle seule lui permet de se procurer certaines jouissances; elle seule permet les initiatives fécondes. Elle est, a-t-on dit, le complément et la condition de la liberté. Il importe donc à ce point de vue que la propriété soit dans la plus large mesure libre d'entraves, libre de limitations, afin de permettre aux hommes d'améliorer leur existence et de développer leurs facultés.

A cette conception s'oppose celle qui voit dans la propriété individuelle autant un devoir qu'un droit, autant une source d'obligations qu'une source de prérogatived. La propriété individuelle, dit-on, n'existe que dans la mesure où le commande l'intérêt général et où elle sert l'intérêt général. Selon la formule de Duguit, la propriété n'est plus le droit subjectif du propriétaire, c'est la fonction sociale du détenteur de la richesse. Il en résulte que le droit de propriété n'a rien d'absolu. D'une part la loi peut apporter à la propriété toutes les limitations nécessitées par l'intérêt général; d'autre part, le propriétaire ne peut être défendu que dans la mesure où il exerce son droit de propriété conformément à l'intérêt général; notamment il peut y avoir un abus du droit de propriété qui engage la responsabilité du propriétaire.

Les deux thèses ne sont pas inconciliables assurément; il n'est pas de législation qui ne tienne compte de l'une et de l'autre conception. Même les législations les plus individualistes en matière de propriété sont obligées d'admettre des restrictions au caractère absolu de la propriété. Par ailleurs on ne peut pousser trop loin la conception de la propriété fonction sociale. Duguit lui-même le reconnaît; le propriétaire a le devoir et partant le droit d'employer la chose qu'il détient à la satisfaction de ses besoins individuels, d'employer la chose au développement de son activité physique, intellectuelle et morale. Cela suppose un certain pouvoir discrétionnaire du propriétaire sur sa chose.

Les rédacteurs du Code civil se sont inspirés avant tout de la conception individualiste, qui était celle de la Révolution. La Déclaration des Droits de

Source : BIU Cujas

La conception individualiste de la propriété dans le C.C. sous réserve de certaines limitations

l'homme avait fait de la propriété un droit naturel au même titre que la liberté. Mais il n'en résulte pas que le droit de propriété soit sans limites. Le droit intermédiaire et la législation du XIXème siècle ont admis des restrictions au droit de propriété dans l'intérêt général. Seulement dans la conception individualiste on considère que les restrictions à la propriété sont chose exceptionnelle.

Aujourd'hui les idées ont évolué; les restrictions au droit de propriété sont devenues de plus en plus nombreuses, elles se multiplient et elles se sont multipliées depuis la guerre. Mais malgré tout la définition de l'art. 544 reste encore l'expression de la vérité. Le propriétaire reste muni aujourd'hui encore de prérogatives étendues.

Les trois prérogatives du droit de propriété

Ces prérogatives peuvent se ramener aux trois idées suivantes:

1°- Le propriétaire peut retirer de sa chose toute l'utilité qu'elle est susceptible de procurer et il peut en disposer librement.

2°- Le propriétaire peut exclure les tiers de toute participation à l'usage ou à la disposition de sa chose.

3°- Le droit de propriété a un caractère perpétuel.

I-Droit d'utiliser la chose et d'en disposer

I - Première prérogative : le propriétaire peut retirer de sa chose toute l'utilité qu'elle est susceptible de lui procurer et il peut en disposer librement.

Cette prérogative s'entend soit du point de vue des actes matériels, soit du point de vue des actes juridiques.

1) au point de vue matériel, usus, fructus, abusus

Au point de vue matériel, le propriétaire peut user de sa chose; il peut si c'est un champ le cultiver, si c'est une maison l'habiter, c'est l'usus.

En second lieu, le propriétaire est appelé à recueillir les fruits produits par sa chose (art. 547) c'est le fructus.

Enfin le propriétaire peut librement disposer de sa chose au point de vue matériel; il peut la transformer, en changer la nature dans la mesure où cela est possible, il peut ne pas s'en servir, il peut la détruire, c'est l'abusus.

Usus, fructus, abusus, telles sont les trois prérogatives dans lesquelles on résume les prérogatives du propriétaire.

L'abusus, c'est même la prérogative la plus caractéristique du droit du propriétaire, car on peut user d'une chose sans en être propriétaire; c'est le cas du locataire et le cas de l'emprunteur; on peut recueillir les fruits d'une chose sans en être propriétaire, c'est le cas de l'usufruitier; mais seul le

Source : BIU Cujas

propriétaire peut disposer de sa chose au point de vue matériel, la transformer ou la détruire dans la mesure où elle est susceptible de destruction.

2-Au point de vue juridique, actes de disposition du propriétaire

Au point de vue juridique, le propriétaire peut disposer de sa chose, la prêter, la louer, la grever de droits réels, enfin l'aliéner soit à titre gratuit soit à titre onéreux; il peut en disposer pour le moment de son décès; s'il ne l'a pas fait c'est la loi qui attribue les biens dont il était propriétaire à ses parents les plus proches.

Telle est la première prérogative appartenant au propriétaire.

2-Caractère exclusif du droit de propriété

2 - Deuxième prérogative: le propriétaire peut exclure les tiers de toute participation à l'usage ou à la disposition de sa chose. La propriété, en un mot, est un droit exclusif, c'est la caractéristique de la propriété individuelle. Ce caractère exclusif s'entend aussi bien du point de vue matériel que du point de vue juridique.

Au point de vue matériel

Du point de vue matériel, le propriétaire peut s'opposer à tous les actes d'usage, de jouissance, de transformation ou de destruction que fait un tiers sur sa chose

Au point de vue juridique

Au point de vue juridique, le propriétaire a le droit de méconnaître tous les actes de disposition émanant d'un tiers non qualifié. Le propriétaire, et surtout le propriétaire d'immeuble, se voit conférer par la loi de très fortes garanties contre les empiétements des tiers, actions possessoires s'il s'agit d'immeubles, action revendication, action négatoire.

3-Caractère perpétuel du droit de propriété

3 - Troisième prérogative: la propriété est un droit perpétuel. C'est là encore une conséquence de son droit absolu. Le droit de propriété est un droit absolu dans l'espace, c'est ce que nous venons de voir, mais c'est aussi un droit absolu dans le temps. la propriété est un droit perpétuel.

Sans doute la propriété change de mains par suite des contrats, par suite des dévolutions successorales, mais c'est toujours le même droit de propriété qui subsiste et qui est transmis.

Cette conception est si forte qu'on l'applique même en cas de vente forcée, en cas de vente sur saisie. Par exemple le créancier a fait saisir et vendre l'immeuble de son débiteur; c'est le droit de propriété du débiteur qui est transmis, tout se passe comme si le débiteur avait vendu lui-même. Différence avec certaines législations où l'on considère qu'à chaque mutation la propriété fait retour à l'Etat' c'est le cas notamment du système Torrens.

Source : BIU Cujas

Voilà les prérogatives essentielles du propriétaire. On peut donc dire encore aujourd'hui avec l'art.544 que la propriété est sinon un droit absolu, du moins le droit le plus complet qu'une personne puisse avoir sur une chose. Mais il n'en est pas moins vrai que le droit de propriété est soumis à certaines limitations, à des restrictions que nous annonce l'art. 544 lui-même, "pourvu qu'on n'en fasse pas un usage contraire aux lois et règlements".

Les limitations du droit de propriété.

De ces limitations, les unes résultent de la loi ou des règlements, les autres résultent de la volonté du propriétaire ou de ses auteurs. Il y a donc des limitations légales et des limitations volontaires.

Les 2 catégories de limitations légales

Limitations légales: Toutes ces limitations au droit de propriété ont été inspirées au législateur par des motifs d'intérêt général, mais on les classe habituellement en deux catégories :

1°-Celles qui ont été admises dans un intérêt public et qui profitent à tous:

2° - Celles qui, tout en étant inspirées par l'intérêt général, sont appelées à profiter plus spécialement à certaines personnes, ce qui permet de dire quelquefois qu'elles sont admises dans un intérêt privé: c'est le cas des obligations résultant du voisinage.

Voilà les deux catégories de limitations légales. Nous ne dirons rien pour le moment des obligations résultant du voisinage, nous les retrouverons en étudiant les servitudes; ce sont des limitations fort importantes au droit de propriété. Contentons nous pour le moment de dire quelques mots des limitations admises dans un intérêt public et qui profitent à tous.

Limitations d'intérêt public et profitant à tous

Leur étude relève avant tout du droit administratif: le Code civil en fait mention, mais une simple mention, à propos des servitudes, en réalité il s'agit de limitations au droit de propriété. Il cite le marchepied le long des rivières navigables et flottables, et tout ce qui concerne la réparation des chemins et autres ouvrages publics ou communaux;"tout ce qui concerne cette espèce de servitudes, dit-il, est déterminé par des lois ou réglements particuliers".

Parmi ces limitations d'intérêt public, les unes constituent une entrave aux droits du propriétaire d'user, de jouir ou de disposer de la chose. Par exemple les prescriptions relatives aux établissements dangereux ou insalubres, l'interdiction de faire certaines fouilles, l'interdiction de vendre certains produits ou de cultiver certaines plantes, comme le tabac, etc..; limitations au droit du propriétaire d'user et de disposer de sa chose.

D'autres de ces limitations portent atteinte au caractère exclusif de la propriété; elles constituent une invasion de l'administration dans le domaine du propriétaire; ainsi l'occupation temporaire d'un domaine pour un travail public; ou l'obligation faite aux propriétaires d'assainir leurs logements insalubres; enfin la plus grave atteinte de toutes: la réquisition des meubles et l'expropriation des immeubles pour cause d'utilité publique, qui aboutissent à priver le propriétaire de son droit de propriété, moyennant indemnité d'ailleurs.

Différentes classifications de ces limitations

On peut classer de différentes manières ces limitations d'intérêt public à la propriété. D'abord certaines constituent des servitudes légales, lorsqu'elles sont établies sur un fonds pour l'utilité d'un autre fonds. Mais les autres sont de simples limitations au droit de propriété n'ayant pas le caractère de servitudes.

On peut classer encore ces limitations d'après le motif d'intérêt public qui leur a donné naissance. C'est ainsi que certaines de ces limitations sont fondées sur des motifs de sécurité ou de salubrité publiques: par exemple les obligations de voirie, obligations relatives à l'alignement, à la hauteur des constructions, à la réparation ou à la démolition des bâtiments menaçant ruine; ou encore tout ce qui concerne les établissements dangereux, insalubres ou incommodes, tout ce qui concerne l'assainissement des logements insalubres; ou encore l'interdiction d'élever des constructions dans un certain périmètre autour des cimetières; toute la législation sur les lotissements.

D'autres limitations sont fondées sur des motifs d'économie sociale, par exemple limitations au défrichement des forêts, ou même la possibilité pour l'administration d'ordonner le reboisement et le gazonnement des montagnes, toutes les dispositions spéciales au régime des eaux, par exemple l'interdiction de faire des fouilles ou des sondages dans un certain périmètre autour d'une source d'eau minérale; ou encore l'interdiction ou la réglementation de la fabrication de certains produits tels que l'alcool. Le régime de l'économie dirigée sous lequel nous vivons actuellement a eu pour conséquence l'interdiction de certaines plantations, notamment la limitation à la culture de la vigne, la réglementation de la vente de certains produits, tels le blé.

Certaines limitations sont fondées sur les intérêts de la défense nationale: servitudes militaires autour des places fortes. Il y a des limitations d'ordre fiscal l'interdiction de la culture du tabac ou de la fabrication des allumettes. Certaines limitations sont encore édictées dans un intérêt artistique. C'est ainsi que

Source : BIU Cujas

les monuments historiques ou artistiques peuvent être l'objet d'un classement administratif qui apporte aux droits du propriétaire de très sérieuses restrictions. De même il existe une législation sur la protection des sites de caractère artistique; interdiction notamment de procéder à l'établissement de certains panneaux réclame sur certains sites.

Voilà des limitations légales édictées dans l'intérêt général; ce ne sont que des exemples.

Limitations volontaires.

A côté des limitations résultant de la loi certaines restrictions peuvent être apportées au droit de propriété par la volonté du propriétaire ou de ses auteurs.

Concession temporaire par un propriétaire d'un droit d'usage ou de jouissance au profit d'un tiers.

Le propriétaire peut consentir au profit d'une personne à se priver d'une partie des avantages que lui confère son droit. Par sa volonté ou par celle de son auteur il peut être privé de tout ou partie de l'usage de sa chose ou même de la jouissance de celle-ci. C'est le cas lorsque la propriété est grevée d'un usufruit.

Mais c'est un principe fondamental dans notre droit actuel que la privation d'usage ou de jouissance au profit d'une personne déterminée ne peut être que temporaire. Cette privation s'éteint au plus tard à la mort du bénéficiaire. Une privation perpétuelle de jouissance que s'imposerait le propriétaire au profit d'une personne et de ses successeurs aboutirait en réalité à diviser la propriété en deux domaines: le domaine éminent, qui appartiendrait au propriétaire, et le domaine utile, qui appartiendrait au titulaire de la jouissance perpétuelle ou à ses successeurs. C'est une situation qui existait dans l'ancien droit, où elle se présentait comme une survivance du régime féodal, mais la Révolution de 1789 a aboli les charges perpétuelles sur la propriété lorsque ces charges sont établies au profit d'une personne déterminée ou de ses successeurs. Le propriétaire peut évidemment se priver de la jouissance de sa chose, mais il ne peut pas s'en priver d'une manière perpétuelle; la privation cesse nécessairement à la mort du bénéficiaire.

Caractère perpétuel des servitudes établies par un propriétaire au profit d'un autre fonds.

Le propriétaire, par contre, peut grever son immeuble d'une servitude qui est un droit perpétuel, mais, comme nous le verrons, la servitude n'est pas établie au profit d'une personne déterminée, elle est établie au profit d'un fonds, pour l'utilité non pas d'une personne mais d'un immeuble, et pratiquement la servitude n'aboutit jamais à une privation complète de jouissance.

Source : BIU Cujas

Constitution d'un bien de famille

Tels sont les principes. Mais la loi permet dans certains cas au propriétaire de renoncer au moins d'une manière temporaire à certaines de ces prérogatives. C'est ainsi qu'une loi du 12 Juillet 1909 permet dans certains cas à tout chef de famille de constituer un bien de famille insaisissable, cette insaisissabilité entraînant d'ailleurs l'inaliénabilité.

Régime dotal

De même la loi permet à une femme qui se marie d'adopter le régime dotal, ce qui entraîne pour conséquence que les biens frappés de dotalité sont inaliénables, tout au moins pendant la durée du mariage.

La clause d'inaliénabilité Discussion sur sa validité. Nullité de la clause. d'après certains auteurs, comme contraire à l'ordre public.

Mais voici maintenant une question discutée. On se demande si une restriction volontaire peut être apportée au droit qu'a le propriétaire de disposer de sa chose par acte juridique. Doit-on considérer en un mot comme valable l'engagement que prend un propriétaire, ou qui lui est imposé par son auteur, de ne pas aliéner un bien qui lui appartient, de ne pas l'hypothéquer et de ne pas le grever de droits réels. C'est la clause d'inaliénabilité.

L'hypothèse pratique dans laquelle la question se pose est celle du donateur ou du testateur qui donne ou lègue une chose à une personne en lui interdisant de l'aliéner, Cette clause d'inaliénabilité est-elle valable? Aucun texte général dans la loi, seul un texte spécial sur une forme particulière de libéralité qu'on appelle la substitution, qui entraîne l'inaliénabilité des biens faisant l'objet de cette libéralité. Mais la substitution n'est admise que dans des cas tout à fait exceptionnels; en principe elle est interdite (art. 896).

Partant de là beaucoup d'auteurs décident que la clause d'inaliénabilité est nulle comme contraire à l'ordre public qui exige la libre circulation des biens la libre disposition de ses biens par le propriétaire. Et il semble bien que cela aurait été l'état d'esprit des rédacteurs du Code civil. A l'époque où a été rédigé le Code civil on ne concevait pas de semblables restrictions au droit du propriétaire. La propriété c'était, d'après la Déclaration des Droits de l'Homme, quelque chose d'analogue à la liberté.

Jurisprudence Nullité de la clause d'inaliénabilité perpétuelle ou de longue durée. Validité d'une clause d'inaliénabilité tempo-

La jurisprudence fait une distinction: elle déclare nulles les clauses d'inaliénabilité perpétuelle ou celles qui imposent l'inaliénabilité pour un temps indéterminé ou de trop longue durée (Cassation 24 Janvier 1899; D.1900.I.533; Montpellier 23 Déc. 1932, D.H. 1933.I24). Par contre, les arrêts admettent la validité des clauses d'inaliénabilité temporaire, à la condition qu'elles soient motivées par un intérêt sérieux.

Cet intérêt peut être d'abord celui du disposant, de l'auteur de la libéralité: par exemple un donateur

Source : BIU Cujas

raire justifiée par un intérêt sérieux

fait une donation d'immeuble, mais il s'est réservé l'usufruit sa vie durant; pour s'assurer d'une façon certaine le bénéfice de cet usufruit, il stipule que les biens donnés seront inaliénables jusqu'à son décès. Après le décès, le titulaire de l'usufruit, le propriétaire aura la pleine propriété de son bien, il pourra l'aliéner, mais jusqu'à la mort du donateur les biens donnés seront inaliénables.

L'intérêt peut être aussi celui du bénéficiaire de la libéralité. Parexemple, un testateur lègue des biens à un jeune homme, mais connaissant les tendances du légataire à la prodigalité il entend lui ménager des ressources et il stipule dans son testament que les biens donnés seront inaliénables jusqu'à ce que le légataire ait atteint un certain âge, trente ans ou trente cinq ans. La jurisprudence considère que cette atteinte au droit du propriétaire est valable parce qu'il s'agit d'une inaliénabilité temporaire motivée par un intérêt sérieux.

Ce peut aussi être l'intérêt d'un tiers. Par exemple une personne lègue ses biens à ses héritiers ou à un tiers quelconque, à charge de servir une rente viagère à une autre personne. Pour le service de cette rente viagère, comme garantie, le testateur stipule que les biens qu'il lègue au débiteur de la rente viagère seront inaliénables jusqu'au décès du titulaire de la rente.

Insaisissabilité résultant de l'inaliénabilité

Voilà dans quels cas, d'après la jurisprudence, la clause d'inaliénabilité est valable. La clause d'inaliénabilité entraîne en même temps l'insaisissabilité. Le bien déclaré inaliénable est en même temps insaisissable par les créanciers du bénéficiaire de la disposition et cela afin d'éviter que le propriétaire ne puisse aliéner par une voie détournée, en contractant une dette et en se laissant saisir.

Sanction de la clause

Quelle est maintenant la sanction de la clause d'inaliénabilité lorsque le propriétaire aliène au mépris de l'obligation à laquelle il est soumis?

Lorsque la clause a été insérée dans l'intérêt du disposant ou dans l'intérêt d'un tiers, il est certain que ce tiers peut demander la nullité de l'aliénation.

Mais que décider lorsque la clause a été insérée dans l'intérêt du bénéficiaire de la libéralité lui-même? Ici il n'y a pas de tiers qui puisse demander la nullité. D'après la jurisprudence la nullité ne peut être invoquée que par le bénéficiaire de la libéralité lui-même (Cass. 23 Mars 1903; D.1903.I.337). C'est évidemment une solution qui peut être fâcheuse, parce que le bénéficiaire de la libéralité s'abstiendra généralement de demander la nullité de l'aliénation qu'il a consentie au mépris de l'obligation qui lui était imposée.

Source : BIU Cujas

§ 2 - Les prérogatives spécialement attachées à la propriété immobilière

Le propriétaire foncier comme tout propriétaire a le droit d'user de sa chose, d'en jouir et d'en disposer, prérogatives générales qui appartiennent à tout propriétaire, mais il importe de savoir exactement dans quelles conditions il peut exercer ces prérogatives.

Les 4 prérogatives dérivant de l'idée que la propriété du sol, chose essentielle, attire à elle tout ce qui est accessoire

Les principes de notre législation sur ce point peuvent être résumés dans les quatre principes suivants, qui sont commandés par cette idée générale que le sol est la chose essentielle qui attire à elle tout ce qui lui est accessoire:

1°- Première prérogative: la propriété du sol emporte la propriété du dessus et la propriété du dessous (art. 552 du Code civil).

2°- Deuxième prérogative: le propriétaire du sol est légalement présumé propriétaire des choses qui en forment des dépendances nécessaires.

3°- La propriété du sol donne droit à tout ce qui vient s'y unir et s'y incorporer accessoirement (art. 546 et 551); c'est le droit d'accession.

4°- La propriété du sol donne droit à tout ce que l'immeuble produit (art. 546 et 547).

1)Englobement dans la propriété du sol de celle du dessus et du dessous jusqu'à une certaine limite raisonnable

1 - Première prérogative: la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous. Ce sont les termes qui sont employés par l'art. 552 du Code civil.

Ne pas s'y tromper; la loi ne distingue pas trois choses comme on pourrait le croire, la propriété du sol celle du dessus et celle du dessous. En réalité le sol comprend nécessairement tout au moins une certaine partie du dessus et une certaine partie du dessous, sinon il ne serait, comme l'a dit Demolombe, qu'une abstraction, une surface géométrique sans épaisseur, sur laquelle il serait impossible de planter et de construire. Donc c'est là une propriété unique. La seule question qui se pose est une question de limites; jusqu'où peut aller le droit du propriétaire d'une part sur l'espace aérien situé au -dessus de son domaine, et d'autre part, sur la partie souterraine du sol?

Le Code civil pose le principe sans restriction: la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous; d'où certains ont conclu qu'aucune limitation n'est apportée au droit du propriétaire, que celui-ci peut exercer son droit dans la partie aérienne jusqu'à une hauteur indéfinie, "usque ad astra", disaient nos

Source : BIU Cujas

anciens auteurs, et dans la partie souterraine jusqu' au centre de la terre, "usque ad infera" disaient nos anciens auteurs.

La question n'est pas purement théorique, parce qu' à une grande profondeur il peut exister des gisements miniers sur lesquels le propriétaire pourrait émettre des prétentions. Par ailleurs, en ce qui concerne l'espace aérien faut-il aller jusqu'à admettre que le propriétaire puisse interdire la circulation aérienne au-dessus de son domaine?

Il faut entendre l'art. 552 dans un sens raisonnable c'est-à-dire que le propriétaire peut user de l'espace aérien qui domine son fonds et du sous-sol dans la mesure nécessaire à l'exercice normal de son droit de propriété, mais pas au-delà.

Nous allons appliquer cette idée d'abord à la propriété du dessus, puis à la propriété du dessous.

A-Droit de planter et de bâtir sur le fonds sous réserve du respect des réglements

Propriété du dessus - L'art. 552 après avoir formulé le principe, décide que le propriétaire peut faire au dessus toutes les plantations et constructions qu'il juge à propos, sauf les exceptions établies au titre des Servitudes ou Services fonciers. Le propriétaire par conséquent peut bâtir, et bâtir jusqu'à une hauteur indéfinie, mais il y a généralement des réglements locaux qui interdisent de bâtir au-dessus d'une certaine hauteur. Il peut planter librement.

Protection du propriétaire contre les empiètements du voisin

Le propriétaire, comme conséquence de ce droit, a le droit de s'opposer à ce qu'un voisin empiète par des constructions ou des plantations sur l'espace aérien qui lui est réservé; et lorsque cet empiètement est réalisé, le propriétaire a le droit de demander la disparition de cet état de choses. Application de ce principe est faite dans l'art. 673 qui décide que celui sur la propriété duquel avancent les branches des arbres, arbustes et arbrisseaux du voisin peut contraindre celui-ci à les couper.

Le survol des aéroplanes Loi de 1924

Par contre, il était impossible d'admettre la prétention d'un propriétaire qui aurait invoqué son droit à la propriété du dessus pour interdire la circulation dans les airs au-dessus de son terrain, sinon c'aurait été interdire toute navigation aérienne. La question s'est posée et finalement a été résolue par la loi du 31 Mai 1924 sur la navigation aérienne.

La loi pose le principe de la liberté de la circulation des aéronefs au-dessus du territoire français, sauf restrictions pour les appareils de nationalité étrangère et aussi pour certaines zones.

L'article 19 de cette loi décide que le droit pour un aéronef de survoler les propriétés privées ne peut s'exercer dans des conditions telles qu'il entraverait

Source : BIU Cujas

l'exercice des droits du propriétaire. Par conséquent, liberté de circulation assurément, mais tempérée par le respect du droit du propriétaire. Le droit pour un aéronef de survoler les propriétés privées ne peut s'exercer dans des conditions telles qu'il entraverait l'exercice du droit du propriétaire, notamment interdiction des vols trop bas.

C'est de cette règle que le tribunal de commerce de Marseille a fait récemment application dans un jugement du 10 Janvier 1939 (G.P. 17 Février). Il s'agissait d'un propriétaire de marais; or, ces marais étaient à proximité d'un camp d'aviation; les aviateurs, paraît-il, volaient à basse altitude, ce qui effrayait le gibier d'eau, et avait dépeuplé la chasse. Le propriétaire a obtenu des dommages-intérêts

2-Droit de faire des constructions et fouilles dans le sous sol sous réserve du respect des règlements Protection contre les travaux effectués par un tiers dans le sous-sol

Propriété du dessous: article 552, alinéa 3. "Le propriétaire peut faire au dessous toutes les constructions et fouilles qu'il jugera à propos et tirer de ces fouilles tous les produits qu'elles peuvent fournir, sauf les modifications résultant des lois et réglements relatifs aux mines et des lois et réglements de police".

Il résulte de ce texte que le propriétaire peut faire en dessous de son terrain toutes les constructions et fouilles qu'il juge à propos. Par la même raison il peut s'opposer à ce qu'un tiers fasse des constructions et des plantations ou des fouilles dans le sous-sol qui lui appartient. C'est ainsi notamment que la Cour de cassation a décidé le 1er Août 1866 que si une compagnie de chemins de fer voulait creuser un tunnel, elle devait exproprier du sous-sol tous les propriétaires de la surface au-dessous de laquelle le tunnel devait être creusé.

Application est faite encore de ce principe dans l'art. 673, al. 2. Si des racines, ronces ou brindilles provenant du fonds voisin, avancent sur son immeuble, le propriétaire a le droit de les couper lui-même à la limite de la ligne séparative. Différence entre les branches et les racines; s'il s'agit de branches qui empiètent sur mon terrain, je dois enjoindre au voisin de les couper mais je ne puis les couper moi-même; s'il s'agit de racines, j'ai le droit de les couper moi-même à la limite de la ligne séparative.

Appropriation des produits du sous-sol. Restriction résultant de la législation sur les mines

Il résulte encore de l'art. 552 que le propriétaire peut s'approprier les produits du sous-sol. Mais ici le droit du propriétaire rencontre une importante restriction, qui est annoncée par le Code lui-même, du fait de la législation des mines.

Loi de 1810 sur les mines. La concession perpétuelle de la

Si l'on avait appliqué strictement l'art. 552, chaque propriétaire foncier aurait eu le droit d'exploiter la partie du gisement placée sous son sol, ce qui eut entravé l'exploitation des mines, qui exige d'être faite

Source : BIU Cujas

mine propriété distincte de la propriété de la surface. La redevance tréfoncière

sur un plan d'ensemble et sur une large échelle. Aussi la loi du 21 Avril 1810 sur les mines a-t-elle fait céder les droits du propriétaire devant les intérêts de la collectivité qui exigent la bonne exploitation des gisements miniers. Le législateur de 1810 cependant n'avait pas osé aller jusqu'à décider que la mine n'appartiendrait pas au propriétaire du sol, il s'était montré respectueux du principe posé par l'art. 552, à savoir que le propriétaire du sol a la propriété du dessous. Mais c'était un simple coup de chapeau donné par la loi de 1810 au droit du propriétaire; le propriétaire voit son droit tellement réduit que l'on peut dire qu'il n'existe plus.

En effet, le droit du propriétaire de la surface se réduit, jusqu'au moment où la mine est concédée, à empêcher toute autre personne d'exploiter. Mais, d'après la loi de 1810, une mine ne peut être exploitée même par le propriétaire de la surface qu'en vertu d'une concession gouvernementale. Cette concession peut être accordée au propriétaire du sol, mais en pratique elle est accordée à un tiers, qui est généralement une société. Le propriétaire, en un mot, n'a aucun droit de préférence sur la concession. D'après la loi de 1810, la mine une fois concédée constitue une propriété distincte qui est disponible et transmissible comme tous les autres biens (art. 7 de la loi de 1810). La mine concédée sous le régime de la loi de 1810 c'est une propriété distincte de la propriété du sol, quand bien même ce serait le propriétaire du sol qui serait le concessionnaire de la mine. En pareil cas le propriétaire du sol aurait deux propriétés; la propriété du sol et la propriété de la mine, qui sont deux propriétés distinctes, susceptibles d'être hypothéquées distinctement. Si c'est un tiers qui est concessionnaire de la mine, ce qui est le cas général, il y a deux propriétés distinctes:la propriété du sol, qui appartient aux différents propriétaires du sol, et la propriété de la mine, qui appartient au concessionnaire, généralement une société.

Mais lorsque la mine est ainsi concédée à un tiers, la loi, pour tenir compte au propriétaire de la surface de l'expropriation qu'il subit, décide que le concessionnaire devra payer à ce propriétaire une redevance annuelle en argent qu'on appelle la redevance tréfoncière, dont la nature est d'ailleurs discutée, certains y voient un droit réel immobilier (voir la note de M.Morel au Sirey 1913.I.513).

Droits et obligations respectifs du propriétaire du sol

Mais à cela se bornent les droits du propriétaire du sol. En cas de concession d'une mine, il existe deux propriétés superposées, la propriété du sol et la propriété de la mine. Le propriétaire du sol reste pro-

Source : BIU Cujas

et du concessionnaire

priétaire de la partie du sous-sol comprise entre la surface et le gisement concédé, il peut y faire toutes les constructions, toutes les fouilles qu'il juge à propos à la condition de ne pas nuire à la mine.

D'un autre côté, le concessionnaire de la mine peut faire tous travaux utiles à son exploitation. La loi de 1810 lui permet même d'occuper temporairement la surface, moyennant indemnité, pour l'exécution de certains travaux de surface. En tout cas, si les travaux souterrains causent un préjudice à la surface, l'exploitant en doit réparation, même s'il n'y a aucune faute de sa part. Dans les pays miniers des affaissements se produisent fréquemment à raison des travaux du sous-sol, des maisons se lézardent; il est certain qu'en pareil cas l'exploitant de la mine doit une indemnité au propriétaire de la surface, même si aucune faute ne peut être reprochée à l'exploitant de la mine.

Loi de 1919. Caractère temporaire des concessions postérieures à la loi

Tel est le régime qui avait été institué par la loi de 1810 sur les mines. Une modification a été apportée sur ce point, dans un sens étatique, par une loi du 9 Septembre 1919. Mais la loi du 9 Septembre 1919 n'a pas eu d'effet rétroactif, par conséquent le régime que nous venons d'exposer subsiste pour toutes les mines qui ont été concédées avant la mise en vigueur de la loi du 9 Septembre 1919.

Quelles modifications ont été apportées par la loi du 9 Septembre 1919? D'après la loi de 1810, les mines étaient bien concédées par l'Etat, mais elles l'étaient à perpétuité, sauf déchéance pour cessation d'exploitation ou mauvaise exploitation; le concessionnaire de la mine avait une véritable propriété perpétuelle sur le gisement minier. Avec la loi de 1919, la concession d'une mine n'a plus qu'un caractère temporaire. La loi de 1919 décide qu'à l'avenir il ne sera plus accordé de concessions de mines que pour une durée limitée, 50 à 99 ans. Puis la mine fait retour à l'Etat . Les mines sont donc aujourd'hui nationalisées, bien que la question ait été discutée puisque c'est l'Etat qui seul peut concéder la mine, et qu'aujourd'hui il ne peut la concéder que temporairement, et qu'à l'issue de la concession la mine fait retour à l'Etat qui peut d'ailleurs la concéder de nouveau.

Les minières et carrières; différence d'avec les mines au point de vue de la nature et du régime juridique

Il ne faut pas confondre avec les mines les minières et les carrières. La loi de 1810 distingue en effet trois choses: la mine, la minière et la carrière. Ce qui les distingue, ce n'est pas le genre d'exploitation; une mine ou une minière ou une carrière peut être exploitée en surface ou dans le sous-sol. La différence provient des matières qui se trouvent dans la mine, la minière ou la carrière.

Source : BIU Cujas

La mine est définie par l'article 2 de la loi de 1810 qui donne une longue énumération. La mine comprend tous les gisements métalliques, notamment les gisements de houille, fer, bitume, alun, etc.. On y a ajouté le sel gemme en 1840 et en 1922 les hydrocarbures et notamment le pétrole.

La minière est définie par l'article 3 de la loi de 1810, La minière comprend les minerais de fer dits d'alluvions, les terres pyriteuses propres à être converties en sulfate de fer, et les terres alumineuses et les tourbes.

Enfin les carrières sont définies par l'art.4, longue énumération: les ardoises, grès, pierre à bâtir, marbres, granits, etc..

Alors que la mine échappe pratiquement au propriétaire de la surface, il n'en est pas de même des minières et des carrières, auxquelles s'applique le principe que le propriétaire du sol est propriétaire du tréfonds.

Il y a cependant quelques règles spéciales aux minières. Ainsi, on ne peut pas exploiter une minière sans autorisation. Mais en ce qui concerne les carrières le droit du propriétaire est complet, il peut les exploiter à la seule condition de faire une déclaration, et lui seul peut exploiter. Le propriétaire du sol seul peut exploiter la carrière ou en concéder l'exploitation à un tiers. Le propriétaire est simplement soumis à la surveillance de l'administration.

2-Présomption de propriété sur les choses qui sont les dépendances du fonds notamment constructions et plantations

2 - Deuxième prérogative appartenant au propriétaire du sol: le propriétaire du sol est légalement présumé propriétaire des choses qui en forment les dépendances nécessaires.

Ici c'est une simple présomption. C'est un principe que la loi ne formule pas d'une manière très absolue, mais dont elle fait certaines applications.

1°- Article 558: Le propriétaire d'un étang est réputé propriétaire de tout le terrain que l'eau couvre quand elle est à la hauteur de la décharge de l'étang (les plus hautes eaux) quand bien même à certaines époques de l'année le niveau de l'eau baisserait. Le terrain laissé à découvert aux basses eaux c'est la dépendance de l'étang.

2°- Deuxième application, qui résulte de la jurisprudence et de la coutume: le propriétaire d'une usine, tel un moulin, est légalement réputé propriétaire du canal de dérivation qui y amène l'eau et du canal de fuite par lequel les eaux s'écoulent. (Cass. 31 Mai 1905, D.1906.I.408). Cette présomption peut être combattue au moyen d'un titre qui attribuerait la propriété du canal à un tiers.

3°- Le propriétaire d'un canal est présumé propriétaire des francs-bords, c'est-à-dire des bandes laté-

Source : BIU Cujas

rales de terrains nécessaires à la surveillance, à l'entretien et au curage du canal.

4°- Enfin, en vertu de l'art. 553 du Code civil, toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans le sous-sol sont présumés appartenir au propriétaire du terrain

3-Le droit d'accession sur tout ce qui s'unit ou s'incorpore au fonds

3°- Troisième prérogative appartenant au propriétaire foncier; la propriété du sol donne droit à tout ce qui vient s'y unir et s'y incorporer accessoirement. C'est le droit d'accession.

Notre droit attribue au sol une sorte de puissance d'attraction et d'assimilation telle que tout ce qui s'y incorpore soit naturellement soit par la main de l'homme, bâtiments ou plantations, en prend les caractères juridiques et en suit le sort. Le sol, en un mot, est considéré comme la chose principale, tout ce qui s'unit à lui n'est que l'accessoire qui se confond et ne fait qu'un avec lui. C'est bien l'idée qui a inspiré le Code civil lorsqu'il a décidé que sont immeubles par nature non seulement les fonds de terre mais encore les bâtiments et les végétaux, à la condition qu'ils soient adhérents au sol.

C'est encore la même idée qui explique le droit d'accession dont il est question dans deux textes du Code les articles 546 et 551"La propriété d'une chose soit mobilière soit immobilière donne droit sur tout ce qu'elle produit et sur ce qui s'y unit accessoirement soit naturellement soit artificiellement. Ce droit s'appelle droit d'accession".

L'accession, dont le Code a fait un mode d'acquisition de la propriété, est le droit pour le propriétaire d'une chose de s'approprier tout ce qui s'unit et s'incorpore à la chose dont il est propriétaire, du moment que cette chose est la chose principale.

Il existe, comme l'annonce l'art. 546, une accession mobilière et une accession immobilière. L'accession mobilière est plus théorique que pratique (art. 565 à 577). Nous ne nous occupons ici que de l'accession immobilière.

Ici, la chose principale c'est le sol. En vertu du droit d'accession tout ce qui s'incorpore au sol, soit naturellement, soit artificiellement, tout cela ne fait plus qu'un avec le sol et devient la propriété du propriétaire du sol. L'accession dont il est question dans ces textes se présente sous deux formes: l'accession naturelle et l'accession artificielle. L'accession naturelle résulte d'un fait naturel, comme son nom l'indique tandis que l'accession artificielle est la conséquence du travail de l'homme sous forme de constructions ou de plantations.

Source : BIU Cujas

A-L'accession naturelle

L'accession naturelle. - Le Code civil en prévoit deux espèces. L'accession naturelle résulte d'abord du voisinage d'un cours d'eau. En second lieu elle peut être le fait de certains animaux vivant à l'état de liberté et qui en se fixant sur un fonds en deviennent l'accessoire.

L'accession résultant du voisinage d'un cours d'eau est prévue dans les articles 556 et suivants du Code civil.

L'alluvion

C'est d'abord le cas de l'alluvion. L'art. 566 dit que les atterrissements et accroissements qui se forment successivement et imperceptiblement aux fonds riverains d'un fleuve ou d'une rivière s'appellent alluvion. Qui devient propriétaire de ces atterrissements? C'est le propriétaire riverain; ces atterrissements viennent s' s'incorporer à la rive dont il était propriétaire.

L'alluvion profite au propriétaire riverain, dit l'art. 556, soit qu'il s'agisse d'un fleuve ou d'une rivière navigable, flottable ou non, soit qu'il s'agisse d'un fleuve ou rivière non navigable ou flottable. C'est donc le propriétaire du fonds riverain qui devient propriétaire de l'atterrissement.

Les relais

Il en est de même, dit l'art. 557, des relais que forme l'eau courante qui se retire insensiblement de l'une de ses rives en se portant sur l'autre. Le propriétaire de la rive découverte profite de l'alluvion sans que le riverain du côté opposé puisse venir réclamer le terrain qu'il a perdu.

L'avulsion

Une autre application de l'accession est prévue par l'art. 559. C'est un cas extraordinaire qui ne se présente pas souvent en pratique, c'est le cas dit de l'avulsion qui était déjà prévue par le droit romain . L'avulsion consiste dans le fait d'un cours d'eau qu'enlève par une force subite une partie considérable et reconnaissable d'un champ riverain et porte cette partie arrachée vers un champ inférieur ou sur la rive opposée. En pareil cas le propriétaire de la partie du terrain qui a été enlevée par la force de l'eau a, pendant un an, le droit de revendiquer cette parcelle qui est reconnaissable mais après ce délai il n'est plus recevable et c'est alors le propriétaire contre le terrain duquel cette parcelle est venue se coller qui en devient propriétaire par voie d'accession.

Iles ou îlots Distinction suivant que la rivière est ou non navigable et flottable

Autre cas d'accession, plus fréquent en pratique, qui résulte aussi du fait d'un cours d'eau, c'est la création dans le lit des cours d'eau d'îles, d'îlots, ou d'atterrissements. Qui deviendra propriétaire de l'île ou îlot? C'est le propriétaire de la rive. Mais la loi ici fait une distinction entre une rivière

Source : BIU Cujas

navigable ou flottable et une rivière non navigable. ni flottable.

S'il s'agit d'une rivière navigable ou flottable, on verra par la suite que cette rivière fait partie du domaine public: par conséquent, appartenant au domaine public, l'îlot ou l'atterrissement appartient également à l'Etat.

S'il s'agit au contraire d'une rivière non navigable ni flottable, le lit de ce cours d'eau appartient aux propriétaires des deux rives. En conséquence, l'art.561 décide que les îles et atterrissements qui se forment dans les rivières non navigables et non flottables appartiennent au propriétaire riverain du côté où l'île s'est formée. Mais si l'île s'est formée au milieu du cours d'eau, elle appartient aux propriétaires riverains des deux côtés à partir de la ligne idéale tracée au milieu de la rivière, puisque le lit appartient pour moitié au propriétaire de chacune des rives.

Accession concernant certains animaux

Il existe un cas d'accession naturelle, qui est le fait de certains animaux vivant à l'état de demi-liberté. Le cas est prévu par l'art. 564: "Les pigeons, les lapins et les poissons qui passent dans un autre colombier, garenne ou étang appartiennent au propriétaire de ces colombiers, garennes ou étangs pourvu qu'ils n'y aient pas été attirés par fraude et artifice". Par conséquent les pigeons qui quittent un colombier, qui vont s'installer dans le colombier voisin appartiennent au propriétaire de ce nouveau colombier. à moins qu'ils n'aient été attirés par fraude ou artifice. La Cour de cassation a décidé que le fait par le propriétaire d'un bois entouré d'une clôture d'établir des trappes mobiles donnant accès au gibier et en empêchant le retour sur les terres voisines n'est pas une fraude ou un artifice.

Loi de 1889 concernant les abeilles

Il y a une législation spéciale pour les abeilles. La loi du 4 Avril 1889 sur le Code rural, article 9, décide que le propriétaire d'un essaim qui s'enfuit a le droit de le réclamer et de le ressaisir tant qu'il n'a pas cessé de le suivre; la loi permet même au propriétaire de cet essaim de passer sur les propriétés privées pour reprendre l'essaim. Autrement l'essaim appartient par voie d'accession au propriétaire du terrain sur lequel il s'est fixé.

Limitation à l'accession concernant les animaux de basse-cour

Quid des animaux de basse-cour qui s'enfuient sur une propriété voisine? La loi du 4 Avril 1889 a prévu ce cas. Ici le droit d'accession du propriétaire sur le terrain duquel ces animaux s'enfuient est limité. En principe le propriétaire des animaux peut

Source : BIU Cujas

les reprendre, mais il n'a pour cela qu'un délai d'un mois. D'ailleurs le propriétaire sur le terrain duquel se sont posés ces animaux de basse-cour doit en faire une déclaration à la mairie. Mais si le propriétaire des animaux n'a pas revendiqué ceux-ci dans le mois qui a suivi leur fuite, le propriétaire sur le terrain duquel ces animaux se sont fixés en devient propriétaire par voie d'accession un mois après la déclaration qu'il a dû en faire.

B-L'accession artificielle

L'accession artificielle résultant des constructions et plantations.

L'accession artificielle est la conséquence du travail de l'homme sous forme de constructions et de plantations.

Constructions et plantations existant sur un terrain. Double présomption posée par la loi sauf preuve contraire

Le Code a posé d'abord dans l'art. 553 une double présomption. La loi présume: 1°- que les constructions et plantations faites sur un terrain l'ont été par le propriétaire de ce terrain; 2° - que ce propriétaire a fait ces constructions ou plantations avec des matériaux lui appartenant et à ses frais.

Ces présomptions peuvent être détruites par la preuve contraire. Deux cas sont possibles: 1°- le propriétaire du sol a construit ou planté sur son terrain avec des matériaux appartenant à autrui; 2°- les constructions ou plantations ont été faites par un autre que le propriétaire du sol, ont été faites par une personne sur le sol d'autrui.

Les deux hypothèses d'accession

Dans ces deux cas nous allons voir jouer l'accession. Le propriétaire du sol va devenir propriétaire des constructions quand bien même il les aurait faites avec les matériaux d'autrui ou quand bien même ce serait un tiers qui les aurait faites sur le sol du propriétaire.

Par la voie de l'accession, le propriétaire du sol va devenir propriétaire des constructions, mais il y aura un règlement de compte à faire et des indemnités à payer (articles 554 et 555)

Examinons les deux cas prévus par ces textes.

1)Constructions faites par le propriétaire du fonds avec les matériaux d'autrui

1) Premier cas, peu pratique: c'est le propriétaire du sol qui a construit sur son fonds ou fait une plantation avec des matériaux appartenant à un tiers.

Acquisition de la propriété des constructions par accession sauf indemnité

L'art. 554 décide que le propriétaire du sol qui a fait des constructions ou plantations 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. Par conséquent le bâtiment appartient au propriétaire du sol par voie d'accession, bien qu'il ait été construit avec des matériaux n'apparte-

Source : BIU Cujas

au propriétaire des matériaux.

nant pas au propriétaire. Le propriétaire du sol doit simplement en payer la valeur au propriétaire des matériaux, au besoin avec des dommages-intérêts pour le préjudice causé. Le propriétaire des matériaux subit une sorte d'expropriation qui se justifie par des raisons économiques. Il serait généralement sans profit pour le propriétaire des matériaux de reprendre ceux-ci en démolissant les constructions ou en arrachant les plantes; les constructions ont plus de valeur que les matériaux et il est préférable de laisser les choses en état. Le propriétaire qui a construit avec le matériel d'autrui restera propriétaire des constructions, mais il devra une indemnité au propriétaire des matériaux.

Différence avec l'immobilisation par destination

L'application de cette disposition suppose d'ailleurs qu'il y a eu incorporation matérielle. Il en serait autrement s'il y avait eu simplement de la part du propriétaire immobilisation par destination; c'est une différence qu'il y a entre l'immeuble par incorporation matérielle et l'immeuble par destination.

Supposez que le propriétaire d'une exploitation agricole ait introduit des ustensiles aratoires ou des animaux ne lui appartenant pas sur son exploitation; il y a simple immobilisation par destination, le véritable propriétaire de ces choses peut les revendiquer, dans la mesure où il peut le faire en vertu de l'art. 2279 du Code civil. Au contraire, s'il y a une incorporation matérielle, le propriétaire des matériaux ne peut plus les réclamer.

2)Constructions sur le terrain d'autrui avec les matériaux appartenant au constructeur art. 555 Acquisition de la construction par le propriétaire du fonds Indemnité; distinction suivant que le possesseur est de bonne ou de mauvaise foi

2) Une personne construit sur le sol d'autrui avec des matériaux qui lui appartiennent. L'exemple type est celui d'un individu qui était en possession d'un terrain sans en être propriétaire. Ce possesseur construit sur le terrain ou y fait des plantations. Puis le véritable propriétaire revendique le terrain et il obtient gain de cause. Il résulte de l'art. 555 qu'en vertu du droit d'accession le propriétaire du sol qui en a obtenu la restitution, acquerra la propriété des constructions ainsi faites; en un mot le propriétaire des matériaux qui a construit sur le sol dd'autrui ne peut pas revendiquer ces matériaux.

Mais n'y aura-t-il pas lieu à réglement de compte entre le propriétaire du sol qui acquiert cette construction qu'il n'a pas faite et le possesseur dépossédé mais qui a construit à ses frais avec des matériaux lui appartenant? Il y a lieu à réglement de compte, mais ce réglement de compte pourra se faire de manière différente suivant que le propriétaire des matériaux possesseur du sol dépossédé était de bonne ou de mauvaise foi au moment où il a exécuté les travaux. Ici la bonne et la mauvaise foi vont avoir leur rôle à jouer.

Source : BIU Cujas

Le possesseur aura été de bonne foi quand il aura ignoré au moment où il a fait les constructions que le terrain ne lui appartenait pas. Il arrive en effet, et le cas se réalise en pratique, qu'une personne acquiert un terrain qui n'appartient pas au vendeur. C'est souvent à l'occasion d'une parcelle que la contestation a lieu. Cet acquéreur a cru traiter avec le véritable propriétaire, il est de bonne foi. Ou bien encore une personne acquiert un terrain par voie de succession, mais le défunt n'était pas le propriétaire de la parcelle ou du terrain; l'héritier, de bonne foi, croit qu'il est devenu le propriétaire par voie voie de succession.

Au contraire le possesseur du sol, propriétaire des matériaux, est de mauvaise foi si au moment où il a fait les constructions ou plantations, il savait pertinemment qu'ils construisait ou plantait sur le sol d'autrui, mais espérait que le propriétaire ne revendiquerait pas.

Le règlement de compte est différent suivant que le possesseur qui a construit ou planté sur le sol d'autrui est de bonne ou de mauvaise foi. C'est ce qu'indique l'art. 555, texte très long et mal rédigé. En lisant les deux premiers alinéas et la première phrase du troisième, on s'imagine que le texte pose un principe général, applicable à tous les possesseurs C'est seulement à la fin du texte, à la deuxième phrase du troisième alinéa, qu'on s'aperçoit que le commencement du texte ne s'applique qu'au possesseur de mauvaise foi, tandis que la fin du texte, la partie qui commence par "Néanmoins", s'applique au possesseur de bonne foi.

Envisageons les deux hypothèses, le cas du possesseur de mauvaise foi, puis le cas du possesseur de bonne foi.

a)Constructeur de mauvaise foi.

Le possesseur de mauvaise foi. Si le possesseur qui a construit des ouvrages sur le terrain d'autrui était de mauvaise foi, l'art. 555 donne au propriétaire du sol qui a revendiqué son terrain et réussi dans sa revendication une alternative, le choix entre deux solutions. Le propriétaire du fonds, dit le texte, a droit ou de retenir les constructions ou plantations, ou d'obliger le tiers possesseur à les enlever.

Choix donné au propriétaire.

Destruction aux frais du possesseur.

Si le propriétaire du sol demande la suppression des constructions, elle est, dit l'alinéa 2, aux frais de celui qui les a faites, aux frais du constructeur-possesseur de mauvaise foi, sans aucune indemnité pour lui, et même le possesseur peut être condamné à des dommages-intérêts pour le préjudice

« Les Cours de Droit »
3, Place de la Sorbonne, 3
Source : BIU Cujas
Répétitions écrites et orales
Reproduction Interdite
Y

qu'a pu éprouver le propriétaire du fonds.

Conserver la construction moyennant indemnité au constructeur: main-d'oeuvre et materiaux

Mais si le propriétaire du sol préfère conserver les plantations ou constructions, ce propriétaire doit une indemnité au constructeur, sinon il s'enrichirait au détriment de celui-ci puisque celui-ci a construit à ses frais. Si le propriétaire préfère conserver ces plantations et constructions, il doit le remboursement de la valeur des matériaux et du prix de la main d'oeuvre, sans égard à la plus ou moins grande augmentation de valeur que ce fonds a pu recevoir.

Ici le Code distingue d'une part le prix de la construction, qui comprend la valeur des matériaux et le prix de la main-d'oeuvre, et d'autre part la plus-value que la construction a pu apporter au terrain. Ce que le propriétaire du sol doit rembourser au constructeur, c'est uniquement le prix de la main-d'oeuvre et la valeur des matériaux. Mais s'il y a une plus-value qui a été acquise, le propriétaire n'en doit pas compte au constructeur; il doit simplement lui rembourser ce que celui-ci a payé, il n'a pas à tenir compte de la plus-value. Mais si la valeur des matériaux et de la main-d'oeuvre était supérieure à la valeur actuelle, s'il y avait moins-value, c'est toujours la valeur des constructions et des matériaux que devrait payer le propriétaire, en un mot, ce qu'a déboursé le constructeur.

b)Possesseur de bonne foi.Pas de distinction. Indemnité: matériaux et main-d'oeuvre ou plus value.

Cas où le possesseur était de bonne foi. Lorsque le possesseur était de bonne foi, c'est-à-dire avait de juste raisons de croire qu'il était propriétaire du sol, l'art. 555, alinéa 3, décide: "Néanmoins si les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers évincé, qui n'aurait pas été condamné à la restitution des fruits, attendu sa bonne foi, le propriétaire ne pourra demander la suppression desdits ouvrages, plantations et constructions; mais il aura le choix ou de rembourser la valeur des matériaux et du prix de la main-d'oeuvre, ou de rembourser une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur".

Ici la loi n'admet pas la même alternative que dans le cas précédent. La loi tient compte de la bonne foi du constructeur; le propriétaire du sol ne peut plus exiger que le constructeur démolisse sans indemnité, mais le propriétaire du sol conserve les constructions dont il devient propriétaire par voie d'accession. Seulement il doit payer une indemnité au possesseur de bonne foi.

Quelle indemnité? Ici une alternative va s'ouvrir au propriétaire du sol. Il a le choix, dit le

Source : BIU Cujas

texte, ou de rembourser la valeur des matériaux et du prix de la main d'oeuvre, ou de rembourser une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur, c'est-à-dire de payer la plus-value que les constructions ont apportée à l'immeuble. Le propriétaire du sol choisira incontestablement la solution qui l'amènera à payer le moins possible. Supposez que les constructions aient coûté 100, prix des matériaux et de la main d'oeuvre; et que la plus-value ne soit que de 80; il est évident que le propriétaire du sol s'arrêtera à cette dernière solution, il paiera 80. Si au contraire, le coût de la construction ayant été de 100, la plus-value est de 120, le propriétaire du sol se contentera de payer la valeur des matériaux et du prix de la main d'oeuvre, soit le chiffre de 100.

Appréciation des solutions du C.C.

On a critiqué l'art. 555. Certains auteurs ont dit que ce texte traitait plus favorablement le possesseur de mauvaise foi que le possesseur de bonne foi. En effet, lorsque le propriétaire retient les constructions à l'encontre du possesseur de mauvaise foi, il doit toujours lui payer la valeur des matériaux et de la main d'oeuvre, tandis que s'il s'agit d'un possesseur de bonne foi et si la plus-value est inférieure au côut de la construction, le propriétaire du sol peut se contenter de lui payer le montant de la plus-value. Donc, le possesseur de mauvaise foi est mieux traité que le possesseur de bonne foi.

A première vue, cette critique paraît fondée; elle n'est cependant pas exacte, parce qu'elle ne tient pas compte du fait que le propriétaire du sol peut obliger le possesseur de mauvaise foi à démolir sans indemnité. Or, le propriétaire du sol a toujours un moyen, même s'il veut conserver les constructions, d'exercer une pression sur le possesseur de mauvaise foi en lui disant: je vais vous obliger à démolir à vos frais; je veux bien à la rigueur conserver les constructions, seulement nous allons faire un arrangement, je ne vous rembourserai pas entièrement le prix des matériaux et de la main d'oeuvre; si vous n'acceptez pas, vous démolirez à vos frais. Raisonnement que le propriétaire du sol ne peut pas tenir vis-à-vis du possesseur de bonne foi, qu'il ne peut obliger à démolir à ses frais. Le possesseur de bonne foi n'est donc pas mal traité.

D'ailleurs il fallait tenir compte des intérêts du propriétaire du sol. Or, la situation du propriétaire du sol n'est pas toujours enviable lorsqu'il s'agit d'un possesseur de bonne foi, parce que la loi l'oblige à conserver les constructions et à payer une

Source : BIU Cujas

indemnité au possesseur de bonne foi. Et, il est arrivé quelquefois que les constructions qui avaient été faites sur le terrain d'autrui étaient extrêmement importantes et que le propriétaire du sol avait à décaisser des sommes considérables.

Droit de rétention du possesseur de bonne foi.

Bien plus, on décide, s'agissant d'un possesseur de bonne foi, que celui-ci peut retenir l'immeuble tant qu'il n'a pas été payé de la plus-value ou du coût de la construction; il peut exercer ce qu'on appelle le droit de rétention. En un mot le propriétaire du sol n'entrera en possession des constructions que quand il aura payé l'indemnité.

Application de l'art.555 non seulement au possesseur mais au locataire ou fermier sauf respect des clauses du bail.

Mais quel est le champ d'application de l'art. 555? La jurisprudence l'applique non seulement au possesseur évincé, cas que nous avons toujours envisagé dans notre exemple, mais encore au locataire ou au fermier qui a fait des constructions sur le terrain qui lui avait été donné à bail et cela sans y être autorisé. Il arrive en effet qu'un locataire ou un fermier édifie des constructions sur le sol du propriétaire pour une raison ou pour une autre. A la fin du bail, si ce locataire ou ce fermier n'avait pas été autorisé à construire, on lui appliquera, d'après la jurisprudence, l'article 555, avec cette particularité que le locataire ou le fermier est toujours de mauvaise foi puisqu'il sait fort bien qu'il n'est pas le propriétaire du terrain. Par conséquent, le propriétaire peut user de l'une ou l'autre aletrnative; ou bien obliger le locataire à démolir à ses frais ou conserver les constructions sauf à payer le coût de la construction à ce locataire ou fermier.

Si au contraire le bail avait autorisé le fermier ou le locataire à élever des constructions, l'art. 555 ne s'appliquerait plus. Il faudrait appliquer les conventions des parties. Très souvent dans un bail de terrain il est stipulé que le locataire ou le fermier pourra élever des constructions, mais on ajoute qu'à la fin du bail il devra les enlever à ses frais; en pareil cas il faut, bien entendu, appliquer purement et simplement les conventions des parties.

Quid des rapports du nu propriétaire et de l'usufruitier.

Une question controversée est celle de savoir si l'art. 555 s'applique dans les rapports de l'usufruitier et du nu propriétaire. L'usufruitier a fait des constructions sur le terrain dont il avait la jouissance; à l'extinction de l'usufruit le nu propriétaire peut-il lui opposer l'art. 555? Beaucoup d'auteurs admettent qu'il faut appliquer à l'usufruitier l'art. 555, avec cette réserve que l'usufruitier est de mauvaise foi. Mais ce n'est pas l'a-

Source : BIU Cujas

vis de la jurisprudence. Nous verrons, en effet, en étudiant l'usufruit, que l'usufruitier n'a jamais d'indemnité à réclamer au nu propriétaire; solution assez injuste; nous verrons la raison qu'invoque la jurisprudence à l'appui de cette solution.

Inapplication de l'art.555 aux améliorations et réparations. théorie des impenses.

Dernière observation: l'art. 555 ne s'applique qu'à des constructions nouvelles. Cet article ne s'appliquerait pas au cas de simples réparations ou améliorations faites par le possesseur à des constructions déjà existantes.

Voici un terrain sur lequel il y a déjà des constructions. Ce terrain est en possession d'une personne qui n'est pas le véritable propriétaire. Ce possesseur a fait des réparations, a apporté des améliorations, puis le véritable propriétaire revendique et il réussit dans sa revendication. En pareil cas ce n'est pas l'art. 555 qui s'applique entre ces deux parties. On applique dans les rapports du possesseur et du véritable propriétaire une théorie qui nous vient du droit romain, la théorie des impenses

On distingue avec le droit romain les impenses nécessaires, les impenses utiles et les impenses voluptuaires. Les impenses nécessaires sont celles qui étaient indispensables pour empêcher la ruine de l'immeuble; ces impenses nécessaires sont remboursées toujours au possesseur, même de mauvaise foi. Quant aux impenses utiles, qui n'étaient pas absolument indispensables, le possesseur peut simplement réclamer la plus-value qu'elles ont apportée à l'immeuble. Enfin il ne peut jamais réclamer le remboursement des dépenses voluptuaires, les dépenses de luxe.

4-Droit du propriétaire à tout ce que produit la chose.

4 - Quatrième prérogative du propriétaire du sol, du propriétaire foncier: la propriété du sol donne droit à tout ce que la chose produit.

C'est le principe posé par l'article 546. L'article 547 ajoute que les fruits naturels ou industriels de la terre et les fruits civils appartiennent au propriétaire par voie d'accession. Ce n'est pas en réalité une application de l'accession: les fruits ne viennent pas s'ajouter à la chose, ils proviennent de la chose; mais ce qui est certain c'est que le propriétaire du sol est propriétaire de tout ce que le sol produit.

Distinction des fruits et produits.

Quelques notions sur les produits du sol, distinction des produits et des fruits, que nous allons retrouver en étudiant l'usufruit.

Critérium de la notion de fruits.

Parmi les produits d'une chose, la loi classe dans une catégorie à part les fruits. On entend par "fruits" disent notamment Aubry et Rau, les objets qu'une cho-

Source : BIU Cujas

se produit et reproduit annuellement ou à des intervalles périodiques plus éloignés sans altération ou diminution de sa substance. Tel est le cas des récoltes des champs, des prairies et des vignes, des fruits des arbres, des produits des jardins, des coupes de bois taillis. L'arbre ne disparait pas quand on a fait la récolte des fruits, il produira de nouveaux fruits l'an prochain.

Fruits naturels et industriels.

Parmi les fruits la loi fait une distinction entre les fruits naturels et les fruits industriels. Les fruits naturels sont ceux qui sont les produits de la terre; les fruits industriels sont ceux qu'on obtient par la culture. Distinction plus ou moins exacte, qui n'a pas d'intérêt pratique.

Produits.

Ne constituent pas au contraire des fruits les objets qu'une chose n'est pas destinée à produire et à reproduire régulièrement et qui en forment pour ainsi dire partie intégrante; tels les matériaux provenant de la démolition d'une maison, ou les arbres, ou les produits des carrières. Le produit d'une carrière ce n'est pas un fruit, c'est la chose elle-même; quand on enlève des pierres on épuise la substance de la chose.

La loi ne s'est pas attachée à cette distinction avec une stricte logique. La tendance du Code est d'assimiler à des fruits, fussent-ils de simples produits, tous les objets qui apparaissent comme une source régulière de revenus pour le propriétaire. Par exemple, si une carrière a été mise en exploitation, les produits de cette carrière sont traités comme des fruits au point de vue de la jouissance de l'usufruitier parce qu'il s'agit d'une source régulière de revenus.

Distinction des fruits civils et fruits naturels.

Une autre distinction importante qu'il faut bien connaître est la distinction des fruits civils et des fruits naturels. Les fruits naturels, c'est le produit des choses corporelles, champs ou arbres. Les fruits civils, on pourrait les appeler des fruits incorporels. Ils n'ont de commun avec les fruits naturels que le caractère de périodicité. Les fruits civils sont les revenus périodiques, généralement en argent, que l'on retire d'une chose à l'occasion d'un contrat ayant pour objet la jouissance de cette chose. Tels sont les loyers des maisons, les fermages, les intérêts des capitaux prêtés ou les arrérages des rentes (art. 584).

En réalité ces sommes ne proviennent pas de la chose elle-même, mais elles en représentent l'utilité, et comme elles présentent le caractère de périodicité la loi les a assimilées à des fruits.

Source : BIU Cujas

Notre loi en créant la catégorie des fruits, fruits naturels ou fruits civils, s'est inspirée largement de la distinction du revenu et du capital. Le fruit c'est le revenu; la chose qui le produit ou à l'occasion duquel il est produit c'est le capital. Cette distinction est fondamentale. En principe lorsque le propriétaire a la pleine propriété de sa chose, il n'y a pas d'intérêt à distinguer les produits et les fruits puisque le propriétaire a droit aux uns et aux autres. Mais la distinction est fort importante lorsqu'il s'agit de l'usufruit. C'est ce que nous allons constater en étudiant ce droit réel.

Section II

L'usufruit, l'usage et l'habitation.

Nature de ce droit. Abandon en droit français de la notion de servitude personnelle.

Ce sont des démembrements de la propriété qui permettent à une personne de tirer une certaine utilité de la chose d'autrui. L'usufruit, l'usage et l'habitation sont des droits réels, droits réels principaux, qui comme tous droits réels emportent droit de préférence et droit de suite.

Ces droits réels étaient placés par les Romains dans la catégorie des servitudes personnelles. En effet les Romains classaient les démembrements de la propriété, les "jura in re aliena", en deux catégories: les servitudes réelles ou prédiales, et les servitudes personnelles, dans lesquelles figurait l'usufruit. Les servitudes prédiales, les servitudes réelles étaient celles qui existaient sur un fonds au profit d'un fonds; les servitudes personnelles étaient celles qui existaient sur la chose d'autrui au profit d'une personne déterminée.

Le Code civil n'a pas reproduit la distinction romaine. Les rédacteurs ont évité de prononcer le mot de "servitudes personnelles", craignant qu'il ne rappelât trop les droits féodaux, les charges personnelles qui existaient sous le régime féodal.

Le Code civil parle bien des servitudes ou services fonciers, mais il ne s'agit là que des servitudes que les Romains appelaient servitudes prédiales, ou servitudes réelles, c'est-à-dire droits existant au profit d'un fonds et sur un fonds.

Quant aux droits que les Romains classaient dans la catégorie des servitudes personnelles, l'usufruit, l'usage et l'habitation, le Code y voit simplement des droits de jouissance. C'est ce qui résulte de

Source : BIU Cujas

l'art. 543: "On peut avoir sur les biens ou un droit de propriété ou un simple droit de jouissance ou seulement des services fonciers à prétendre".

Nous allons nous occuper d'abord et avant tout de l'usufruit.

§ I - L'usufruit.

L'usufruit est le démembrement de la propriété le plus complet. Il confère, dit l'art.578, à l'usufruitier le droit de jouir de la chose sur laquelle porte son usufruit comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance. Cette dernière formule veut dire, semble-t-il que le propriétaire non seulement ne peut pas détruire la chose, mais qu'il ne peut même pas en changer la destination juridique et économique.

Ce que signifie l'art. 578 c'est que l'usufruitier à le droit de se servir de la chose et d'en percevoir les fruits. Il a l'usus et le fructus: le propriétaire n'a plus que le "jus abutendi", c'est-à-dire le droit de disposer de sa chose, mais ce droit même est fort restreint. Au point de vue matériel, le propriétaire ne peut rien faire qui gêne la jouissance de l'usufruitier. Au point de vue juridique le propriétaire peut sans doute céder sa propriété, mais comme l'usufruit, droit réel, est opposable à l'acquéreur, le propriétaire trouve difficilement à vendre du moment que l'usufruitier est jeune et qu'on peut croire que l'usufruit durera longtemps. Le propriétaire est donc réduit à fort peu de chose. Et ainsi s'explique le nom qui est donné à ce propriétaire grevé d'usufruit: il est le "nu propriétaire", son droit est une "nue propriété"; tout ce qui est utile appartient à l'usufruitier. On comprend dès lors que si un droit d'usufruit pouvait se perpétuer indéfiniment sur un bien déterminé, le droit du propriétaire de ce bien serait réduit à rien. Aussi dans notre droit l'usufruit est-il un droit essentiellement temporaire. Il n'y a d'ailleurs dans notre droit de droits de jouissance personnels que temporaires.

Si l'usufruit appartient à une personne physique il s'éteint, délai extrême, à la mort de cette personne. L'usufruit est un droit viager, intransmissible aux héritiers.

Si l'usufruit appartient à une personne morale, dont l'existence peut être beaucoup plus longue que

Source : BIU Cujas

celle d'une personne physique. l'art. 619 décide que l'usufruit ne dure que trente ans.

Lorsque l'usufruit s'éteint, la propriété, en vertu de son élasticité, reprend son extension normale, le nu propriétaire recouvre l'usus et le fructus qui jusque là avaient appartenu à l'usufruitier.

L'usufruit est un droit réel. Il diffère en cela du droit du locataire, qui lui aussi a la jouissance de la chose louée, mais à titre de droit simplement personnel (sauf s'il s'agit d'un bail emphytéotique).

L'usufruit au point de vue pratique

L'usufruit, a-t-on dit, est plein d'inconvénients. Il n'est pas sans inconvénients surtout lorsqu'on l'applique à des fonds ruraux, ou à des immeubles, parce que l'usufruitier est tenté de se procurer le maximum de revenu. S'il s'agit de fonds ruraux, il épuisera la terre sans lui restituer par les moyens appropriés les qualités que lui enlèverait une exploitation abusive. S'il s'agit de maisons, l'usufruitier ne sera guère tenté de faire les réparations nécessaires.

Cependant l'usufruit est chose très fréquente en pratique. L'usufruit peut résulter soit de la loi soit de la volonté de l'homme. L'usufruit peut aussi s'acquérir par prescription, mais c'est purement théorique, car celui qui prescrirait un usufruit prescrirait en même temps la propriété.

Et d'abord il y a des usufruits légaux. La loi établit dans certains cas un usufruit au profit d'une personne. Exemples: le droit de jouissance légale des père et mère sur les biens des enfants mineurs; l'usufruit du conjoint survivant, , l'usufruit légal prévu par l'art. 754 du Code civil. Enfin dans un grand nombre de régimes matrimoniaux, communauté, régime sans communauté, régime dotal, le mari a un droit d'usufruit, sur les biens de la femme. Ce sont des usufruits légaux.

D'autre part, un usufruit peut être établi par la volonté de l'homme. Il est fréquent qu'un usufruit soit établi par voie testamentaire. Par exemple un testateur lègue tout ou partie de ses biens en nue propriété à une personne et en usufruit à une autre; le testateur lègue la nue propriété à un parent et l'usufruit de ses biens à son conjoint. L'usufruit permet d'assouplir le régime des libéralités, de faire deux libéralités avec le même bien; une libéralité viagère au conjoint par exemple et une libéralité définitive à des parents plus jeunes.

Il est fréquent aussi que les usufruits soientétablis par contrat de mariage. Il est dit dans un contrat de mariage que le survivant des époux aura l'usufruit de tout ou partie des biens du prédécédé.

Source : BIU Cujas
Reproduction interdite

L'usufruit peut aussi résulter d'un contrat. Il est rare évidemment qu'un propriétaire constitue directement un usufruit sur son bien au profit d'une personne, en se réservant la nue propriété, ce ne serait pas bien pratique. Mais ce qui est fréquent, c'est qu'une personne donne ou vende un immeuble ou plusieurs immeubles en s'en réservant l'usufruit sa vie durant.

Nous allons étudier: 1° - les droits de l'usufruitier 2°- puis ses obligations et 3° les cas d'extinction de l'usufruit.

I - Les droits de l'usufruitier

L'usus et le fructus et leur mode d'exercice

Comme l'indique l'étymologie même du mot "usufruit" les Romains disaient "usus-fructus" - les droits de l'usufruitier peuvent se résumer dans la formule suivante: l'usufruitier a le droit d'user de la chose, c'est l'usus; et il a le droit d'en recueillir les fruits, c'est le fructus.

Mais ces droits de l'usufruitier ne s'exercent pas toujours de la même manière. Leur mode d'exercice dépend du bien ou des biens sur lesquels porte l'usufruit.

L'usufruit peut porter sur toutes sortes de biens, meubles ou immeubles, corporels ou incorporels. Il est évident que le droit de jouissance de l'usufruitier ne s'exercera pas toujours de la même manière, il pourra varier, suivant la nature du bien grevé d'usufruit. En particulier, les droits de l'usufruitier ne seront pas les mêmes suivant que son usufruit portera sur un immeuble ou sur une créance.

1- Usufruit des choses corporelles

Dans les explications qui vont suivre nous ne nous occuperons tout d'abord que de l'usufruit des choses corporelles, immeubles ou meubles corporels, et surtout immeubles. Ensuite nous verrons quelles règles s'appliquent particulièrement à l'usufruit des biens incorporels, notamment des créances.

L'usufruitier a donc deux droits: le droit d'user de la chose grevée d'usufruit et le droit de recueillir les fruits.

A-Usage matériel aussi complet que celui du propriétaire

A) En premier lieu l'usufruitier peut user de la chose. Si c'est une maison il peut l'habiter; si c'est une terre il peut la cultiver; si c'est un objet quelconque il peut s'en servir. Son droit à ce point de vue est aussi complet que celui du propriétaire. Application de ce principe est faite notamment dans l'article 597, qui décide, s'agissant d'un usufruit immobilier, que l'usufruitier jouit des droits de

Source : BIU Cujas

servitude, de passage et généralement de tous les droits dont le propriétaire peut jouir et il en jouit comme le propriétaire lui-même.

Sous réserve de ne pas détruire la chose ou de ne pas changer la destination économique que lui a donnée le propriétaire

Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que si l'usufruitier a l'usus, le "jus utendi", il n'a pas l'abusus. Il n'aurait certainement pas le droit de détruire la chose. Mais même il n'a pas le droit de changer la destination économique que le propriétaire avait donnée à la chose. Par exemple il ne peut pas transformer une maison habitée bourgeoisement en magasin; transformer un terrain planté de vigne en terre labourable.

C'est en ce sens d'ailleurs qu'on peut interpréter la formule de l'art. 578 qui, nous donnant la définition de l'usufruit, nous dit que l'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance, formule empruntée d'ailleurs aux textes romains : "salva rerum substantia".

Application aux coupes de bois

Application de cette idée est faite dans l'art. 590 et 591, à propos des coupes de bois. Dans ces deux textes, il nous est dit que l'usufruitier, lorsqu'il a le droit de procéder aux coupes de bois, doit le faire conformément à l'aménagement ou à l'usage constant des propriétaires. Il ne peut pas saccager une forêt ou un bois sous prétexte de profiter de revenus plus élevés, il doit respecter l'ordre des coupes et la quotité des coupes conformément à l'aménagement et à l'usage constant des propriétaires.

Il ne faut d'ailleurs pas considérer comme une modification de la destination de la chose le simple changement du mode de jouissance. Si une terre était exploitée par le propriétaire, l'usufruitier peut la donner à ferme.

Usufruit de choses qui sans être consomptibles se détériorent par l'usage.

L'usufruitier n'a pas l'abusus. Cependant il est des cas où normalement il ne peut user de la chose sans la détruire. Il en est ainsi lorsque son usufruit porte sur certains meubles corporels. Certains meubles sont des choses qui n'ont pas le caractère consomptible, qui se détériorent simplement par l'usage. L'art. 589 dit que "si l'usufruit comprend des choses qui, sans "se consommer de suite, se détériorent peu à peu par "l'usage, comme du linge, des meubles meublants, l'usu-"fruitier a le droit de s'en servir pour l'usage auquel "elles sont destinées et n'est obligé de les rendre à "la fin de l'usufruit que dans l'état où elles se trou-"vent, non détériorées par son dol ou par sa faute". Si l'usufruit porte sur des meubles meublants, l'usufruitier a le droit de s'en servir et même dans ce cas son droit se réduit à un simple droit d'usage, il n'y a pas ici de fruits à recueillir.

Source : BIU Cujas

Le quasi usufruit des choses consomptibles par le premier usage. Transformations qu'il entraîne dans la situation du nu propriétaire

Mais parmi les meubles corporels qui peuvent faire l'objet d'un usufruit, il en est dont on ne peut se servir dans les détruire ou sans les aliéner. Ce sont les choses consomptibles par le premier usage: les denrées, les boissons; il est des choses dont on ne peut se servir sans les aliéner; la monnaie, monnaie métallique ou monnaie de papier.

Supposez que l'usufruit porte sur de semblables choses, sur de la monnaie ou sur des denrées, choses consomptibles par le premier usage, doit-on interdire à l'usufruitier d'en user sous prétexte qu'il n'a pas l'abusus? Ce serait évidemment excessif.

La question s'était déjà posée à Rome. On avait fini par la résoudre en décidant que l'usufruitier pouvait consommer ces choses ou les aliéner, sauf à l'extinction de son usufruit à rendre au nu propriétaire des choses de même nature, qualité et quantité. C'est ce que les Romains appelaient le quasi-usufruit. Le Code civil a conservé ce principe. L'art. 587 décide en effet que, "si l'usufruit comprend des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer, comme l'argent, les grains, les liqueurs, l'usufruitier a le droit de s'en servir, mais à la charge d'en rendre de pareille quantité, qualité et valeur, ou leur estimation, à la fin de l'usufruit".

L'usufruitier a donc le droit de se servir des pièces de monnaie, de les dépenser, il a le droit d'user des denrées, de les consommer, mais à l'extinction de l'usufruit il doit rendre des choses de pareille quantité, qualité ou valeur. Il aurait suffi de dire: pareille qualité et quantité, car la valeur est chose essentiellement variable.

"Ou leur estimation" : l'usufruitier a-t-il une option: ou rendre des choses de même quantité et qualité, ou rendre leur estimation, leur valeur en argent? Il semblerait qu'il eût une option, mais ce n'est pas l'opinion qui prévaut. On considère qu'en principe il doit rendre les choses en nature, de même quantité et même qualité. Seulement si l'on s'entend - et généralement on s'entend sur ce point - l'on permettra à l'usufruitier ou à ses héritiers de restituer la valeur en argent des choses qui étaient comprises dans l'usufruit au moment où celui-ci s'est éteint.

Quand il y a quasi-usufruit, la situation du nu propriétaire est modifiée. Le nu-propriétaire, lorsqu'il s'agit d'un usufruit ordinaire, a le droit à la restitution des choses sur lesquelles porte l'usufruit; le nu-propriétaire est titulaire d'un droit réel. S'il s'agit au contraire d'un quasi-usufruit le nu proprié-

Source : BIU Cujas

taire est réduit à l'état de créancier. Son droit porte sur une chose de genre, les choses de même nature, quantité et qualité que doit lui restituer l'usufruitier à la fin de l'usufruit. Réduit à l'état de créancier, il est exposé à l'insolvabilité de l'usufruitier.

B-Droit aux fruits .Distinction des fruits et des produits

B- En second lieu, l'usufruitier a le droit de percevoir les fruits de la chose soumise à son droit.

Nous avons dit précédemment ce qu'on entend par fruits et en quoi les fruits se distinguent des simples produits. Les fruits sont les objets qu'une chose produit annuellement, ou à d'autres intervalles de temps périodiques, sans altération ou diminution de sa substance: tels les récoltes, les champs, des prairies ou des vignes, les produits des jardins, les fruits des arbres. Tous autres objets qui proviennent d'une chose, en diminuant sa substance, sont de simples produits: telles les pierres d'une carrière, lorsqu'on enlève les pierres , on épuise la substance de cette carrière, tandis que les fruits que l'on recueille chaque année n'épuisent pas la substance de l'arbre.

En principe, un usufruitier a droit aux fruits, qui sont un revenu, tandis qu'il n'a pas droit aux produits, qui représentent une partie du capital.

Tendance du C.C. à étendre à certains produits la qualité de fruits

Mais le Code est loin d'avoir admis toutes les conséquences que ce principe aurait entraînées logiquement C'est une tendance du Code civil de traiter comme des fruits, fussent-ils de simples produits, tous les objets qui apparaissent comme une source régulière de revenus pour le propriétaire. La loi fait application de cette idée en ce qui concerne l'usufruit portant sur des bois et l'usufruit portant sur des mines et carrières.

a)Usufruit des forêts et bois. Distinction des bois taillis et des bois de haute futaie et pour ceux-ci suivant que le bois est ou non en coupe règlée

En ce qui concerne les bois , la loi fait une distinction entre les bois taillis et les bois de haute futaie. Les bois taillis, sont destinés à être coupés périodiquement; leur coupe présente donc le caractère de fruits, l'usufruitier y a droit, tout en étant tenu d'observer l'ordre et la quotité des coupes, conformément à l'aménagement ou à l'usage constant des propriétaires.

Les bois de haute futaie sont au contraire à considérer comme un capital placé en réserve. Ce sont les plus beaux arbres qu'on a laissé pousser, qu'on coupera plus tard lorsqu'ils seront arrivés à une certaine maturité. Les coupes ici ne sont pas des fruits, puisqu'elles diminuent la substance de la chose: lorsque l'arbre sera coupé il ne repoussera pas. Donc en principe l'usufruitier ne devrait pas

Source : BIU Cujas

avoir droit aux coupes de bois de haute futaie.

Mais la loi fait une distinction: si le bois de haute futaie n'a pas été mis en coupe réglée, l'usufruitier ne peut toucher aux arbres, il n'a pas le droit de les couper. L'usufruitier, dit l'art. 592 ne peut toucher aux arbres de haute futaie; il peut seulement employer pour faire les réparations dont il est tenu les arbres arrachés ou brisés par accident; il peut même, pour cet objet, en faire abattre s'il est nécessaire, mais à la charge d'en faire constater la necessité avec le propriétaire.

Si au contraire le bois de haute futaie avait été mis en coupe réglée par le propriétaire, la loi traite les coupes comme des revenus périodiques assimilables à des fruits. Art. 591:"l'usufruitier profite toujours "en se conformant aux époques et à l'usage des anciens "propriétaires, des parties de bois de haute futaie qui "ont été mises en coupes réglées, soit que ces coupes "se fassent périodiquement sur une certaine étendue de "terrain, soit qu'elles se fassent d'une certaine "quantité d'arbres pris indistinctement sur toute la "surface du domaine".

Donc, si le propriétaire antérieur avait aménagé, mis en coupes réglées le bois de haute futaie, l'usufruitier, bien qu'il s'agisse en réalité d'un capital, a le droit de faire ces coupes suivant l'aménagement qui a été donné par le propriétaire, parce qu'ici le propriétaire avait fait de ce droit une source de revenus périodiques.

b)Mines et carrières

Même distinction en ce qui concerne les mines et les carrières. L'extraction des pierres, des minerais, diminue la substance de la chose, ces minerais sont de simples produits. Cependant l'art. 598 décide que l'usufruitier jouit de la même manière que le propriétaire des mines et carrières qui sont en exploitation à l'ouverture de l'usufruit; mais il n'a aucun droit aux mines et carrières non encore ouvertes ni aux tourbières dont l'exploitation n'est point encore commencée. La loi fait donc une distinction suivant que la carrière était ou non exploitée avant l'ouverture de l'usufruit.

S'il s'agit d'une carrière qui n'était pas encore exploitée au moment où s'ouvre l'usufruit, il s'agit d'un produit et non d'un fruit, l'usufruitier n'ya pas droit. Mais si l'usufruit porte sur une carrière qui était déjà exploitée antérieurement à l'ouverture de son usufruit, le propriétaire antérieur avait fait de cette carrière une source de revenus périodiques, l'usufruitier peut continuer l'exploitation et bénéficier des produits de la carrière.

Source : BIU Cujas

La loi parle aussi des mines, mais en ce qui concerne les mines il faut tenir compte de la loi de 1810, qui ne permet pas au propriétaire d'exploiter la partie située sous son terrain. D'autre part la mine concédée porte sur un droit distinct de la surface. L'usufruitier n'a donc jamais droit aux produits de la mine, puisque le propriétaire du sol n'y a pas droit lui-même.

Mines: Distinction suivant que la concession est antérieure ou non à l'ouverture de l'usufruit

En ce qui concerne les mines, la seule distinction à faire est la suivante: si la mine était concédée à l'exploitant au moment de l'ouverture de l'usufruit, l'usufruitier doit recevoir à la place du propriétaire la redevance tréfoncière, que l'exploitant doit payer au propriétaire du sol. Si la mine n'est concédée qu'au cours de l'usufruit, l'usufruitier n'a pas droit à la redevance.

L'art. 598 ne s'applique donc plus aujourd'hui qu'aux carrières.

Jusqu'ici nous ne nous sommes occupés que des fruits naturels produits par la chose sur laquelle porte l'usufruit, récoltes, croît des animaux. Mais

Fruits civils

nous savons qu'à côté des fruits naturels, la loi admet qu'une chose puisse produire des fruits civils. Art. 584: "Les fruits civils sont les loyers des maisons, les intérêts des sommes exigibles, les arrérages des rentes: les prix des baux à ferme sont aussi rangés dans la classe des fruits civils".
Exemple: si la maison soumise à l'usufruit est louée, l'usufruitier touchera les loyers; si c'est une ferme sur laquelle porte l'usufruit, l'usufruitier touchera les fermages, qui sont des fruits civils, revenus périodiques.

Intérêt de la distinction des fruits naturels et des fruits civils au point de vue de leur acquisition

La loi fait une importante distinction entre les deux catégories de fruits en ce qui concerne leur mode d'acquisition par l'usufruitier. Les fruits naturels s'acquièrent par la perception, tandis que les fruits civils sont acquis à l'usufruitier jour par jour.

La distinction n'a d'intérêt pratique qu'au moment de l'ouverture et à celui de l'extinction de l'usufruit. C'est à l'ouverture et à l'extinction de l'usufruit que ce principe a lieu de jouer; au cours de l'usufruit il n'a pas d'intérêt.

Acquisition des fruits naturels par la perception. Application à l'ouverture et à la fin de l'usufruit

Les fruits naturels s'acquièrent par la perception, c'est-à-dire que l'usufruitier acquiert les fruits naturels comme le fait le propriétaire lui-même: il les acquiert par la perception en faisant la récolte ou bien en ramassant les fruits tombés sur le sol.
Art. 585: "Les fruits naturels et industriels, pendants par branches ou par racines au moment où l'usufruit est ouvert, appartiennent à l'usufruitier".

Source : BIU Cujas

Nous nous plaçons à l'ouverture de l'usufruit: l'usufruitier a droit aux fruits qui sont pendants par branches ou par racines, suivant l'expression du Code, au moment où se fait l'ouverture de l'usufruit; peu importe celui qui a semé, c'est l'usufruitier qui récoltera du moment que la récolte n'est pas faite au jour où s'ouvre son usufruit, "sic vos non vobis", ce n'est pas celui qui a semé qui récoltera. Le propriétaire avait fait ensemencer ses terres, il meurt, un usufruit s'ouvre; c'est l'usufruitier qui fait la récolte, il n'a aucune indemnité à verser aux héritiers.

A l'extinction, même solution: art. 585, al. 2: "Ceux qui sont dans le même état au moment où finit "l'usufruit appartiennent au propriétaire, sans récom- "pense de part ni d'autre des labours et des semences, "mais aussi sans préjudice de la portion des fruits qui "pourrait être acquise au colon partiaire, s'il en exis- "tait un au commencement ou à la cessation de l'usu- "fruit".

L'usufruitier avait ensemencé, il meurt avant que la récolte soit faite, c'est le nu propriétaire qui récoltera sans rien avoir à payer à titre d'indemnité aux héritiers de l'usufruitier.

Les fruits, par conséquent, appartiennent à celui qui fait la récolte, sans que l'autre ou les héritiers de l'autre puissent réclamer aucune compensation, aucune indemnité. Cela peut parfois être juste: supposez que l'usufruitier avait profité de la récolte au moment où s'était ouvert son usufruit, et que ce soit le nu propriétaire qui profite de la récolte au moment où l'usufruit s'éteint . Mais la règle est une règle aléatoire; tout dépend du moment où s'ouvre l'usufruit ou du moment où il s'éteint; c'est peu équitable, parce que soit l'usufruit soit le nu propriétaire va profiter d'une récolte qu'il n'a pas ensemencée.

Acquisition des fruits civils au jour le jour

Plus satisfaisante est la règle concernant les fruits civils. "Les fruits civils, dit l'art. 586, "sont réputés s'acquérir jour par jour, et appartien- "nent à l'usufruitier à proportion de la durée de son "usufruit. Cette règle s'applique aux prix des baux à "ferme, comme aux loyers des maisons et aux autres fruits civils".

Les fruits civils s'acquièrent jour par jour; ici il n'y a pas à s'inquiéter de savoir par qui est perçu le loyer ou le fermage; ni même quelle est la date de son exigibilité. L'usufruitier et le nu propriétaire, ou leurs héritiers, se partageront la somme due en proportion de la durée de leurs droits respectifs.

Source : BIU Cujas

Voici une maison louée à raison d'un loyer annuel (Si le loyer était semestriel ou mensuel, ce serait la même chose, bien entendu), l'usufruitier meurt alors que cent jours se sont écoulés sur l'année en cours; les héritiers de l'usufruitier auront droit à 100/365° du montant du loyer, le nu propriétaire recevra la différence.

La solution est évidemment plus équitable. Elle supprime tout aléa; il serait désirable qu'on l'étendît aux fruits naturels qui sont destinés à être consommés ou vendus, on partagerait le prix de la récolte entre l'usufruitier et le nu propriétaire suivant le nombre de jours qui s'est écoulé depuis l'ouverture de l'usufruit jusqu'à son extinction; ce serait plus équitable.

Actes juridiques de l'usufruitier sur la chose

Voilà les droits, les prérogatives spéciales de l'usufruitier. Mais, nous dit la loi, l'usufruitier n'est pas tenu de jouir par lui-même. L'usufruitier tient de la loi le droit de faire sur la chose grevée de son usufruit certains actes juridiques rentrant dans les limites de sa jouissance. L'art. 595 accorde notamment à l'usufruitier le droit de donner à bail ou à ferme, pour une certaine durée, l'immeuble sur lequel porte son usufruit.

L'usufruit porte sur une maison, ou il porte sur un domaine agricole; l'usufruitier peut habiter la maison, il peut exploiter lui-même la ferme; mais il peut aussi louer la maison ou louer la ferme.

Baux
Distinction suivant que le bail a plus ou moins de 9 ans

Dans quelles conditions l'usufruitier peut-il passer bail de la chose grevée de son usufruit? L'art. 586 nous dit que d'une façon générale il doit se conformer, aux règles pour la durée des baux et pour leur renouvellement aux règles établies pour le mari à l'égard des biens de sa femme, au Titre du contrat de mariage. Ces règles sont absolument semblables à celles qui s'imposent au tuteur pour le bail des biens d'un mineur ou d'un interdit. Le mari qui donne à bail les biens de sa femme, le tuteur qui donne à bail les biens du mineur ou de l'interdit, ne peut les donner à bail que pour neuf ans (art. 1429 et 1430). Mais ce n'est pas à dire que s'il fait un bail de plus de neuf ans, il ne sera pas lié par ce bail. L'art. 1429 décide que les baux que le mari seul a faits des biens de sa femme pour un temps qui excède neuf ans ne sont, en cas de dissolution de la communauté, obligatoires vis à vis de la femme ou de ses héritiers que pour le temps qui reste à courir soit de la première période de neuf ans, si les parties s'y trouvent encore, soit de la seconde, et ainsi de suite, de manière que le fermier n'ait que le droit d'achever la jouissance de la période de neuf ans où il se trouve.

Source : BIU Cujas

En un mot le locataire a toujours le droit de terminer la période de neuf ans au cours de laquelle il se trouve, mais il n'a pas le droit d'en recommencer une seconde ou une troisième, à supposer que le bail ait été fait pour une durée supérieure à neuf ans. Un tuteur ou un usufruitier a fait un bail de 18 ans, si son usufruit s'éteint au bout de six ans, le bail ne sera valable que jusqu'à la fin de la première période de neuf ans; mais si l'usufruit s'éteignait au bout de douze ans, le bail recevrait complètement son exécution jusqu'à la fin de la seconde période de neuf ans.

Interdiction à l'usufruitier de faire des actes de disposition

L'usufruitier peut donc faire des actes d'administration, comme un bail, sur des biens soumis à son usufruit. Par contre, il ne peut faire aucun acte de disposition. Il ne peut pas aliéner la chose soumise à son usufruit, à moins qu'il ne s'agisse de choses consomptibles par le premier usage, ou encore à moins qu'il ne s'agisse de choses destinées à être vendues, telles que les marchandises d'un fonds de commerce.

Cession du droit d'usufruit

Mais l'art. 595 autorise encore l'usufruitier à disposer de son droit d'usufruit lui-même. L'usufruit est un bien patrimonial, il a une valeur pécuniaire. L'usufruitier est donc fondé à tirer parti de son droit, il peut vendre son droit d'usufruit à un tiers; il peut l'hypothéquer en tant que cet usufruit comprend des immeubles; il peut le céder à titre gratuit. L'usufruit c'est un bien, dont l'usufruitier peut disposer.

Seulement l'usufruitier ne pouvant céder plus de droits qu'il n'en a lui-même, l'usufruit s'éteindra entre les mains de l'acquéreur par les mêmes causes qui y auraient mis fin si l'usufruit était, resté entre les mains de l'usufruitier et notamment par la mort de l'usufruitier. J'achète un usufruit, l'usufruitier peut mourir demain ou après-demain, je perdrai le droit que j'ai acheté; c'est une opération aléatoire; tout dépend de la vie de l'usufruitier. L'usufruitier ne peut céder autre chose que ce qu'il a lui-même; un usufruit qui ne durera qu'autant que lui. Cela montre tout de suite que l'achat d'un usufruit est une opération absolument aléatoire.

Hypothèque de l'usufruit

Quant à l'hypothèque sur un usufruit, c'est quelque chose de bien aléatoire aussi. C'est bien pour cela qu'on trouvera rarement à emprunter sur un usufruit.

Usufruits incessibles

Il y a d'ailleurs des usufruits qui ne sont pas cessibles. C'est notamment le droit de jouissance légale des père et mère, usufruit d'un caractère particulier; bien qu'étant un droit patrimonial, il participe cependant des caractères des droits de famille et par conséquent il ne peut être cédé.

Usufruit d'un usufruit

Un usufruit peut être grevé d'un autre usufruit. Le

Source : BIU Cujas

cas pratique est celui du mineur titulaire d'un usufruit, lequel est soumis lui-même à l'usufruit légal du père; ou encore le cas de la femme titulaire d'un usufruit, qui est mariée sous un régime conférant à son mari un droit d'usufruit sur les biens de sa femme. Il y a donc l'usufruit d'un usufruit. Le titulaire du second usufruit, le père ou le mari, a droit aux fruits revenant au premier usufruitier, c'est-à-dire au mineur ou à la femme. Si le premier usufruitier décède, le second usufruit tombe en même temps que le premier. Si le second usufruitier décède, le premier usufruit subsiste et le titulaire de cet usufruit, la femme devenue veuve ou divorcée par exemple, recouvrera l'exercice de son droit d'usufruit.

Usufruit de meubles incorporels

Jusqu'ici nous ne nous sommes occupé que de l'usufruit en tant qu'il porte sur des biens corporels, immeubles ou meubles corporels. Nous allons envisager le cas où l'usufruit porterait sur des meubles incorporels.

Ici il y a des règles particulières qui tiennent à la nature même de ces biens. Nous n'envisagerons ici que l'usufruit des créances, l'usufruit des valeurs mobilières et l'usufruit d'un fonds de commerce.

a)Créances Droit pour l'usufruitier de toucher les intérêts et arrérages et même, à l'échéance, le capital

a) L'usufruit des créances. Voici une personne qui recueille un usufruit par exemple à la suite d'une succession; le patrimoine sur lequel elle est usufruitière en tout ou en partie comprend des biens corporels, des créances, etc..Quels sont les droits de l'usufruitier en tant qu'ils portent sur une créance ?

L'usufruitier peut certainement toucher les intérêts de la créance qui sont des fruits civils, Si la créance a la forme d'une rente, l'usufruitier touche des arrérages sans au'il y ait à distinguer si la rente est perpétuelle ou viagère (art. 588). L'usufruitier a droit aux fruits civils, par conséquent aux intérêts de la créance. Mais il peut arriver que le capital de la créance devienne exigible au cours de l'usufruit; le débiteur va rembourser le capital; l'usufruitier a-t-il le droit de toucher le capital? Question controversée. La jurisprudence et la pratique admettent que l'usufruitier peut recevoir le capital, quelque danger que présente cette solution pour les intérêts du nu propriétaire. (Arrêt de la Cour de cassation du 2 Juillet 1918 (D.1921.I.148).

La loi admet d'ailleurs cette solution dans un cas, dans le cas d'indemnité d'expropriation. Si le bien sur lequel porte l'usufruit est l'objet d'une expropriation la loi sur l'expropriation admet que l'usufruitier touche l'indemnité d'expropriation. D'ailleurs nous verrons par la suite que le nu propriétaire est garanti

Source : BIU Cujas

contre le défaut de restitution du capital par la caution que doit fournir l'usufruitier.

Lorsque le capital a été remboursé, le droit de l'usufruitier porte désormais sur une somme d'argent et se transforme en quasi-usufruit. A l'extinction de l'usufruit, les héritiers de l'usufruitier (ou l'usufruitier lui-même, s'il est encore vivant)doivent restituer au nu propriétaire, le capital dont l'usufruitier a eu la jouissance tout le temps de son usufruit, le droit du nu propriétaire étant garanti par la caution.

b)usufruit de valeurs mobilières au porteur ou nominatives

b) Nous allons supposer maintenant, cas très fréquent que l'usufruit porte sur des valeurs mobilières, Ces valeurs mobilières peuvent être ou des titres au porteur ou des titres nominatifs.

Si ce sont des titres au porteur on est en présence d'un usufruit portant sur des meubles corporels; un tel usufruit n'est pas sans danger pour le nu propriétaire, puisque les titres au porteur peuvent être aliénés librement par l'usufruitier, sans que le nu propriétaire ait un recours contre l'acquéreur. Par conséquent, il est dangereux de laisser subsister un usufruit sur des titres au porteur. Lorsque s'ouvre un usufruit on s'empresse de faire mettre les titres au nominatif. C'est une garantie pour le nu propriétaire.

Si les valeurs sont nominatives, il y a plus de garanties pour le nu propriétaire, parce qu'on immatriculera le certificat nominatif au nom du nu propriétaire pour la nue propriété, au nom de l'usufruitier pour l'usufruit, de telle sorte que l'usufruitier ne pourra aliéner qu'avec le concours du nu propriétaire.

Des primes et lots qui peuvent être attachés à certains titres

Une des questions qu'a soulevées l'usufruit portant sur des valeurs mobilières est celle de savoir quels sont les droits de l'usufruitier au cas où une obligation est remboursée avec une prime ou avec un lot, et notamment avec un lot. Par exemple l'usufruit porte sur des obligations du Crédit Foncier ou de la Ville de Paris, obligations à lots, et voilà qu'un lot échoit à une obligation. Qui aura droit au lot ? Est-ce l'usufruitier ? Est-ce le nu-propriétaire ?

La question a été discutée: certains soutenaient que c'était l'usufruitier, parce que, dit-on, les lots sont composés avec des intérêts qui ne sont pas versés aux titulaires des obligations. Mais c'est une opinion qui n'a pas prévalu. On considère que la prime ou le lot appartient au nu propriétaire; c'est un capital;

Source : BIU Cujas

mais l'usufruitier a la jouissance de ce capital. Le lot appartient au nu propriétaire, mais l'usufruitier pendant la durée de son usufruit jouira des intérêts de ce capital (Cassation, 14 Mars 1877; D.1877.I. 353)

Distribution des réserves d'une société

D'autres questions se sont posées, et elles sont très importantes. L'usufruitier de l'action d'une société a certainement droit aux dividendes que la société paie annuellement; ce sont des fruits. Mais il est rare qu'une société distribue annuellement tous ses bénérices, elle en met une partie en réserve, et il se constitue ainsi, dans des sociétés particulièrement prospères, des réserves fort importantes. Or, ces réserves, les sociétés finissent un jour par les distribuer à leurs actionnaires, sous différentes formes soit sous forme de versement d'une partie des réserves qu'on répartit entre les actionnaires, soit sous forme de distribution d'actions gratuites. Qui aura droit aux réserves ainsi distribuées? Est-ce l'usufruitier? Est-ce le nu propriétaire?

Certains ont dit: c'est l'usufruitier, car les réserves représentent des dividendes qui n'ont pas été distribués et qui ont été accumulés. Mais ce n'est pas l'opinion qui a prévalu en pratique. Les réserves proviennent bien de dividendes non distribués, mais ce sont des dividendes qui ont été capitalisés, les réserves dans les caisses de la société constituent un capital, de même que, dans le patrimoine d'un particulier qui a fait des économies et qui les a placées celles-ci constituent un capital et ne sont plus un revenu. Lorsqu'une société distribue une partie de ses réserves, les sommes ainsi distribuées constituent un capital dont la propriété appartient au nu propriétaire et dont l'usufruitier n'aura que la jouissance du temps de son usufruit.

c)Usufruit d'un fonds de commerce

c)L'usufruit portant sur un fonds de commerce. Un commerçant meurt; il a légué l'usufruit de tous ses biens à sa veuve, par exemple. La veuve va exploiter le fonds elle-même ou le donner en location. Mais si elle exploite elle-même, elle pourra certainement vendre les marchandises qui sont des choses fongibles; cette vente constitue un mode normal d'exploitation du fonds. On admet que l'usufruitier d'un fonds de commerce peut vendre les marchandises, choses destinées à être vendues, mais à lacondition de remplacer le stock des marchandises, et à la dissolution, de restituer des marchandises de même quantité ou leur valeur.

L'usufruitier d'un fonds de commerce, bien entendu, a droit aux bénéfices du fonds, bénéfices réalisés par le fonds, sauf à prélever sur ces bénéfices les sommes

Source : BIU Cujas

nécessaires pour les amortissements et même les sommes nécessaires pour les réserves, si telle était l'habitude du propriétaire du fonds

En face des droits de l'usufruitier, il est bon de voir quelle est la situation du nu propriétaire.

Absence d'obligation spéciale à la charge du nu propriétaire Conséquence en ce qui concerne la réparation et la reconstruction

Le nu-propriétaire n'est tenu à aucune obligation positive vis-à-vis de l'usufruitier, titulaire d'un droit réel. Il n'est tenu qu'à une seule obligation: ne rien faire qui puisse nuire au droit de jouissance de l'usufruitier (art. 599).

Mais cette obligation mise à part, le nu propriétaire et l'usufruitier sont comme deux étrangers l'un vis-à-vis de l'autre, tant que dure l'usufruit tout au moins. Conception qui n'est pas sans inconvénients au point de vue de la bonne administration des biens. C'est la conséquence de ce que l'usufruit est un droit réel que le nu propriétaire est obligé de respecter, mais sans qu'il en résulte pour lui aucune obligation positive.

C'est ainsi qu'à l'ouverture de l'usufruit, l'usufruitier doit prendre la chose telle qu'elle se comporte, sans pouvoir exiger du nu propriétaire qu'elle soit mise en bon état de réparation. Art. 600: "L'usufruitier prend les choses dans l'état où elles sont". Si les choses sont en mauvais état, l'usufruitier ne peut pas exiger que le nu propriétaire lui livre des choses en bon état.

En cours d'usufruit, l'usufruitier ne peut exiger du nu propriétaire, que celui-ci effectue les réparations qui sont à sa charge, les grosses réparations. Les grosses réparations sont à la charge du nu propriétaire, mais cela ne veut pas dire que l'usufruitier puisse contraindre le nu propriétaire à faire ces réparations; elles sont à la charge du nu propriétaire si celui-ci consent à les faire (Paris, 27 Juillet 1928;D.1929.2.1). Telle est la solution de la jurisprudence. Certains auteurs considèrent que l'usufruitier pourrait obliger le nu propriétaire à faire les réparations.

Enfin, l'article 607 décide que: "ni le propriétaire "ni l'usufruitier ne sont tenus de rebâtir ce qui est "tombé de vétusté, ou ce qui a été détruit par cas for- "tuit". Si un bâtiment tombe en ruine par vétusté ou par suite d'un ouragan, ni le nu propriétaire ni l'usufruitier ne sont tenus de rebâtir les choses dans leur état antérieur.

Il faut signaler une différence entre la situation de l'usufruitier et celle du locataire. Le locataire est titulaire d'un droit personnel vis-à-vis du bailleur, il peut exiger que le bailleur lui remette les choses en bon état et il peut exiger que le bailleur fasse les réparations indispensables. Rien de pareil dans les

Source : BIU Cujas

rapports de l'usufruitier et du nu propriétaire.

Droit du nu propriétaire d'aliéner ou d'hypothéquer sa nue propriété

Quels droits restent au nu propriétaire? Il a des droits, mais des droits bien réduits. Il conserve tous les droits compatbiles avec l'obligation dans laquelle il se trouve de ne pas nuire à la jouissance de l'usufruitier. Il peut disposer de sa nue propriété, il peut la grever d'hypothèques, sans que d'ailleurs cette aliénation modifie en quoi que ce soit les droits de l'usufruitier, parce que l'acquéreur ou le créancier hypothécaire doit respecter l'usufruit, droit réel opposable à tous. Une nue propriété n'est pas un bon élément de crédit.

2 - Les obligations de l'usufruitier

L'usufruitier est astreint à une obligation d'ordre général; celle de jouir en bon père de famille. Il doit en second lieu supporter les charges usufructuaires .Il doit enfin, lui ouses héritiers, restituer les choses grevées de son usufruit à l'extinction de celui-ci.

1- Obligation générale de jouir en bon père de famille.

A - L'usufruitier doit, dit l'art. 601, jouir en bon père de famille: "Il donne caution de jouir en bon père de famille", en administrateur diligent. En conséquence, il doit user de la chose conformément à sa destination, il doit éviter les abus d'exploitation, il est tenu de veiller à la garde et à la conservation des choses soumises à son usufruit; et il est responsable lorsque la chose soumise à son usufruit, par exemple l'immeuble, vient à être détruite par sa faute, par un incendie par exemple; il est responsable vis-à-vis du nu propriétaire.

L'art. 614 exige encore que l'usufruitier dénonce au nu propriétaire les usurpations qui pourraient être commises sur le fonds soumis à l'usufruit, de manière que le nu propriétaire ait la possibilité de défendre ses droits. Le propriétaire peut être fort éloigné du lieu où s'exploite la ferme, ou la maison, soumise à l'usufruit; l'usufruitier doit connaître les atteintes qu'un tiers pourrait porter aux droits du nu propriétaire, il a l'obligation de dénoncer ces atteintes au nu propriétaire, sous sa responsabilité.

2-Charges usufructuaires acquittées normalement avec les revenus

B)-L'usufruitier doit supporter les charges usufructuaires Que faut-il entendre par là? Ce sont toutes les charges qu'un propriétaire diligent paie normalement sur ses revenus. L'usufruitier a droit aux revenus; il est normal qu'il soit tenu des charges qu'un propriétaire diligent paie normalement sur ses revenus.

Quelles sont ces charges? Art. 608. Il faut citer d'abord l'impôt foncier, les charges concernant l'éla-

Source : BIU Cujas

gage des arbres et des haies, les charges concernant le curage des fossés.

Contribution de l'usufruitier pour les intérêts aux charges exceptionnelles

Que décider en ce qui concerne les charges exceptionnelles qui au cours de l'usufruit peuvent peser sur la propriété, par exemple les frais de clôture ou de bornage ou une contribution de guerre que l'usufruitier aurait à payer? L'art. 609 dit qu'à l'égard des charges qui peuvent être imposées sur la propriété pendant la durée de l'usufruit, l'usufruitier et le nu propriétaire y contribuent ainsi qu'il suit: le propriétaire est obligé de les payer, mais l'usufruitier doit lui tenir compte des intérêts. Si elles sont avancées par l'usufruitier, à la fin de l'usufruit, il pourra réclamer le remboursement au nu propriétaire, mais sans intérêts.

Réparations d'entretien

Une autre conséquence de l'obligation de l'usufruitier de supporter les charges usufructuaires, c'est qu'il est tenu des réparations d'entretien (art. 605). L'usufruitier n'est tenu qu'aux réparations d'entretien. Ce sont celles qu'on paie généralement sur les revenus.

Difficultés pour les grosses réparations restant à la charge du nu-propriétaire

Aux réparations d'entretien la loi oppose les grosses réparations qui restent à la charge du nu propriétaire (art. 605, alinéa 2): les grosses réparations sont à la charge du nu propriétaire, à moins qu'elles n'aient été occasionnées par le défaut de réparation d'entretien depuis l'ouverture de l'usufruit.

L'article 606 définit les grosses réparations.

Il est admis en jurisprudence que le nu propriétaire n'est pas obligé de faire les grosses réparations, mais s'il les fait, elles restent à sa charge. Dans ce dernier cas, il ne peut réclamer à l'usufruitier le remboursement de ce qu'il a payé; est-ce que l'usufruitier lui doit au moins compte des intérêts? La négative est généralement admise, mais la question est discutée.

A supposer que l'usufruitier ait fait lui-même les grosses réparations qui ne sont pas à sa charge, est-ce qu'il peut en réclamer le remboursement au nu propriétaire?

Non, car ce serait contraindre indirectement ce dernier à effectuer ces réparations, alors qu'il n'est pas tenu de les faire; mais la jurisprudence décide que l'usufruitier (ou ses héritiers) peut, à l'expiration de l'usufruit, réclamer une indemnité égale à la plus value résultant, à ce moment, des travaux effectués (Cass. 17 Juillet 1911, S.1913.I.92).

Arrivons à une question particulière: c'est la question des obligations qui incombent spécialement à l'usufruitier universel ou à titre universel.

Source : BIU Cujas

Du principe que l'usufruitier n'est pas en principe tenu au paiement des dettes

Pour bien comprendre ce qui va être dit, il importe de rappeler que l'usufruitier, lorsque son usufruit porte sur un bien particulier, n'est pas tenu en quoi que ce soit des dettes du nu propriétaire.

Voici par exemple un usufruit qui porte sur un immeuble, l'usufruitier n'est pas tenu des dettes du propriétaire et il n'est même pas tenu de la dette hypothécaire qui grevait l'immeuble en question; cette dette incombe entièrement, capital et intérêts, au nu propriétaire.

L'art. 611 le dit expressément pour celui à qui l'usufruit d'un immeuble a été légué à titre particulier. Seulement, s'il y a hypothèque sur l'immeuble, il peut arriver que l'usufruitier soit obligé de payer pour éviter la saisie. Mais s'il paie le créancier hypothécaire, il a un recours immédiat contre le nu propriétaire.

L'usufruit universel ou à titre universel. Obligation pour l'usufruitier de contribuer au paiement des intérêts des dettes proportionnellement à l'étendue de son usufruit

Les choses changent s'il s'agit d'un usufruit universel ou à titre universel. L'usufruit universel est celui qui porte sur latotalité d'un patrimoine; par exemple une personne a légué l'usufruit de tous ses biens à une autre, par exemple à son conjoint. Ou bien encore c'est un cas dans lequel le conjoint survivant a droit, en vertu de la loi, à l'usufruit de la totalité de la succession du conjoint prédécédé. Voilà un usufruit universel qui porte sur la totalité d'un patrimoine. Généralement ces usufruits universels ou à titre universel résultent d'une succession. Il y a cependant un usufruit universel qui ne résulte pas d'une succession, la jouissance légale des père et mère sur les biens des enfants mineurs de 18 ans, usufruit portant sur l'ensemble d'un patrimoine.

L'usufruit est à titre universel lorsqu'il porte sur une quote-part d'un patrimoine, par exemple la moitié ou le quart d'un patrimoine. Ainsi, il est un cas où le conjoint survivant a droit à l'usufruit du quart du patrimoine du conjoint prédécédé; s'il y a des enfants mineurs, c'est un usufruit à titre universel.

L'usufruit est au contraire à titre particulier lorsqu'il porte sur un ou plusieurs biens déterminés. L'usufruit a été constitué sur un bien, sur un immeuble , ou bien une personne a légué à une autre l'usufruit d'un immeuble déterminé.

Nous savons que l'usufruitier à titre particulier n'est jamzis tenu des dettes; au contraire, l'usufruitier universel ou à titre universel dont le droit porte sur la totalité ou une partie du patrimoine, doit supporter proportionnellement à l'importance de son droit les intérêts des dettes qui grèvent le patri-

Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

moine sur lequel porte son usufruit. Par exemple l'usufruitier universel devra tous les intérêts, la totalité des intérêts des dettes qui grèvent son patrimoine.

C'est la conséquence de ce principe qu'un patrimoine doit être considéré aussi bien du point de vue passif que du point de vue actif . "Il n'est de biens que déduction faite des dettes", adage ancien toujours exact. L'usufruit ne peut s'exercer sur l'actif que déduction faite du passif, L'usufruitier universel par conséquent doit la totalité des intérêts des dettes qui grèvent ce patrimoine.

Le principe est posé dans l'art. 612, et des applications particulières en sont faites notamment en ce qui concerne la jouissance légale des père et mère. L'art. 385 dit formellement que les charges de cette jouissance sont le paiement des arrérages ou intérêts des capitaux. L'art. 610 fait une application en ce qui concerne les rentes.

Si l'usufruit est universel, l'usufruitier supporte la totalité des intérêts ou arrérages des dettes. Si l'usufruit est à titre universel, l'usufruitier qui recueille l'usufruit de la moitié des biensdu défunt ou du quart des biensdu défunt supportera la moitié ou le quart des intérêts des dettes, ou arrérages de rentes.

Paiement d'une dette exigible. Des différents procédés pour faire contribuer le nu propriétaire et l'usufruitier

Mais il peut arriver que le capital devienne exigible, A qui incombe le paiement du capital? Il incombe au nu propriétaire, l'usufruitier n'est tenu que des intérêts. Seulement il peut arriver que le nu propriétaire n'ait pas les fonds suffisants pour payer; cela arrive souvent, en cas d'ouverture d'une succession: L'usufruit de la totalité du patrimoine advient à une personne; le nu propriétaire ne dispose pas de fonds suffisants; il a la nue propriété; il s'agit de payer les dettes du fisc, les droits de mutation, il s'agit de payer d'autres dettes; comment les choses vont-elles se passer ?

L'art. 612 envisage différentes manières de se tirer d'affaire. L'usufruitier peut d'abord avancer la somme nécessaire pour payer les dettes. Si l'usufruitier avance la somme nécessaire, il a droit au remboursement du capital à la fin de l'usufruit, mais sans aucun intérêt, puisque c'est lui qui est tenu des intérêts.

Si l'usufruitier ne veut pas faire cette avance ou ne peut pas faire cette avance, le nu propriétaire a le choix entre deux solutions: ou payer lui-même la somme et dans ce cas se faire tenir compte des intérêts par l'usufruitier; ou bien, si le nu propriétaire ne peut payer la somme, il n'y a qu'un moyen, c'est de faire

Source : BIU Cujas

vendre une portion des biens soumis à l'usufruit jusqu'à due concurrence. De cette manière l'usufruitier supportera une partie des intérêts des dettes, puisque, dans la mesure où les biens auront été vendus, les revenus lui seront retirés.

Une difficulté particulière s'est présentée pour les dettes résultant de prêts consentis par le Crédit Foncier. Ces dettes sont remboursables par annuités. Ces annuités comprennent tout à la fois les intérêts et une portion du capital, la portion du capital représentée par l'annuité croissant d'année en année.

Supposons qu'un individu ait emprunté au Crédit Foncier; il meurt en laissant sa succession à un usufruitier universel et à un nu propriétaire; qui va payer les annuités dues au Crédit Foncier? La Cour de cassation a décidé que dans le montant de chaque annuité il fallait faire une discrimination: l'usufruitier ne doit supporter que la partie représentant les intérêts; le surplus, représentant le capital, restant àla charge du nu propriétaire (Cassation, 20 juillet 1897, D.1899.I.17). Cette solution a été critiquée par certains auteurs. En effet, disent-ils, celui qui a emprunté dans ces conditions a entendu rembourser sa dette progressivement sur ses revenus, sans entamer son capital; par conséquent l'annuité, d'après ces auteurs, serait une dette exclusive des revenus, elle devrait être entièrement à la charge de l'usufruitier. Mais ce n'est pas l'opinion de la Cour de cassation.

Obligation de restituer la chose grevée d'usufruit. Mesures préventives destinées à garantir cette restitution

Dernière obligation qui incombe à l'usufruitier: l'usufruitier (pratiquement ses héritiers) doit à la fin de l'usufruit restituer les choses grevées d'usufruit au nu propriétaire. Pratiquement l'obligation incombe à ses héritiers parce que le plus souvent l'usufruit est viager et s'éteint uniquement à la mort de l'usufruitier; mais il peut arriver qu'un usufruit s'éteigne du vivant de l'usufruitier. L'usufruitier, ou ses héritiers, doit donc restituer, Mais il fallait garantir le nu propriétaire contre l'inobservation de cette obligation. La loi a pris à cet effet deux mesures pour assurer cette restitution.

1-Inventaire des meubles et état des immeubles

1°- Il y a obligation pour l'usufruitier, au début de son usufruit, de dresser un inventaire des meubles et un état des immeubles grevés de son droit (art. 600). "L'usufruitier 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"

Source : BIU Cujas

de manière que l'on puisse préciser d'ue manière exacte les choses qui seront à restituer. Les frais de cet état sont à la charge de l'usufruitier.

Il arrive que le titre constitutif de l'usufruit, le testament par exemple, dispense l'usufruitier de faire dresser inventaire et état; mais cette dispense est-elle valable? En principe, non. Cependant la dispense a un effet: elle a pour effet de mettre les frais de l'inventaire et de l'état à la charge du nu propriétaire, mais elle ne peut priver le nu-propriétaire du droit de faire dresser un inventaire ou un état, c'est-à-dire de se ménager la preuve de ses droits.

Sanction du défaut d'inventaire

Qu'arrive-t-il si l'usufruitier ne fait pas dresser l'état ou l'inventaire? Le nu propriétaire peut refuser la délivrance; l'usufruitier ne peut entrer en jouissance, dit l'art. 600, qu'après avoir fait un inventaire ou un état.

2-Fourniture d'une caution ou sûreté équivalente

2- La seconde obligation de l'usufruitier c'est l'obligation de fournir caution. Cette obligation s'impose au début de l'usufruit. "L'usufruitier, nous dit l'art. 601, donne caution de jouir en bon père de famille, s'il n'en est dispensé par l'acte constitutif de l'usufruit". Il doit fournir caution, c'est-à-dire trouver une personne qui consente à répondre vis-à-vis du nu propriétaire de toutes les sommes dont l'usufruitier pourrait être redevable vis-à-vis de celui-ci à raison de l'usufruit.

A supposer qu'il ne puisse trouver une personne qui ait la complaisance de répondre pour l'usufruitier en cas d'insolvabilité de celui-ci, la caution peut être remplacée par un gage suffisant ou par une hypothéque (art. 2041). L'usufruitier pourra être admis à déposer des titres en gage ou à constituer hypothèque sur un ou plusieurs de ses immeubles en remplacement de la caution.

Conséquence de la non fourniture de caution

Supposons que l'usufruitier ne trouve pas de caution et qu'il ne puisse fournir ni gage ni hypothéque, L'art. 602 prescrit des mesures: On ne remet pas les choses à l'usufruitier, on loue les immeubles on vend les meubles, on place les sommes qui résultent du prix de vente, puis on sert purement et simplement les revenus à l'usufruitier.

L'art. 603 prévoit un autre cas: à défaut d'une caution de la part de l'usufruitier, le propriétaire peut exiger que les meubles qui dépérissent par l'usage soient vendus pour le prix en être placé comme celui des denrées. Les sommes provenant de la vente seront placées, pour les rèvenus être servis à l'usufruitier. Cependant, dit l'art. 603, l'usufruitier pourra demander et les juges pour-

Source : BIU Cujas

ront ordonner, suivant les circonstances, qu'une partie des meubles nécessaires pour son usage lui soit délaissée, sous sa simple caution juratoire (c'est-à-dire sous sa simple promesse avec serment) et à la charge de les représenter à l'extinction de l'usufruit. Cette disposition ne vise que les meubles corporels, notamment les meubles meublants.

Dispenses conventionnelles ou légales de caution

La charge de donner caution ou une autre sûreté est lourde. C'est pourquoi l'art. 601 admet que l'acte constitutif d'usufruit puisse dispenser l'usufruitier de fournir caution. Il est même très fréquent que dans un testament il soit dit qu'on lègue l'usufruit de tel bien ou l'usufruit d'une partie du patrimoine, ou du patrimoine entier, avec dispense pour le légataire de fournir caution.

Il est même deux cas dans lesquels la loi elle-même dispense l'usufruitier de fournir caution. Le premier cas est celui des père et mère ayant l'usufruit légal des biens de leurs enfants; le second cas est celui du vendeur ou du donateur sous réserve d'usufruit; une personne qui vend son immeuble ou qui le donne en s'en réservant l'usufruit est dispensée de plein droit d'ouvrir caution. Ce sont des cas de dispense légale. Dans tous autres cas l'usufruitier doit fournir caution, à moins qu'il n'en ait été dispensé par le titre constitutif de l'usufruit, en particulierpar le testament.

Extinction de l'usufruit.

Les causes d'extinction de l'usufruit sont les suivantes; elles sont indiquées dans les articles 617 et suivants :

1°- La mort de l'usufruitier. A la mort de l'usufruitier, l'art. 619 assimile l'écoulement du délai de trente ans lorsque l'usufruit n'est pas accordé à un particulier, c'est-à-dire lorsque l'usufruit appartient à une personne morale.

2°- L'expiration du temps pour lequel l'usufruit a été accordé. L'usufruit ne peut pas durer au-delà de la mort de l'usufruitier, mais il peut avoir été concédé pour une durée moindre, dix ans ou quinze ans. L'expiration du temps pour lequel l'usufruit a été concédé entraîne l'extinction de l'usufruit.

3°- (art. 617): la consolidation, qui est la réunion sur la même tête des qualités d'usufruitier et de nu propriétaire.

4°- Le non usage du droit pendant trente ans, prescription extinctive du droit de l'usufruitier qui n'a pas usé de son droit pendant trente ans.

5°- La perte totale de la chose sur laquelle porte l'usufruit, de l'immeuble, l'art. 624 fait ici une dis-

Source : BIU Cujas

tinction. En cas de perte partielle, l'usufruit n'est perdu que sur la partie détruite et il se conserve sur ce qui reste. En cas d'expropriation pour cause d'utilité publique de l'immeuble sur lequel porte l'usufruit l'indemnité d'expropriation appartient au nu propriétaire, mais l'usufruitier en a la jouissance.

Abus de jouissance de l'udufruitier

6°- La renonciation de l'usufruitier: art. 622.

Différentes sanctions qu'il peut encourir

7°- (art.618) la déchéance de l'usufruitier prononcée par le tribunal pour abus de jouissance. Il faut supposer, avec l'art. 618, que l'usufruitier a commis des dégradations sur le fonds, ou qu'il l'a laissé dépérir faute d'entretien. En pareil cas le nu propriétaire peut s'adresser au tribunal pour faire prononcer la déchéance de l'usufruitier.

Les juges ont le choix entre deux solutions (art. 618, al.3): ou prononcer l'extinction absolue de l'usufruit, déchéance totale; ou bien ordonner la rentrée du propriétaire dans la jouissance des choses grevées d'usufruit, mais en obligeant le propriétaire à payer annuellement à l'usufruitier une somme déterminée. Le tribunal se décidera suivant les circonstances: ou bien il prononcera la déchéance totale de l'usufruit sans aucune espèce de compensation pour l'usufruitier; ou bien il aura pitié de l'usufruitier, il ordonnera que les choses seront remises au nu propriétaire, mais à la charge de payer une somme annuelle à l'usufruitier pour lui tenir lieu de revenu.

Des comptes entre le nu propriétaire et l'usufruitier ou ses héritiers à la fin de l'usufruit.

Lorsque l'usufruit s'éteint il peut y avoir compte à régler entre l'usufruitier ou ses héritiers et le nu propriétaire.

L'usufruitier peut être débiteur d'indemnités pour abus de jouissance ou pour défaut de réparations d'entretien. Il en devra compte au nu propriétaire.

Indemnité à l'usufruitier à raison des grosses réparations faites par lui (jurisprudence)

De son côté, l'usufruitier peut avoir des réclamations à formuler à l'encontre du nu propriétaire. L'usufruitier notamment a pu faire de grosses réparations qui sont en principe à la charge du nu propriétaire, réparations des gros murs notamment, des voûtes; nous savons qu'il ne peut pas réclamer le coût de ces grosses réparations au nu propriétaire. Mais la jurisprudence lui reconnaît cependant le droit de réclamer au nu propriétaire la plus-value résultant de ces grosses réparations pour l'immeuble.

Art. 599: refus de toute indemnité à raison des améliorations faites à l'immeuble.

L'usufruitier a pu également apporter des améliorations à l'immeuble. Peut il réclamer le remboursement des travaux au nu propriétaire ? L'art. 599, al.2, pose en principe que 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.

Source : BIU Cujas

Si donc l'usufruitier a fait des travaux qui ont amélioré l'immeuble, lui ont même procuré une plus-value, il ne peut réclamer de ce chef aucune indemnité au nu propriétaire. Règle rigoureuse pour l'usufruitier On l'a expliquée notamment par la difficulté d'imposer au nu propriétaire le paiement de dépenses peut-être hors de proportion avec ses ressources. Il a plu à l'usufruitier de faire des travaux, d'embellir l'immeuble; il pouvait le faire, mais on ne peut décemment imposer au nu propriétaire la charge de rembourser à l'usufruitier ses dépenses d'amélioration; le nu propriétaire peut n'avoir pas les fonds suffisants pour le faire.

Ainsi s'explique l'art. 599, très rigoureux pour l'usufruitier, Le texte dit simplement que l'usufruitier ou ses héritiers ont droit d'enlever les glaces, tableaux et autres ornements qu'il aurait fait placer mais à la charge de rétablir les lieux dans leur premier état.

Inapplication à l'usufruitier de l'art. 555 sur le possesseur de mauvaise foi

La question s'est posée de savoir si l'art. 599 doit s'appliquer dans le cas où les travaux faits par l'usufruitier ont consisté dans des constructions ou des plantations. L'usufruitier a fait des constructions sur le terrain du nu propriétaire, ou bien il y avait déjà une maison, l'usufruitier a ajouté une aile à cette maison; ou encore il a fait des plantations dans un jardin. Peut-il réclamer le remboursement de ce qu'il a payé, ou la plus-value?

Certains auteurs appliquent à l'usufruitier les solutions données par l'art. 555 pour le cas d'accession immobilière résultant de constructions ou de plantations faites sur le terrain d'autrui, avec cette réserve que l'usufruitier est de mauvaise foi, parce qu'il sait parfaitement qu'il plante ou construit sur le terrain d'autrui. Par conséquent, le nu propriétaire, si l'on applique l'art. 555, aurait le choix ou d'obliger l'usufruitier à démolir à ses frais, ou de conserver les plantations ou constructions, à la charge de rembourser à l'usufruitier le coût des matériaux et de la main d'oeuvre.

Mais la jurisprudence n'admet pas en cette matière l'application de l'art.555; elle s'en tient à l'art. 599 . Elle applique à l'usufruitier qui a fait des constructions le texte sur les améliorations, et elle décide que l'usufruitier qui a construit ou planté ne peut réclamer à raison de ces constructions ou plantations aucune indemnité au nu propriétaire. C'est un système extrêmement rigoureux, contraire au principe que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui, puisque le propriétaire va profiter des travaux faits

Source : BIU Cujas

par l'usufruitier (Cass. 4 Novembre 1885,S.I886.I.93). L'usufruitier est traité plus mal que le possesseur de mauvaise foi.

Exception en faveur des père et mère

Cette solution , la jurisprudence l'a écartée dans le cas où il s'agit de l'usufruit légal des père et mère sur les biens de leurs enfants mineurs. La Cour de Rennes, dans un arrêt du 24 Février 1902, a décidé que le père, usufruitier et administrateur légal, pouvait réclamer au moins la plus value que les constructions auraient apportée au bien de l'enfant. La Cour de Rennes invoque à l'appui de cette solution une raison assez juridique, à la différence dit-elle de l'usufruitier ordinaire qui a fait des dépenses sur la chose d'autrui alors qu'il n'en avait pas l'administration et qu'il aurait dû s'entendre préalablement avec le nu propriétaire, le père ou la mère tient de la loi le mandat d'administrer les biens personnels de ses enfants mineurs et n'a pas à s'entendre avec eux. Ce que le père a fait, il l'a fait en qualité d'administrateur légal. et par conséquent, il est en droit de réclamer à ses enfants ou à son enfant la plus value résultant des constructions ou des plantations qu'il a pu faire sur le terrain qui était soumis à son usufruit.

L'usage et l'habitation

L'usage et l'habitation sont prévus par l'art. 625 et les articles suivants.

L'usage est un droit d'usufruit limité aux besoins de l'usager et de sa famille; c'est l'usufruit de pauvres gens.

"Art. 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. Il peut en exiger pour les besoins même des enfants qui lui sont survenus depuis la concession de l'usage".

C'est un droit réel comme l'usufruit, mais un droit réel limité.

Comme l'usufruit, l'usage peut porter soit sur des meubles soit sur des immeubles; l'usage peut porter sur des animaux par exemple.

L'habitation est un droit d'usage ayant pour objet une maison ou une partie d'une maison. On peut léguer à une personne le droit d'habitation sur une maison ou sur une partie, sur quelques pièces d'une maison. C'est un droit réel.

"Art. 632: Celui qui a un droit d'habitation dans une maison peut y demeurer avec sa famille, quand même il n'aurait pas été marié à l'époque où ce droit lui a été donné".

Source : BIU Cujas

"Le droit d'habitation se restreint à ce qui est nécessaire pour l'habitation de celui à qui ce droit est concédé et de sa famille".

Ce qui caractérise l'usage et l'habitation, c'est qu que ce sont des droits exclusivement attachés à la personne. A la différence de l'usufruit, ils ne peuvent être ni cédés, ni loués à un tiers (art. 631 et 634); droits strictement personnels; ce sont des droits viagers comme l'usufruit.

LES SERVITUDES

Définition et caractère essentiel de la servitude. En quel sens la servitude est une charge imposée à un fonds (servant) au profit d'un fonds (dominant)

La servitude est définie par l'art.637 "une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire".

"Héritage "signifie ici immeuble, vieille expression que le Code a conservée dans un certain nombre de textes.

Cette définition met bien en valeur le caractère essentiel de la servitude, qui est un droit affectant un immeuble au profit d'un autre immeuble; l'immeuble auquel profite la servitude, on l'appelle le fonds dominant; l'immeuble grevé de la servitude s'appelle le fonds servant.

Evidemment lorsqu'on dit avec le Code que la servitude est imposée à un fonds au profit d'un fonds, cela s'entend en ce sens que c'est le propriétaire du fonds servant qui supportera les inconvénients de la servitude et que c'est le propriétaire du fonds dominant qui en retirera les avantages. Mais ce que la loi veut dire, c'est que la servitude est attachée au fonds dominant et non à la personne du propriétaire du fonds dominant, c'est-à-dire que si le fonds vient àêtre vendu, cédé, c'est le nouveau propriétaire qui bénéficiera des avantages de la servitude. C'est ce que veut dire la loi aussi lorsqu'elle dit que la servitude est imposée au fonds servant, et non à la personne du propriétaire du fonds servant, c'est que le jour où le fonds servant changera de propriétaire, c'est le nouveau propriétaire qui aura à supporter les conséquences de la servitude. Du côté passif, la servitude est une charge réelle qui pèse sur le fonds servant et qui incombe à tous les propriétaires successifs de ce fonds. Du côté actif, la servitude est attachée au fonds dominant et elle bénéficie à tous les propriétaires successifs du fonds dominant.

Source : BIU Cujas

Analyse de la notion de servitude:
a) charge imposée à un fonds pour l'usage d'un fonds et non pour le propriétaire de ce fonds

La servitude est imposée à un héritage, nous dit la loi, pour l'usage et l'utilité d'un autre héritage. La servitude est faite pour l'immeuble et non pour le propriétaire de l'immeuble. Une charge que s'impose un propriétaire en faveur de la personne d'un propriétaire voisin n'est pas une servitude . Exemple: une personne qui est en bons termes avec son voisin lui donne le droit de se promener dans son jardin; ce n'est pas une servitude; c'est une obligation, à supposer qu'il y ait une obligation juridique, et non simple obligation de courtoisie, c'est une obligation juridique qui incombe au propriétaire du jardin au profit de la personne du propriétaire voisin, ce n'est pas une servitude. Par conséquent, le jour où le fonds voisin sera vendu, le propriétaire du jardin ne sera pas obligé de continuer à autoriser le propriétaire de ce fonds à se promener dans son jardin. C'est une obligation purement personnelle qu'il a assumée vis-à-vis de la personne du propriétaire voisin.

Supposez, au contraire, qu'une personne soit propriétaire d'un fonds qui est voisin d'un établissement d'horticulture; l'établissement d'horticulture n'a pas l'eau suffisante pour exploiter le fonds. Privé d'eau, le propriétaire de l'établissement d'horticulture obtient de son voisin le droit de prendre de l'eau sur son immeuble, ou d'y amener des canalisations qui pourront conduire l'eau sur le terrain où exploite l'établissement d'horticulture ; ici c'est une véritable servitude, parce qu'elle facilite l'exploitation du fonds, qu'elle en augmente ainsi la valeur. Le jour où le propriétaire du fonds servant vendra son immeuble, son successeur, le nouveau propriétaire, devra respecter la servitude.

C'est bien ce qu'exprime le Code lorsqu'il dit que la servitude est un service foncier, marquant bien que le service doit profiter au fonds et non à la personne.

Différence entre la servitude et l'usufruit

On comprend maintenant en quoi la servitude se distingue de l'usufruit, de l'usage ou de l'habitation. L'usufruit (servitude personnelle chez les Romains) c'est un droit qui est établi en considération de la personne de l'usufruitier et qui ne profite qu'à cet usufruitier et qui s'éteint avec lui. La servitude est au contraire un droit établi en considération d'un immeuble et qui ne profite qu'au propriétaire de cet immeuble, et qui est perpétuel par conséquent.

b)sur un fonds appartenant à autrui"nemini res sua servit"

D'après l'art. 637, une servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire. Il faut que le fonds servant et le fonds dominant appartiennent

Source : BIU Cujas

à deux propriétaires différents: "nemini res sua servit", dit-on. Il ne saurait être question de servitude si deux fonds appartenaient au même propriétaire et si ce propriétaire avait établi entre ses deux fonds pour la bonne exploitation de l'un d'eux, un état de choses constitutif de servitude, Il n'y a pas de servitude mais il y a là peut-être l'origine d'une servitude future, si jamais les deux fonds viennent à être séparés et à appartenir à des propriétaires différents. Ce mode d'acquisition de servitude auquel on fait allusion s'appelle la destination du père de famille.

Le Code civil distingue trois catégories de servitudes: celles qui dérivent de la situation des lieux, qu'on appelle plus simplement les servitudes naturelles; celles qui sont établies par la loi et qu'on appelle les servitudes légales; et enfin les servitudes établies par le fait de l'homme, qui résultent notamment de la convention ou de la prescription acquisitive.

Distinction légale de 3 espèces de servitudes

Cette classification a été souvent critiquée.

Tout d'abord il est certain qu'il n'y a pas de différence entre les servitudes naturelles et les servitudes légales. Les servitudes naturelles sont établies par la loi comme les autres que la loi appelle bien des servitudes légales.

Mais on est allé plus loin, et l'on a contesté que les servitudes légales fussent de véritables servitudes, tout au moins certaines d'entre elles, les servitudes légales négatives qui résultent du voisinage. Nous examinerons la question plus tard.

Nous nous occuperons d'abord des servitudes établies par le fait de l'homme, parce que, pour elles, il n'y a pas de difficultés, ce sont bien de véritables servitudes.

Nous nous occuperons en second lieu des servitudes naturelles et des servitudes légales, principalement des servitudes légales, et c'est à leur occasion que nous nous demanderons si les servitudes légales répondent bien à la définition de la servitude que donne l'art. 637.

Source : BIU Cujas

I - Les servitudes établies par le fait de l'homme

Servitudes établies pour l'usage ou l'agrément d'un fonds

Ce sont celles qui résultent de la convention ou, pour certaines d'entre elles, de l'usage prolongé qui conduit à la prescription. Nous verrons qu'il n'y a que certaines servitudes qui puissent être acquises par la prescription.

Exemples

Ces servitudes établies par le fait de l'homme sont d'une extrême diversité, voici pourquoi le Code ne les a pas énumérées, à la différence des servitudes légales ou naturelles. L'art. 637 se contente de dire qu'elles sont une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un autre héritage. Pour quel usage? Pour quelle utilité? Tout dépend des circonstances et en principe de la convention des parties.

A l'utilité il faut ajouter l'agrément. Une servitude peut être établie pour le simple agrément du fonds dominant.

Parmi les servitudes qui se rencontrent le plus fréquemment en pratique, on peut citer la servitude de passage qui permet au propriétaire du fonds dominant de passer sur le fonds servant, servitude de passage qui peut avoir différentes modalités, passage à pied, passage en voiture, passage avec des troupeaux, etc.. Servitude de passage qu'il ne faut pas confondre avec la servitude légale de passage en cas d'enclave, dont nous aurons à parler, qui est, celle-là, une servitude légale.

On peut citer encore la servitude de pacage, qui permet au propriétaire du fonds dominant de faire paître ses troupeaux sur la propriété du fonds servant. On peut citer encore la servitude d'extraction des matériaux; la servitude de ne pas bâtir ou de ne pas planter; le propriétaire du fonds servant s'engage à ne pas bâtir, ou à ne pas bâtir au-dessus d'une hauteur déterminée, servitude "non aedificandi"; ou de ne pas planter au-dessus d'une certaine hauteur ou à une certaine distance . Ou encore les servitudes permettant d'avoir des vues sur le fonds voisin à une distance moindre que la distance légale.

De même toutes les servitudes relatives à l'usage et à l'évacuation des eaux, servitudes de puisage, de lavage, d'abreuvage, servitudes d'aqueduc permettant d'installer des conduites d'eau sur le terrain d'autrui; servitude d'égoût, permettant d'évacuer soit les eaux pluviales soit les eaux ménagères sur le terrain

Source : BIU Cujas

voisin, ou d'y placer des conduites pour évacuer les eaux ménagères ou les eaux pluviales.

Voilà des exemples. Il y en a bien d'autres, qui montrent bien que les servitudes sont des limitations apportées aux droits du propriétaire du fonds servant.

Classifications des servitudes du fait de l'homme

Les servitudes établies par le fait de l'homme peuvent faire l'objet de classifications diverses.

Il y a d'abord une première classification qui figure dans l'art. 687 entre les servitudes urbaines et les servitudes rurales. Elle n'a aucun intérêt pratique: réminiscence du droit romain.

On classe quelquefois les servitudes en servitudes positives et en servitudes négatives. Les servitudes positives sont celles qui donnent au propriétaire du fonds dominant le droit de faire des actes positifs d'usage sur le fonds servant; servitude de passage qui permet au propriétaire du fonds dominant de passer sur le fonds servant; ou servitude d'aqueduc qui permet au propriétaire du fonds dominant d'installer des conduites d'eau sur le fonds servant.

Les servitudes négatives donnent simplement au propriétaire du fonds dominant le droit d'exiger que le propriétaire du fonds servant s'abstienne de certains actes d'usage; par exemple la servitude de ne pas bâtir ou de ne pas bâtir au-delà d'une certaine hauteur. Ici le propriétaire du fonds dominant peut simplement exiger que le propriétaire du fonds servant s'abstienne de faire quelque chose susceptible de nuire au fonds dominant.

Mais voici des classifications de servitudes qui résultent des articles 688 et 689 et dont l'importance est considérable.

Servitudes continues et servitudes discontinues. Criterium de la distinction

L'art. 688 nous dit que les servitudes sont ou continues ou discontinues.

Les servitudes continues sont celles dont l'usage est ou peut être continuel sans avoir besoin du fait actuel de l'homme. Le code prend soin de nous donner des exemples: tels sont les conduites d'eau, les égoûts, les vues et autres de cette espèce.

Pour qu'une servitude soit continue, il n'est pas nécessaire qu'elle s'exerce sans interruption, il suffit que l'usage puisse être continu. Par exemple, la servitude de vue est citée par la loi comme servitude continue, et cependant le propriétaire du fonds dominant n'est pas toujours à la fenêtre, mais il peut à tout instant s'y trouver.

De même la servitude d'égoût; elle est considérée comme continue. Mais elle ne l'est pas toujours. La servitude d'égoût est continue lorsqu'il s'agit d'eau pluviable, bien qu'il ne pleuve pas toujours, seulement elle s'exerce toute seule toutes les fois qu'il pleut.

Source : BIU Cujas

Elle est au contraire discontinue si elle s'applique aux eaux ménagères, parce qu'ici le fait de l'homme est nécessaire pour que la servitude s'exerce.

Les servitudes discontinues, dit l'art. 688, sont celles qui ont besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées: tels sont les droits de passage, puisage pacage, et autres semblables.

Servitudes apparentes ou servitudes non apparentes

L'art. 689 classe encore les servitudes en servitudes apparentes ou non apparentes.

Les servitudes apparentes, dit le texte, sont celles qui s'annoncent par des ouvrages extérieurs, tels qu'une porte, une fenêtre, un aqueduc. Les servitudes non apparentes sont celles qui n'ont pas de signe extérieur de leur existence, comme, par exemple, la prohibition de bâtir sur un fonds ou de ne bâtir qu'à une hauteur déterminée.

Combinaison de ces deux distinctions

La loi a combiné les deux classifications précédentes, si bien que nous avons quatre sortes de servitudes:

a) les servitudes tout à la fois continues et apparentes; telle la servitude de vue qui est à la fois continue et apparente, il y a une fenêtre, servitude continue et apparente.

b) Les servitudes continues et non apparentes: telle la servitude de ne pas bâtir, elle est continue, mais elle n'est pas apparente, aucun signe extérieur ne la révèle.

c)Les servitudes qui sont apparentes sans être continues: le droit de passage lorsqu'il y a un chemin tracé ou une porte, elle est apparente parce qu'il y a un chemin tracé ou une porte pour l'usage de la servitude, mais la servitude est discontinue puisqu'il faut le fait de l'homme pour qu'elle s'exerce.

d) Enfin, les servitudes discontinues et non apparentes. Exemple: le droit de passage lorsqu'il n'y a pas de signe manifestant l'existence de ce droit, lorsqu'il n'y a pas de chemin ni de porte.

Importance de ces classifications pour le mode des établissements des servitudes et leur extinction

Ces classifications ont une extrême importance au point de vue de l'acquisition des servitudes par la prescription. Nous verrons en effet que seules les servitudes tout à la fois continues et apparentes peuvent s'acquérir par la prescription.

Ces classifications ont encore de l'importance au point de vue de l'extinction des servitudes par le non usage et de l'exercice des actions possessoires. Pour le moment bornons-nous à poser les classifications: nous étudierons les conséquences lorsque nous nous occuperons de l'acquisition des servitudes par la prescription, ou encore de leur extinction par le non usage ou des actions possessoires.

Source : BIU Cujas

De la liberté pour les parties de constituer une servitude entre leurs fonds, sous réserve de deux restrictions

La loi, qui n'a pas pu donner une énumération complète des servitudes, s'en rapporte pour leur établissement aux besoins particuliers. Notamment elle laisse aux intéressés toute liberté d'établir sur leurs fonds et au profit de leurs fonds telles servitudes que bon leur semble. La loi s'en rapporte à la convention des parties. C'est le principe de l'art. 686.

Mais ce texte va apporter une double restriction à ce principe.

Art. 686: (alinéa 1) : "Il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés, ou en faveur de leurs propriétés, telles servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds, et pourvu que ces services n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public".

a) Ne pas être contraire à l'ordre public

Première restriction: les services établis ne doivent pas être contraires à l'ordre public. Par exemple serait nul l'acte par lequel le propriétaire du fonds servant dispenserait le propriétaire du fonds dominant d'observer un réglement de police relatif aux constructions; les règlements de police sont d'ordre public.

b)n'être établie ni à la personne ni en faveur de la personne Art. 686

Deuxième restriction: les services établis ne doivent être imposés ni à la personne ni en faveur de la personne, mais sur un fonds et pour un fonds. Quelle est la raison d'être de cette disposition? Cette disposition s'explique par la crainte qu'ont eue les rédacteurs du Code civil de voir renaître certaines charges féodales, charges en vertu desquelles certains tenanciers de terres assujetties étaient tenus à des prestations personnelles vis-à-vis du seigneur.

Nous allons étudier l'art. 686. Il comprend deux règles.

Distinction entre la s. imposée au profit d'un fonds sur un autre avec l'obligation imposée à une personne en faveur d'une autre personne. Exemples

1°- Les services établis ne doivent pas être imposés à la personne, ils doivent être imposés à un fonds. La loi veut-elle dire par là qu'une personne ne puisse jamais s'obliger, qu'un voisin ne puisse jamais faire quelque chose au profit de son voisin? Non, un voisin peut s'obliger vis-à-vis de son voisin à moissonner ses terres chaque année, mais ce n'est pas à titre de servitude, c'est une obligation simplement personnelle qui ne passera pas aux propriétaires successifs de l'immeuble. L'obligation personnelle incombe à celui qui l'a contractée et elle ne pourra pas être perpétuelle. Pour qu'il y ait servitude, il faut que le service soit rendu par le fonds lui-même, de telle sorte que l'obligation qui en résulte reste inhérente à ce fonds et se transmette à tous les propriétaires successifs; servitude d'aqueduc par exemple.

Source : BIU Cujas

2°- Les services, nous dit le texte, ne doivent pas avoir été établis en faveur de la personne, mais seulement pour un fonds. Reprenons l'exemple précédemment donné: un propriétaire permet à son voisin de se promener dans son jardin: ce droit est établi en faveur de la personne, ce n'est pas une servitude, ce peut être un droit d'usage.

Même solution pour le droit de chasse ou le droit de pêche. Je puis très bien concéder à une personne, à titre viager, le droit de chasse ou de pêche sur mes terrains, mais ce n'est pas une servitude. Je ne puis pas établir à la charge de mon immeuble une servitude perpétuelle de chasse au profit des propriétaires successifs des fonds voisins (Cass. 9 Janvier 1891, D. 1891.I.89), parce que ce n'est pas une charge qui profite à l'immeuble lui-même, c'est une charge que je puis m'imposer au profit de n'importe qui et non pas seulement au profit d'un propriétaire voisin. Au contraire, si la charge profite à l'immeuble, elle peut être constituée à titre de servitude, par exemple la servitude de passage pour l'exploitation d'un fonds.

Difficulté que peut présenter la distinction entre l'obligation personnelle et la servitude

Mais il n'est pas toujours facile de déterminer dans quels cas un service pourra être établi pour un fonds au profit d'un fonds. Il y a eu des difficultés. Par exemple, un industriel obtient du propriétaire voisin le droit d'extraire des matériaux sur le terrain du fonds servant, ou de se servir de ce terrain d'une façon quelconque pour les besoins de son industrie; y a-t-il là simple obligation personnelle à la charge du propriétaire du terrain, ou y a-t-il servitude? Certains proposent de distinguer suivant que le fonds dominant a été spécialement aménagé pour l'industrie, auquel cas il pourrait y avoir servitude. Si, au contraire, le fonds dominant n'a pas été spécialement aménagé pour l'industrie, il y aurait simple obligation personnelle à la charge du propriétaire voisin.

La clause d'habitation bourgeoise constitue-t-elle une servitude ou une obligation

La question s'est posée également pour la clause dite d'habitation bourgeoise. Des terrains sont vendus en vue de la construction d'immeubles. Il est stipulé dans les actes de vente que les immeubles construits devront être affectés à l'habitation bourgeoise, à l'exclusion de tout commerce ou industrie. Cette clause est-elle constitutive d'une simple obligation personnelle à la charge des acquéreurs vis-à-vis du vendeur, ou bien y a-t-il véritablement là une servitude?

S'il y a servitude qui grève chacun des immeubles, chacun des propriétaires pourrait assigner celui d'entre eux qui aurait méconnu l'obligation à sa charge et qui aurait installé un locataire commerçant dans son immeuble, pour faire cesser l'état de choses contraire à la servitude. Chaque immeuble jouerait tout à la fois le

Source : BIU Cujas

rôle de fonds dominant et de fonds servant.

Si, au contraire, il y a simple obligation personnelle contractée par l'acheteur au profit du vendeur, le propriétaire voisin n'aurait pas le droit de réclamer, car il n'est pas titulaire d'une servitude, il n'y a que le vendeur qui pourrait réclamer.

La Cour de cassation considère qu'il y a là une question d'interprétation des conventions, mais que rien ne s'oppose à ce qu'une semblable interdiction soit établie à titre de servitude. Ce n'est pas contraire à l'art. 686. En effet, une servitude peut être établie pour le simple agrément du fonds dominant. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation dans un arrêt du 30 Juin 1936 (D.1938.I.65).

Il nous faut voir maintenant quels sont les droits et obligations respectifs du propriétaire du fonds servant et du propriétaire du fonds dominant.

Quels sont les droits du propriétaire du fonds dominant, titulaire de la servitude? Le titulaire de la servitude peut l'exercer conformément à son titre et aux usages.

Détermination de l'étendue de la servitude par la convention des parties

L'étendue de la servitude est celle qui résulte de la convention des parties, mais l'art. 696 décide ce qui est très raisonnable, que, quand on établit une servitude, on est censé accorder tout ce qui est nécessaire pour en user. "Ainsi dit le texte, la servitude de puiser de l'eau à la fontaine d'autrui, emporte nécessairement le droit de passage".

Droit pour le titulaire de la servitude de faire tous les travaux nécessaires à l'exercice de la servitude

Le titulaire de la servitude a en outre, dit l'art. 697 "le droit de faire tous les ouvrages nécessaires pour en user et pour la conserver". Si c'est par exemple un puits ou une fontaine, il peut établir une pompe pour permettre de puiser l'eau plus facilement, ou même établir un chemin qui facilite la servitude de passage.

Ces travaux que fait le titulaire de la servitude, il les fait en principe à ses frais (art.698) Le propriétaire du fonds assujetti, n'a pas à faire les dépenses nécessaires pour la construction ou la conservation des ouvrages nécessaires à l'exercice de la servitude.

Validité et portée de la clause imposant les travaux au propriétaire du fonds servant. La faculté d'abandon

Mais la solution contraire est possible. Il a pu être stipulé dans l'acte constitutif de la servitude que les travaux nécessaires pour l'exercice de la servitude devraient être faits ou entretenus aux frais du propriétaire du fonds servant (art. 698 et 699). Il y a là une une dérogation au principe que la servitude ne peut imposer aucune obligation au propriétaire du fonds servant. La loi défend qu'on établisse une obligation à titre de servitude, mais on peut établir cette obligation à titre accessoire. En un mot, on

Source : BIU Cujas

peut imposer, comme accessoire à la servitude, aux propriétaires successifs du fonds servant, l'obligation d'entretenir certains ouvrages permettant l'exercice de la servitude. Mais cette obligation est d'ailleurs tempérée par la faculté d'abandon que prévoit l'art. 699: "Dans le cas même où le propriétaire du fonds assujetti est chargé par le titre de faire à ses frais les ouvrages nécessaires pour l'usage ou la conservation de la servitude, il peut toujours s'affranchir de la charge en abandonnant le fonds assujetti au propriétaire du fonds auquel la servitude est dûe".

Le propriétaire du fonds servant peut abandonner tout ou partie de ce fonds servant au propriétaire du fonds dominant, et grâce à ce délaissement il se décharge de l'obligation d'entretien qui lui incombait. Tout dépendra des cas: dans certains cas, il faudra lui faire l'abandon du fonds tout entier, s'il veut, par exemple se décharger d'une servitude de pacage, avec obligation pour lui d'entretenir les prairies en bon état; dans d'autres cas il lui suffira d'abandonner une partie seulement du fonds: par exemple c'est une servitude de passage, avec obligation d'entretenir un chemin, ou bien c'est une servitude de puisage avec obligation d'entretenir la fontaine ou le puits. En pareil cas, le propriétaire du fonds servant pourra se décharger de cette obligation en abandonnant la partie de son terrain qui sert au passage, ou le puits.

Tels sont les droits du propriétaire du fonds dominant. Voyons ses obligations.

Obligations d'user de la s. suivant son titre. Interdiction d'aggraver la servitude

L'obligation principale est indiquée dans l'art. 702: "celui qui a un droit de servitude, ne peut en user que suivant son titre, sans pouvoir faire ni dans le fonds qui doit la servitude, ni dans le fonds à qui elle est dûe, de changement qui aggrave la condition du premier".

L'étendue de la servitude est déterminée par le titre. Le propriétaire du fonds dominant ne peut aggraver la servitude. Mais quand y aura-t-il aggravation? C'est une question de fait. Il a été jugé par la cour de cassation qu'il n'y a pas aggravation d'une servitude de passage lorsque le propriétaire du fonds dominant s'est contenté d'agrandir la porte qui sert au passage. Par contre, il y aurait aggravation si, s'agissant d'une servitude de passage à pied, le propriétaire du fonds dominant voulait la transformer en servitude de passage en voiture.

Obligation pour le propriétaire du fonds servant de subir l'exercice de

Quelles sont les obligations du propriétaire du fonds servant? Son obligation est en général une obligation négative, sauf dans le cas que nous venons de voir où il peut être obligé à une prestation personnelle pour l'entretien de la chose qui sert à la servitude.

Source : BIU Cujas

la servitude et de ne rien faire qui en diminue l'usage.

L'art. 701 décide que "le propriétaire du fonds débiteur de la servitude ne peut rien faire qui tende à en diminuer l'usage ou à la rendre plus incommode". Ainsi, dit le texte "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".

Si le passage a lieu sur un certain endroit, le propriétaire du fonds servant ne peut exiger que le titulaire de la servitude passe à un autre endroit. Cependant dit le texte, et c'est ici une disposition de pure équité, "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".

S'agissant, par exemple, d'une servitude de passage, si le propriétaire du fonds servant voulait faire des constructions, ou si le passage à cet endroit lui causait une gêne considérable, il pourrait offrir au propriétaire du fonds dominant de passer dans un endroit aussi commode et celui-ci ne pourrait refuser, du moment qu'il n'y aurait aucune diminution de ses droits. C'est ce que l'on appelle le déplacement de l'assiette de la servitude.

§ 2 - Les servitudes légales

Il n'est pas certain, la question est discutée tout au moins, que les servitudes légales soient de véritables servitudes. En tout cas elles offrent des caractères différents des servitudes du fait de l'homme.

Les deux sortes de servitudes légales

Les servitudes légales ont été établies par le législateur lui-même au nom des intérêts généraux, mais ces intérêts ne sont pas identiques; ils sont de deux sortes. De là la distinction faite par le Code lui-même des servitudes légales d'utilité publique et des servitudes légales d'utilité privée. Ces dernières sont établies dans l'intérêt des particuliers, notamment des voisins, mais l'utilité générale commande qu'elles soient imposées au propriétaire dans l'intérêt de la propriété foncière. Voilà pourquoi la loi les a établies, bien qu'elles soient faites dans l'intérêt des simples particuliers.

S. légales d'utilité publique. Distinction avec les

Nous n'avons pas à étudier ici les servitudes légales d'utilité publique. Une simple mention en sera faite; elles relèvent surtout du droit administratif. Nous en

Source : BIU Cujas

limitations légales au droit de propriété

avons d'ailleurs déjà rencontré des exemples en étudiant les limitations du droit de propriété. Mais il serait inexact de considérer toute limitation légale du droit de propriété comme constituant une servitude. Une servitude suppose en effet un fonds dominant. Or toute limitation au droit de propriété n'est pas établie au profit d'un fonds dominant. Par exemple l'expropriation pour cause d'utilité publique est bien une limitation légale au droit de propriété, la plus importante qui puisse être imposée au propriétaire, cependant il n'y a pas ici de fonds dominant. De même la limitation de certaines cultures et le classement de certains monuments historiques.

Les principales S. légales d'utilité publique

Parmi les servitudes légales d'utilité publique qui sont de véritables servitudes, supposant à la fois fonds dominant et fonds servant, citons simplement -simple énumération, et incomplète:

1°- les servitudes de voirie, telles que le marche-pied et le chemin de hâlage le long des cours d'eau navigables et flottables (art. 650 C.C. et loi 8 Avril 1898 art. 46). Les riverains de ces cours d'eau navigables ou flottables, doivent laisser une certaine bande de terrain libre pour le chemin de hâlage ou le marche pied. Ou encore les servitudes établies pour la sûreté des chemins de fer, interdiction de certaines constructions et de l'établissement de certains dépôts le long des voies ferrées. Ou encore les servitudes de visibilité qui interdisent de bâtir au-dessus d'une certaine hauteur à certains croisements de route, pour éviter les accidents.

2°- Les servitudes établies dans l'intérêt de la navigation aérienne par la loi du 4 Juillet 1935: interdiction de bâtir, ou de bâtir à une certaine hauteur dans un périmètre autour des aéroports, ou encore la servitude de balisage qui, dans l'intérêt de la navigation aérienne permet de mettre certains signaux au-dessus d'un immeuble appartenant à un particulier.

3°- Les servitudes militaires, imposées aux immeubles voisins des places de guerre, interdiction de construire ou interdiction de construire en certains matériaux.

4°- Les servitudes publiques dans l'intérêt de la distribution de l'énergie électrique, servitude d'appui pour l'installation des supports sur les immeubles, servitude d'ébranchage, servitude de passage des conducteurs aériens au-dessus des propriétés privées, etc.

Les S. légales d'utilité privée
Deux catégories

Voilà quelques exemples de servitudes légales d'utilité publique. Nous n'avons à nous occuper ici que des servitudes légales d'utilité privée. La loi les divise en deux catégories: les servitudes qui dérivent

Source : BIU Cujas

Critique de la distinction faite par la loi.

de la situation des lieux, ou servitudes naturelles, et les servitudes légales proprement dites.(art.649)

En réalité, les servitudes naturelles sont elles aussi des servitudes légales. Il n'y en a en réalité qu'une seule qui mérite ce nom, c'est la servitude d'écoulement naturel des eaux, prévue par l'art.640; tous les autres textes qui se trouvent au chapitre des servitudes naturelles ne concernent pas en réalité de véritables servitudes.

Laissons donc de côté la distinction des servitudes naturelles et des servitudes légales, puisque les servitudes naturelles sont des servitudes établies par la loi et les confondant toutes dans une seule catégorie, les servitudes légales, disons que les servitudes légales peuvent être divisées en deux groupes : les servitudes légales positives et les servitudes légales négatives.

A- S.légales positives

Les servitudes légales positives confèrent au propriétaire du fonds dominant la faculté d'exercer sur le fonds servant des actes d'usage. Elles n'ont pas un caractère de réciprocité, ce qui les distingue des servitudes négatives.

3 groupes

Ces servitudes positives peuvent être rangées en trois groupes: 1°- les servitudes en faveur de l'irrigation; 2°- les servitudes d'écoulement des eaux nuisibles, 3°- la servitude de passage en cas d'enclave.

B- S. légales négatives Leur but et leur caractère de réciprocité

Les servitudes légales négatives donnent au propriétaire du fonds dominant le droit d'exiger du propriétaire du fonds servant qu'il s'abstienne de certains actes d'usage. Ici il n'y a pas, peut-on dire, invasion du fonds dominant dans le fonds servant. Ce que peut exiger le propriétaire du fonds dominant, c'est que le propriétaire du fonds servant s'abstienne de certains actes d'usage de son fonds.

Ces servitudes négatives ont toutes pour objet de prévenir les conflits entre voisins. Elles présentent un caractère de réciprocité, en ce sens que chacun des fonds voisins est tout à la fois fonds dominant et fonds servant. Par exemple, il est interdit de faire des plantations à moins d'une certaine distance du fonds voisin. Chacun des fonds contigus peut invoquer cette servitude à l'égard de l'autre; c'est une servitude qui pèse sur chaque immeuble.

Nous verrons même que de ce caractère de réciprocité beaucoup d'auteurs concluent que les servitudes légales négatives ne sont pas de véritables servitudes.

Différence fondamentale entre les S.positives et les S.négatives

En principe, les servitudes légales positives donnent lieu à indemnité au profit du fonds servant. Par contre les servitudes négatives, qui sont mutuelles, ne donnent lieu à aucune indemnité.

Parmi les servitudes légales positives, nous étudie-

Source : BIU Cujas

rons uniquement pour l'instant la servitude de passage en cas d'enclave. Quant aux deux autres espèces, on les retrouvera par la suite en étudiant le régime des eaux.

Ensuite nous étudierons les servitudes légales négatives, les obligations entre voisins.

Enfin la loi a classé parmi les servitudes légales certaines obligations, qui sont imposées entre propriétaires voisins, mais qui sont en réalité des obligations réelles plutôt que des servitudes, c'est l'obligation au bornage et la clôture forcée. Nous en traiterons en dernier lieu.

Définition
But de cette servitude

Le droit de passage en cas d'enclave. (servitude légale positive). Cette servitude consiste dans le droit, pour le propriétaire d'un fonds enclavé, c'est-à-dire sans accès immédiat à la voie publique, d'obtenir, moyennant indemnité, un passage sur le fonds voisin, jusqu'à cette voie publique.

Dans quel cas elle fonctionne
L'hypothèse du fonds enclavé

La loi vise donc ici le cas où le fonds est enclavé, sans issue sur la voie publique. L'exploitation d'un tel fonds serait impossible, si la loi n'avait donné au propriétaire de ce fonds le droit de passer sur le fonds voisin. Or, il est conforme à l'intérêt général que des fonds ne soient pas mis hors du commerce, ne soient pas rendus inexploitables pour la raison qu'ils n'auraient pas d'accès à la voie publique. C'est la raison qui a amené le législateur à imposer au propriétaire voisin cette servitude légale. Au cas du fonds qui est sans issue sur la voie publique, la loi assimile le cas où le fonds a bien une issue, mais insuffisante pour l'exploitation agricole ou industrielle.

Par contre, on ne doit pas considérer comme enclavé le fonds qui a une issue suffisante, mais incommode, ni celui auquel il est possible de donner une issue en faisant quelques travaux dont le coût n'est pas en disproportion avec le résultat à obtenir. Dans ces cas, la loi ne veut pas imposer la gêne de la servitude de passage au voisin.

La loi parle d'une issue insuffisante pour l'exploitation soit agricole, soit industrielle, mais la jurisprudence se montre, à cet égard, très large. Elle admet la servitude de passage même au profit d'une maison à usage d'habitation, quoique cette maison ne soit pas à proprement parler le siège d'une exploitation. Du moment que cette maison est enclavée, la jurisprudence reconnaît à son propriétaire le droit d'invoquer la nécessité d'une servitude de passage (Cas. 22 Novembre 1937, D.1938.I.62).

Droit pour le propriétaire enclavé de réclamer un passage, sauf indemnité

Lorsque les conditions pour l'obtention de la servi-

Source : BIU Cujas

tude sont réunies - absence d'issue, ou issue tout à fait insuffisante - le propriétaire, dit l'art. 682, "dont les fonds sont enclavés et qui n'a sur la voie publique aucune issue, ou qu'une issue insuffisante pour l'exploitation, soit agricole, soit industrielle, de sa propriété, peut réclamer un passage sur les fonds de ses voisins, à la charge d'une indemnité proportionnée au dommage qu'il peut occasionner".

Il y a donc là une atteinte au droit de propriété des voisins, mais la loi fait fléchir ce principe dans l'intérêt général, tout en accordant au propriétaire du fonds servant le droit de réclamer une indemnité au propriétaire du fonds enclavé, indemnité qui sera fixée soit à l'amiable, soit par la justice en cas de désaccord.

La servitude de passage grève tous les immeubles, clos ou non clos, S'il y a clôture, le propriétaire du fonds servant devra laisser ouvrir une porte, dont le propriétaire du fonds enclavé aura la clef.

Mode d'exécution de la S. de passage

Comment est réglée l'exécution de la servitude de passage? L'art. 683 décide que "le passage doit régulièrement être pris du côté où le trajet est le plus court du fonds enclavé à la voie publique", de manière à ne pas imposer un trop long détour au propriétaire du fonds enclavé.

Néanmoins, "il doit être fixé dans l'endroit le moins dommageable à celui sur le fonds duquel il est accordé". Si cette servitude de passage établie sur le trajet le plus court, doit causer un dommage considérable, au propriétaire du fonds servant, on devra fixer une autre assiette à la servitude de passage.

Cas où l'enclave résulte d'un partage

L'art. 684 envisage un cas particulier: c'est le cas où l'enclave résulterait d'un partage, ou d'une division du fonds par suite d'une vente, d'un échange, Il s'agissait d'unfonds qui n'était pas enclavé, puis on a vendu des parcelles, ou bien il y a eu partage à la suite d'une succession, et l'une des parcelles se trouve enclavée, alors que le fonds, quand il était dans son entier, avait un accès à la voie publique.

Le propriétaire de cette parcelle pourra bien demander l'exercice du droit de passage sur le fonds voisin, mais comme ici l'enclave résulte d'une convention et que les copartageants ne peuvent faire supporter par un tiers les conséquences de l'enclave qui résulte de leur partage, la loi décide qu'en principe le passage ne peut être demandé que sur les terrains qui ont fait l'objet de cet acte. Ce sont les copartageants qui devront supporter la servitude de passage sur les parcelles de terrain qui leur ont été attribuées, à moins que ce ne soit matériellement impossible, Dans ce dernier cas on en eviendra au droit commun et le

Source : BIU Cujas

propriétaire de la parcelle enclavée pourra demander le passage sur un fonds voisin autre que ceux appartenant aux copartageants.

Mode d'exercice de passage (quid du passage souterrain ou aérien)

Mais comment le passage peut-il être exercé? C'est une question qui s"est posée récemment, Normalement le passage se pratique sur la surface, mais la question s'est posée de savoir si une servitude légale de passage ne pourrait s'exercer dans certains cas sous forme de passage souterrain ou sous forme de passage aérien. Au début, la jurisprudence s'est prononcée contre le passage souterrain (Cass. 10 Nov. 1891,S.1893.I.321). Par contre, dans un arrêt du 24 Février 1930 (S.1930. I.297) la cour de cassation admet que le droit de passage puisse s'exercer au-dessus du sol, par le moyen d'un câble aérien, si ce mode d'exercice est le moins dommageable à la propriété, on pourra exercer le passage sous forme d'un téléférique. On pourrait dès lors se demander si la cour de cassation maintiendrait sa jurisprudence sur le passage souterrain.En effet, dans un arrêt récent, elle décide que la servitude peut s'exercer sous forme de passage en sous-sol.

Cet arrêt décide que le passage en cas d'enclave doit s'entendre de tout ce qui est indispensable afin d'assurer la communication exactement nécessaire à l'utilisation du fonds enclavé. Il conclut que le droit de passage ne se limite pas à la surface du sol, mais peut s'appliquer au-dessous, en vue notamment de l'installation des canalisations pour l'adduction de l'eau, du gaz et de l'électricité et pour l'évacuation des eaux ménagères -(22 Nov. 1937, D.1938.I.62).

Il reste à commenter la disposition de l'art.685, Cet article suppose que le propriétaire du fonds enclavé a passé pendant trente ans, en l'absence de toute convention. Cet usage trentenaire, d'après le texte, produit deux effets:

Effet de la prescription trentenaire sur l'assiette,le mode de la servitude et le droit à indemnité

1°- Il fixe l'assiette et le mode de la servitude; l'assiette, c'est-à-dire le fonds et la partie du fonds sur lequel la servitude s'exercera; le mode de la servitude, c'est-à-dire la façon de passer, par exemple à pied, ou en voiture, avec du bétail.

2°- La prescription entraîne extinction de l'action en indemnité appartenant au propriétaire du fonds servant. Il appartenait à ce propriétaire de réclamer une indemnité.Il a laissé écouler trente ans,délai de la prescription,sans réclamer,son action est désormais éteinte.

La jurisprudence va jusqu'à décider - ce pourquoi elle est critiquée par certains auteurs - que la servitude de passage dont le mode et l'assiette ont été déterminés par la possession, de trente ans subsiste alors même que l'enclave a disparu.

Source : BIU Cujas

Servitudes légales négatives.

Obligations résultant du voisinage

Ce sont toutes des servitudes résultant du voisinage. De tout temps, les législations ont dû tenir compte de ce fait naturel qu'est l'existence d'immeubles contigus appartenant à des propriétaires différents. Cette coexistence de droits de propriété voisins serait susceptible d'entraîner des gênes, des entraves mutuelles et elle deviendrait une source de conflits entre propriétaires voisins, si la loi n'avait établi de sages limitations du droit de chacun dans l'intérêt de tous. De là certaines obligations, certaines restrictions, imposées aux propriétés foncières dans l'intérêt du bon voisinage, et considérées par le C.C. comme des servitudes légales.

Nous verrons tout à l'heure qu'il n'est pas absolument certain que ce soit de véritables servitudes, bien qu'elles présentent les caractères dans une certaine mesure.

Les servitudes légales négatives peuvent être classées en trois catégories:

Les 3 catégories

1°- Servitudes relatives à l'égoût des toits (art.681

2°- Servitudes relatives aux distances à observer pour les plantations et constructions à la limite des immeubles.

3°- Servitudes relatives aux ouvertures sur la propriété voisine (les jours et les vues).

1-Egoût des toits

1 - Servitudes relatives à l'égoût des toits: art. 681: "Tout propriétaire doit établir des toits de manière que les eaux pluviales s'écoulent sur son terrain ou sur la voie publique; il ne peut les faire verser sur le fonds de son voisin",

2 - Servitudes relatives aux plantations et constructions à la limite des immeubles.

Ici quelques explications sont nécessaires: le droit qui appartient au propriétaire de planter sur son terrain est limité par la loi, dans le but d'éviter que des plantations nuisent aux voisins, soit par leurs branches soit par leurs racines. De là la disposition de l'art.671 "Il n'est permis d'avoir des arbres, arbrisseaux et arbustes, près de la limite de la propriété voisine qu'à la distance prescrite par les réglements particuliers actuellement existants, ou par des usages constants et reconnus..."

Distances à observer

On ne peut donc planter à la limite extrême de sa propriété. La distance doit être fixée par les réglements particuliers, les réglements municipaux, ou par des usages constants et reconnus. A défaut de réglements et d'usages, la loi fixe la distance: on ne peut planter "qu'à la distance de 2 mètres de la ligne séparative des deux héritages pour les plantations dont la hauteur dépasse 2 mètres, et à la distance d'un demi-mètre pour les autres plantations".

« Les Cours de Droit »
3, Place de la Sorbonne, 3
Répétitions écrites et orales
Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

La loi fait exception pour les arbustes plantés en espalier: "Les arbres,arbustes et arbrisseaux de toute espèce peuvent être plantés en espalier, de chaque côté du mur séparatif, sans que l'on soit tenu d'observer aucune distance,mais ils ne peuvent dépasser la crête du mur".

D'ailleurs,il faut faire ici une distinction:si le mur est mitoyen,parce que le mur appartient en communauté à chacun des deux propriétaires,chaque propriétaire peut planter des espaliers.Mais si le mur n'est pas mitoyen parce que le mur appartient en communauté à chacun le propriétaire exclusif du mur a seul le droit de planter des espaliers.

En ce qui concerne les autres arbres, il y a trois zones: zone d'un demi-mètre,dans laquelle aucune plantation ne peut être faite,zone située à une distance de la ligne séparative égale au moins à un demi-mètre et inférieure à deux mètres: on ne peut y planter que des arbres dont la hauteur ne dépasse pas deux mètres, et enfin, troisième zone: deux mètres et au-delà: toutes les plantations sont libres.

La distance se mesure à partir du coeur de l'arbre, et non pas à partir de l'écorce, sinon la distance dépendrait du plus ou moins grand développement pris par l'arbre.

SSanction

Si le voisin a planté à une distance moindre que la distance légale, le propriétaire voisin peut exiger que les arbres soient arrachés , ou réduits à la hauteur déterminée, Si un arbre a été planté dans la première zone, inférieure à un demi-mètre, le voisin peut exiger que l'arbre soit arraché. S'il a été planté dans la seconde zone, le voisin peut exiger qu'il soit réduit à la hauteur de deux mètres, Enfin si l'arbre a été planté dans la troisième zone, le voisin ne peut élever aucune réclamation. Mais si les branches ou les racines envahissent le fonds voisin, le propriétaire voisin peut les faire couper s'il s'agit de branches, ou les couper lui-même s'il s'agit de racines (art. 673).

Acquisition par l'un des propriétaires du droit de faire des plantations à une distance inférieure à la distance inférieure à la distance légale.

L'un des propriétaires peut acquérir le droit de faire des plantations à une distance inférieure au minimum légal. Il peut, décide l'art. 673,acquérir ce droit par titre, destination du père de famille. ou prescription trentennaire". Si j'ai laissé mon voisin avoir un arbre à une distance de moins de 50 centimètres et que cet état de chose a duré pendant trente ans, mon voisin a acquis sur mon fonds une servitude établie par le fait de l'homme, que je suis obligé de supporter , il ne s'agit plus d'une servitude légale.

Source : BIU Cujas

En ce qui concerne les constructions, le principe est que le propriétaire peut construire à l'extrême limite de son terrain. Mais la loi apporte cependant quelques restrictions à ce droit, pour le cas où les constructions sont de nature à nuire aux propriétaires voisins: art. 674: "Celui qui fait creuser un puits ou une fosse d'aisances près d'un mur mitoyen ou non; celui qui veut y construire cheminée ou âtre, forge, four ou fourneau, y adosser une étable, ou établir contre ce mur un magasin de sel ou amas de matières corrosives est obligé à laisser la distance prescrite par les réglements et usages particuliers, ou à faire les ouvrages prescrits par les mêmes réglements et usages, pour éviter de nuire au voisin"

On peut donc construire à la limite d'un fonds voisin, mais si on veut y faire de ces constructions qui sont de nature à nuire au propriétaire voisin, il faut observer soit les distances prescrites par les réglements, soit faire des travaux tels que la propriété voisine n'ait pas à souffrir de ce voisinage de choses dangereuses ou incommodes.

Le texte s'applique au cas où le mur est mitoyen et à celui ou le mur appartient exclusivement à l'un des propriétaires: mitoyen ou non, dit l'art. 675

Ouvertures sur la propriété voisine-Distinction des jours et vues

Autre servitude légale négative: celle relative aux ouvertures sur la propriété voisine. La loi a réglementé les ouvertures qu'une propriété peut avoir sur le fonds voisin, dans le but d'abord d'éviter des indiscrétions, et aussi dans le but d'éviter d'autres inconvénients, tels que le jet d'objets. On distingue, à ce point de vue, les ouvertures en jours et en vues.

Les jours, qu'on appelle aussi jours de souffrance ou de tolérance, que le Code appelle fenetres à fers maillés et à verre dormant sont des ouvertures destinées exclusivement à éclairer les appartements. Elles sont à fer maillé c'est-à-dire qu'il doit y avoir un treillis de fer devant ces jours; les mailles doivent avoir environ un décimètre d'ouverture au plus; les jours sont à verre dormant, en ce sens qu'il s'agit d'un verre incrusté dans un chassis, qui ne s'ouvre pas. Ce sont de simples jours, destinés à faire entrer la lumière, mais non l'air.

Les vues sont, au contraire, des ouvertures qui laissent pénétrer l'air et la lumière, telles les fenêtres.

Les vues sont plus gênantes pour les voisins que

Source : BIU Cujas

les jours, ainsi s'explique que le droit d'avoir des vues sur le fonds voisin soit limité plus étroitement que celui d'avoir des jours.

Ouverture dans un mur contigu mitoyen ou non mitoyen

Supposons d'abord que le mur dans lequel sont pratiquées, ou pourraient être pratiquées les ouvertures, est placé à la limite séparative des deux immeubles. Si le mur est mitoyen, c'est-à-dire appartient aux deux propriétaires indivisément, l'art. 675 décide que "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". Par conséquent, impossibilité d'avoir même un jour sans l'assentiment du voisin.

Si le mur n'est pas mitoyen, c'est-à-dire appartient à un seul des propriétaires voisins, le propriétaire du mur peut toujours pratiquer dans ce mur des jours à fer maillé et à jour dormant, mais (art. 676) ces fenêtres doivent être garnies d'un treillis de fer, et en outre (art. 677) ces fenêtres ne peuvent être établies "qu'à 26 décimètres au-dessus du plancher ou sol de la chambre qu'on veut éclairer, si c'est à rez de chaussée, et à 19 décimètres au dessus du plancher pour les étages supérieurs", de sorte qu'il faille évidemment prendre une échelle ou un escabeau pour voir dans la propriété voisine. Mais le propriétaire du mur ne peut établir aucune vue, du moment que ce mur est à la limite séparative.

Le propriétaire du mur dans lequel sont percés des jours, pourra se voir privé de ces jours. D'abord, si le propriétaire voisin construit, il pourra obstruer ces jours; c'est son droit de propriétaire. C'est pour cela qu'on appelle ces jours, jours de souffrance ou de tolérance.

Puis le propriétaire voisin a un moyen de supprimer les jours, c'est d'acquérir la mitoyenneté. Il peut invoquer alors l'art 675, qui décide que l'un des voisins ne peut sans le consentement de l'autre pratiquer aucune fenêtre ou ouverture dans le mur mitoyen.

Ouvertures dans un mur en retrait. Distinction entre les vues droites et les vues obliques

Supposons maintenant que le mur soit placé en retrait de la limite séparative des fonds. Par exemple c'est une maison construite dans un jardin. Le propriétaire peut avoir non seulement des jours, mais des vues, à la condition d'observer une certaine distance.

La loi distingue les vues droites et les vues obliques. La vue est droite lorsqu'elle permet de voir sur le fonds voisin sans se pencher au dehors et sans tourner la tête à droite ou à gauche. Cela suppose que les deux fonds sont parallèles ou en tout cas qu'ils forment entre eux un angle aigu. La vue est oblique, au contraire, lorsqu'elle permet de ne voir qu'en se penchant au dehors et en tournant la tête. Elle suppose que les deux fonds forment entre eux un angle droit ou un angle obtus

Source : BIU Cujas

Les vues droites sont plus gênantes que les vues obliques, puisqu'il suffit de se poster devant les fenêtres pour voir sur le fonds voisin L'art.678 décide que l'on "ne peut avoir des vues droites ou fenêtres d'aspect, ni balcons ou autres semblables saillies sur l'héritage clos ou non clos de son voisin, s'il n'y a 19 décimètres de distance entre le mur où on les pratique et ledit héritage".

En ce qui concerne les vues obliques, on ne peut avoir, dit l'art.679 "de vues par côté ou obliques sur le même héritage, s'il n'y a 6 décimètres de distance". Ici la distance se compte à partir de l'extrémité de la fenêtre la plus rapprochée du fonds.

Lorsque les distances légales n'ont pas été respectées, le voisin peut demander que les ouvertures soient masquées, ou mises à la distance légale, à moins que 30 ans ne se soient écoulés, auquel cas le voisin aurait acquis par prescription une servitude du fait de l'homme, puisqu'il y a servitude continue et apparente.

Ouvertures dans un mur riverain de la voie publique

Les art. 678 et 679 ne s'appliquent pas aux vues établies sur des constructions élevées sur un terrain riverain d'une voie publique. On peut ouvrir toute espèce de vues dans un mur riverain de la voie publique, quand bien même, à raison de l'étroitesse de la voie, les vues droites se trouveraient à une distance moindre de 1 mètre 90 et quand bien même, à raison d'un croisement de rues, les vues obliques ne seraient pas à la distance de 60 centimètres.

Le bornage et la clôture. Différence avec de véritables servitudes légales

Nous arrivons maintenant à une troisième catégorie de servitudes qui en réalité ne sont pas de véritables servitudes. Ce sont certaines obligations légales, résultant également du voisinage, mais qui imposent une charge au propriétaire. Ces obligations sont au nombre de deux: c'est le bornage et la clôture.

Droit imprescriptible pour tout propriétaire de réclamer à son voisin de procéder au bornage à frais communs

Le bornage est l'acte par lequel deux propriétaires fixent, par des signes visibles et permanents, appelés bornes, la limite de leurs propriétés contigues. En déterminant la limite précise de chacun des immeubles, le bornage coupe court aux procès. Aussi la loi permet-elle à tout propriétaire d'imposer le bornage à son voisin, de l'obliger à contribuer aux frais du bornage. C'est une obligation qui n'est pas une véritable servitude, parce qu'ici il y a obligation de faire, mais c'est une obligation résultant du voisinage.

Le droit de réclamer le bornage est un droit imprescriptible. Un propriétaire reste plus de 30 ans sans réclamer le bornage, puis il réclamera le bornage au bout de 40 ou 50ans; on ne pourra pas lui opposer la prescription. L'art.648 décide que "Tout propriétaire peut obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contigues. Le bornage se fait à frais communs"

Source : BIU Cujas

Le bornage peut se faire amiablement. En cas de difficulté il a lieu en justice. C'est en principe le juge de paix qui est compétent, mais à la condition qu'il n'y ait pas contestation sur la propriété ou sur les titres. S'il y avait contestation sur la limite des héritages, si l'un des propriétaires soutenait qu'une bande de terrain lui appartient, le juge de paix ne serait plus compétent, il faudrait ici saisir le tribunal de première instance, parce qu'il y aurait action pétitoire.

Au cas de bornage, les propriétaires peuvent se consentir réciproquement des échanges de parcelles. Ils peuvent avoir avantage à rectifier la ligne séparative; mais bien entendu, ces rectifications ne peuvent être imposées par un propriétaire à l'autre et le juge de paix ne peut les imposer. Il faut qu'elles soient volontaires.

La clôture
Droit pour tout propriétaire de se clôre

L'art. 647 décide que "Tout propriétaire peut clôre son héritage, sauf l'exception portée en l'art. 682". L'art. 682 est le texte relatif à la servitude de passage en cas d'enclave.

Le droit de se clôre est un droit qui dérive du caractère exclusif de la propriété. Sous l'ancien régime, le droit de se clôre comportait des restrictions, dont l'une était particulièrement odieuse à la classe rurale, Elle résultait du droit de chasse et de poursuite, qui constituait un droit seigneurial, en vertu duquel les chasseurs pouvaient pénétrer dans un héritage, et même en vertu duquel certains propriétaires se voyaient interdire de se clôre. Cette restriction au droit de se clôre a disparu avec la Révolution et l'abolition des droits féodaux.

Une autre restriction au droit de se clôre résultait autrefois des droits de parcours et de vaine pâture. La vaine pâture consistait dans le fait, pour les habitants d'une commune, d'envoyer leurs bestiaux paître sur les terres du territoire communal qui n'étaient pas ensemencées ou chargées de récolte. C'est un usage antique, vestige de l'ancien communisme agraire, utile aux cultivateurs pauvres.

Le droit de parcours, c'est le droit de vaine pâture s'exerçant de commune à commune.

Sous l'ancien droit, dans les communes où existait la vaine pâture ou le parcours, les propriétaires ne pouvaient clôre leurs pièces de terre. Mais la vaine pâture a reçu une première atteinte sous la Révolution, par la loi des 28 Septembre - 6 Octobre 1791, qui décida que le droit de se clôre ne pouvait être contesté à aucun propriétaire.

Source : BIU Cujas

Ainsi s'explique la disposition de l'art. 648 qui décide que "le propriétaire qui veut se clôre, perd son droit au parcours et vaine pâture, en proportion du terrain qu'il y soustrait".

Deux lois, des 9 Juillet 1889 et 22 Juin 1890, ont en principe supprimé la vaine pâture. Elle ne subsiste plus que dans certaines communes, en vertu d'usages immémoriaux, mais là où elle existe la vaine pâture n'empêche pas les propriétaires de se clôre sauf application de l'article 648.

Caractère obligatoire de la clôture dans les villes et faubourgs

Tout propriétaire a le droit de se clôre, mais la clôture n'est pas une obligation; dans les campagnes, en tout cas, le propriétaire est libre de se clôre ou non. Par contre, il en est autrement dans les villes et faubourgs, dit l'art. 663, et c'est ici que nous rencontrons cette charge réelle, dont nous avons vu déjà un exemple en étudiant le bornage.

D'après l'art. 663: "Chacun peut contraindre son voisin dans les villes et faubourgs, à contribuer aux constructions et réparations de la clôture faisant séparation de leurs maisons, cours et jardins assis·ès dites villes et faubourgs..."

Par conséquent, de même que tout voisin peut contraindre son voisin à contribuer à la charge d'un bornage, de même un voisin, dans les villes et faubourgs, peut contraindre son voisin à contribuer à la clôture ou à la réparation de la clôture faisant séparation de leurs murs. C'est la clôture forcée, véritable atteinte au droit du propriétaire voisin de ne pas se clôre.

La loi estime que la nécessité d'une clôture, destinée à protéger les biens et les personnes se fait sentir plus impérieusement dans les villes que dans les campagnes. C'est pourquoi cette obligation à la clôture n'est exigée que dans les villes et faubourgs.

Qu'est-ce qui est ville? Qu'est-ce qui est campagne? Les tribunaux peuvent s'en rapporter, sur ce point aux appellations administratives. La cour de cassation décide qu'ils jouissent, sur ce point, d'un pouvoir d'appréciation, En tout cas, dans les villes et faubourgs, la clôture forcée s'applique aux maisons, cours et jardins. Enumération limitative. Elle ne s'appliquerait pas par conséquent à une prairie située dans une ville ou dans un faubourg, ou à un terrain vague.

Mur de clôture

La clôture doit être un mur. Ce ne peut être une palissade ou une haie. Ce doit être un mur, dont

Source : BIU Cujas

la loi détermine la hauteur, à défaut de réglements particuliers, de réglements locaux ou d'usages constants et reconnus, bien entendu, à défaut aussi de conventions entre les parties En tout cas, à défaut d'usages ou de réglements, tout mur de séparation doit avoir au moins 32 décimètres de hauteur dans les villes de 50.000 habitants et au-dessus, et 26 décimètres dans les autres.

La jurisprudence admet que le voisin peut se libérer de l'obligation de contribuer à la construction du mur en abandonnant la moitié du terrain nécessaire a cette construction. On invoque en ce sens l'art. 656, qui pose en effet ce principe en ce qui concerne les constructions et réparations de murs mitoyens.

Telles sont les différentes servitudes légales admises par la loi.

Discussion sur la nature des servitudes légales

Maintenant nous devons rechercher si les servitudes légales sont de véritables servitudes? Beaucoup d'auteurs le nient. Ce ne sont pas des servitudes, dit-on: une servitude met une atteinte à l'état de liberté; c'est quelque chose d'exceptionnel, de dérogatoire au droit commun de la propriété foncière .Or les prétendues servitudes légales constituent au contraire le droit commun de la propriété foncière en France.

Cela est surtout vrai des servitudes légales négatives.Il y a une disposition qui interdit à tout propriétaire d'avoir des vues droites ou obliques sur le fonds voisin, à moins d'observer une certaine distance. Or c'est là, dit-on, une règle générale, qui s'applique à tous les propriétaires de France. Ce n'est pas un état de choses exceptionnel; tandis que la véritable servitude est quelque chose d'exceptionnel, une atteinte au droit de propriété; ici, au contraire, c'est un état de choses réciproque: tout fonds est à la fois fonds dominant et fonds servant. Ce qui serait exceptionnel, au contraire, ce serait qu'un propriétaire pût établir des vues ou des plantations à une distance moindre que celle prescrite par la loi. En pareil cas, il y aurait une véritable servitude à la charge du fonds qui devrait supporter l'existence des plantations ou des fenêtres trop rapprochées.

En quoi tout en étant en principe -pour la plupart- des servitudes, elles présentent cependant des caractères particuliers

En réalité, cette critique n'est pas tout à fait fondée. Si nous mettons à part le bornage et la clôture forcée qui, en effet, ne sont pas de véritables servitudes, mais de simples obligations réelles, il paraît bien certain que les servitudes légales prévues par le Code présentent le caractère de servitude Il y a fonds dominant et fonds servant. Ce sont des obligations qui sont imposées à un immeuble et

Source : BIU Cujas

les distinguant des servitudes du fait de l'homme.

profitent à un immeuble; ce sont bien de véritables servitudes.

Il résulte de là notamment que les actions auxquelles donnent lieu les servitudes légales sont des actions réelles immobilières qui sont de la compétence du tribunal de la situation des immeubles.

Seulement, il faut bien reconnaître que les soi-disant servitudes légales présentent des caractères particuliers les distinguant des servitudes établies par le fait de l'homme. Il est incontestable que, sur ce point, les observations faites par les auteurs qui critiquent le Code sont fondées, et que les soi-disant servitudes légales constituent le régime normal de la propriété.

Mais cela, encore une fois, est vrai surtout des servitudes négatives. Il est certain que ces obligations constituent le régime normal de la propriété. Ce sont tout de même des servitudes mais qui comportent des conséquences différentes de celles qu'entraînent les servitudes établies par le fait de l'homme.

Quant à la preuve

En particulier, celui qui invoque une servitude légale n'a rien à prouver, tandis qu'au contraire celui qui réclame, au profit de son immeuble, une servitude du fait de l'homme doit produire le titre qui lui confère cette servitude, ou démontrer qu'il l'a acquise par la prescription.

Quant à la garantie du vendeur.

De ce fait que les servitudes légales négatives sont le régime normal de la propriété il faut conclure que, si dans un acte de vente d'immeuble, il est indiqué par le vendeur que l'immeuble est libre de toute servitude, cela doit s'entendre uniquement des servitudes établies par le fait de l'homme. Le nouvel acquéreur n'a pas le droit de se plaindre, sous prétexte qu'il est tenu d'observer les obligations que la loi lui impose vis-à-vis de ses voisins: obligation de ne pas planter au delà de certaines limites par exemple. Ce sont des obligations qui s'imposent à tous et que tout le monde doit connaître; inutile de les énoncer dans l'acte de vente. Au contraire le vendeur serait garant des servitudes établies par le fait de l'homme dont il aurait dissimulé l'existence.

Quant à la non extinction par le non usage.

Du caractère spécial des servitudes légales, il résulte encore qu'elle ne s'éteingnent pas par le non usage, tandis qu'il en est différemment des servitudes établies par le fait de l'homme.

"Les Cours de Droit" 3, Place de la Sorbonne, 3 Y Répétitions Ecrites et Orales Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

Quant à la transcription.

Enfin, du caractère spécial des servitudes légales, il résulte qu'elles ne sont pas assujetties à la transcription pour être opposables aux tiers. La loi du 23 mars I855, que nous étudierons par la suite, n exige la transcription que des actes constitutifs de servitudes, ce qui ne vise que les servitudes du fait de l'homme. D'ailleurs, en cas de servitudes légales, comme il n'y a pas de titre, il n'y aurait aucun acte à transcrire. Par contre, ce qu'il faut transcrire, lors qu'il s'agit de servitudes légales, et notamment de la servitude légale de passage, c'est le réglement conventionnal ou judiciaire qui l'a établie, pour la fixation de l'indemnité et la fixation de l'assiette du passage. Mais c'est le règlement qui doit être transcrit et non la servitude (Cas. I6 juillet I90I, D. I908, I, 326).

L'emphytéose. L'emphytéose est un droit réel qui résulte d'un bail qu'on appelle le bail emphytéotique (loi du 25 juin I902). Le bail emphytéotique se caractérise dans une certaine mesure par sa durée. Un bail emphytéotique ne peut être conclu que pour I8 ans au minimum et pour 99 ans au maximum. Mais ce n'est pas la seule caractéristique du bail emphytéotique. Un bail de plus de I8 ans peut n'être pas, et n'est généralement pas un bail emphytéotique. Ce qui caractérise l'emphytéose, c'est outre sa durée, le fait que le preneur-locataire s'engage à améliorer l'immeuble, sans pouvoir à cet égard, réclamer d'indemnité au bailleur lors de l'expiration du bail. Par conséquent l'emphytéose ne s'applique qu'à des terres qu'il s'agit de défricher ou de mettre en culture. Le locataire s'engage à défricher à améliorer l'immeuble, sans indemnité possible. Mais par contre, le locataire n'a a payer au bailleur qu'une redevance annuelle extrêmement modique. L'emphytéote, à la différence du locataire ordinaire, est titulaire d'un droit réel, droit qui est transmis par l'emphytéote à ses héritiers; c'est en quoi il diffère de l'usufruit. C'est une tenure de longue durée, qui rappelle les tenures de l'ancien régime. Cependant la Révolution a limité à 99 ans le droit de l'emphytéote. C'est un droit qui ne reçoit que de rares applications.

Le droit réel de l'emphytéote.

Source : BIU Cujas

Chapitre III

MODES D'ACQUISITION ET DE TRANSMISSION DE LA PROPRIETE ET DES AUTRES DROITS REELS PRINCIPAUX.

Art. 711 et 712 Enumération des modes d'acquisition.

Les modes d'acquisition et de transmission de la propriété sont énumérés dans les art. 711 et 712:

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 succession, ou incorporation, et par prescription".

Enumération assez disparate, qui n'a rien de particulièrement ordonné. Nous ne nous occuperons plus de l'accession que nous connaissons déjà.

Classifications.

Les modes d'acquisition de la propriété et de ses démembrements peuvent être classés de différentes manières: modes d'acquisition à titre universel et à titre particulier: la succession est un mode d'acquisition universel, mais il peut y avoir acquisition par succession à titre particulier, par exemple en cas de legs à titre particulier.

Les modes d'acquisition peuvent être à titre gratuit ou à titre onéreux. Modes d'acquisition à titre onéreux, par exemple une vente, un échange. Modes d'acquisition à titre gratuit: une donation ou un legs.

La classification fondamentale.

Mais de toutes les classifications possibles des modes d'acquisition de la propriété, nous voulons en retenir une seule, qui constitue la division de notre chapitre: on peut diviser les modes d'acquisition de la propriété et de ses démembrements en deux catégories: 1° les modes d'acquisition fondés sur un titre; et 2° les modes d'acquisition fondés sur la possession.

Source : BIU Cujas

Section I

Modes d'acquisition fondés sur un titre.

Définition du titre.

On entend par titre la cause juridique en vertu de laquelle la propriété est transmise d'une personne à une autre. Ce titre peut être soit la succession à cause de mort, soit la convention, soit un jugement d'adjudication. Il faut y ajouter la loi pour certains droits réels, tels que l'usufruit légal des père et mère.

Du principe que nul ne peut transférer à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même.

C'est un principe fondamental de notre droit que pour que la propriété soit tranmise valablement, il est indispensable que le titre émane du véritable propriétaire. Par exemple j'achète un immeuble d'une personne qui, en réalité n'est pas le véritable propriétaire de cet immeuble. Je n'acquiers pas la propriété. Le véritable propriétaire pourra revendiquer son immeuble, à moins que je ne l'aie acquis par prescription, mais alors ce sera un mode d'acquisition fondé sur la possession.

Ou bien je recueille un immeuble par succession, mais il se trouve que le défunt n'était pas le véritable propriétaire de l'immeuble. Cet immeuble, je n'en deviens pas propriétaire, pas plus que ne l'était mon auteur. Le véritable propriétaire pourra revendiquer, à moins, bien entendu, que je ne puisse invoquer la prescription fondée sur la possession.

Tel est le principe fondamental de notre droit. On le formule en latin de deux manières: Nemo plus in alium transferre potest quam ipse habet: Personne ne peut transmettre à une autre plus de droit qu'il n'en a lui-même. Ou encore, sous une forme beaucoup plus simple: Nemo dat quod non habet: Nul ne peut transférer plus de droit qu'il n'en a.

Ce principe reçoit une exception en matière mobilière, et cette exception est fondée sur la possession, en vertu de la règle: "En fait de meuble possession vaut titre (voir plus loin).

Nous allons étudier maintenant deux questions: I- comment s'opère le transfert de la propriété et la constitution de droits réels; II- mesures de publicité auxquelles sont soumises les transmissions de propriété et constitution de droits réels.

Source : BIU Cujas

I

Première question: comment s'opère le transfert de la propriété ou la constitution de droits réels.

Les trois modes fondés sur un titre.

Nous allons passer en revue les trois modes d'acquisition fondés sur un titre: succession, convention, jugement. Nous retenons convention et jugement; de la succession nous dirons quelques mots seulement.

I-Transmission immédiate de la propriété du de cujus aux héritiers légaux, testamentaires, légataires.

La succession. Lorsqu'une personne décède, ses biens sont transmis à ses héritiers, qui peuvent être soit des héritiers ab intestat, héritiers légaux, soit des héritiers testamentaires, soit l'un et l'autre. Une personne peut tester et ne léguer qu'une partie de ses biens, laissant le reste à ses héritiers légaux.

Les héritiers testamentaires sont appelés des légataires. Ils peuvent être des légataires universels, ou à titre universel, ou des légataires particuliers.

Qu'il s'agisse d'héritiers ab intestat, ou d'héritiers testamentaires, de légataires, la propriété est transférée de la même manière aux uns et aux autres. Elle est transférée immédiatement, dès l'instant même du décès, et elle a lieu de plein droit, même à l'insu de l'héritier ou du légataire. L'héritier ou le légataire est investi immédiatement de la propriété, dès la mort du de cujus.

Il n'en serait autrement que dans le cas assez rare où un legs (car il ne peut s'agir ici que d'un legs particulier) serait fait sous condition suspensive. Le légataire ne deviendrait propriétaire qu'au jour de la réalisation de la succession. Mais c'est exceptionnel.

En d'autres termes, dans notre droit, il ne s'écoule aucun espace de temps, si minime soit-il, entre la mort du de cujus et le moment où ses héritiers ou ses légataires acquièrent la propriété des biens qu'il laisse dans sa succession. A la différence du droit romain, notre droit ignore l'hérédité jacente et n'exige pas que, pour devenir propriétaire, l'héritier fasse addition d'hérédité.

Acquisition par succession de démembrements

Les démembrements de la propriété, comme la propriété elle-même, peuvent être acquis par succession, et ils sont acquis immédiatement, dès la mort du de

Source : BIU Cujas

de la propriété.

cujus.

Il en est ainsi tout d'abord de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation, tout en remarquant qu'il s'agit ici d'une création de droit, et non pas d'une transmission, puisque les usufruits, droits d'usage et d'habitation sont des droits viagers qui s'éteignent avec leur titulaire; mais le défunt a pu léguer un usufruit ou léguer un droit d'usage et d'habitation.

2-Acquisition par convention.

2- Nous arrivons maintenant à l'acquisition de la propriété et des droits réels par convention.

Acquisition de la propriété par convention.

Acquisition par donation ou par contrat à titre onéreux.

La propriété peut être transmise par convention ou contrat. Le contrat translatif de la propriété immobilière peut être soit un contrat à titre onéreux, soit un contrat à titre gratuit. Contrat à titre gratuit, il n'y en a qu'un seul: la donation. Quant aux contrats à titre onéreux, il y en a plusieurs: la vente l'échange, l'apport en société ou l'adoption du régime de communauté universelle.

A la vente volontaire, il faut assimiler les jugements d'adjudication. Toutes les fois qu'une vente a lieu en justice, par exemple la vente sur saisie immobilière, les adjudications sont faites devant le tribunal, sous la surveillance de la justice. Au point de vue de la transmission de la propriété, ces ventes judiciaires sont traitées comme les ventes volontaires; elles transmettent la propriété de la même manière.

Le caractère déclaratif (et non pas translatif) du partage.

Parmi les actes qui emportent transmission de la propriété, il en est un qui n'a pas été cité, et pour cause, c'est le partage.. Il faut dès maintenant avoir la notion juridique du partage pour comprendre les dispositions relatives à la transcription: le partage n'est pas, dans notre droit, un acte translatif de propriété, c'est un acte déclaratif.

Exemple. Deux héritiers sont dans l'indivision, et nous supposons que dans la succession figurent deux immeubles, l'immeuble A et l'immeuble B. Le partage a lieu: l'immeuble A est attribué à l'un des héritiers l'immeuble B à l'autre. Si l'on considérait que le partage a un effet translatif, on déciderait que l'héritier qui s'est vu attribuer l'immeuble A le tient pour moitié du défunt et pour moitié de son cohéritier qui en était co-propriétaire pour moitié. De

Source : BIU Cujas

même pour l'immeuble B.

C'est la notion romaine du partage: le partage attributif de propriété: Je suis copropriétaire, mon cohéritier, qui s'est vu attribuer l'immeuble A, tient pour moitié son immeuble de moi-même, puisque j'ai acquis la copropriété par la succession. Je lui cède la copropriété en échange de la propriété sur l'immeuble B, qui m'est attribué.

Voilà ce que l'on déciderait si le partage avait dans notre droit un caractère attributif, comme en droit romain. Mais il n'en est pas ainsi dans notre droit. Le partage est considéré dans notre droit comme déclaratif, c'est-à-dire que chacun des cohéritiers est considéré comme ayant été depuis la mort du de cujus propriétaire de l'immeuble qui lui est attribué et comme n'éyant jamais été propriétaire de l'immeuble attribué à son cohéritier. Par conséquent, celui qui se voit attribuer l'immeuble A est considéré comme ayant été toujours propriétaire de l'immeuble A tout entier, et tenant cet immeuble tout entier du de cujus. Et il en est de même de celui qui reçoit l'immeuble B. Tout se passe, en un mot, comme si l'indivision n'avait jamais existé, ou si le partage avait été réalisé au moment de la mort même du de cujus. On fait abstraction de la période d'indivision. Nous verrons les conséquences de ce principe au point de vue de la transcription.

Le principe du transfert de la propriété et des droits réels par simple convention.

Nous en tenant, pour le moment, aux contrats translatifs de propriété: vente, échange, apport en société, donation, jugement d'adjudication, nous allons rencontrer un principe d'une importance capitale; c'est le principe du transfert de la propriété et des autres droits réels par simple consentement.

Cela veut dire que dès que le contrat de vente, d'échange, ou de donation est parfait, ou dès que le jugement d'adjudication a été prononcé, la propriété est immédiatement acquise à l'acheteur, à l'échangiste, au donataire ou à l'adjucataire, sans qu'il soit besoin d'aucune autre formalité. Le consentement a opéré le transfert de la propriété. Il n'est pas besoin que l'acquéreur soit mis en possession.

Art. 1138 et 1583 et 938.

Le principe est posé dans différents textes du C.C. Dans l'art. 1138 d'abord, texte un peu obscur: "L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite".

Mais ce texte est un peu équivoque et le principe est posé d'une manière beaucoup plus claire dans

Source : BIU Cujas

l'art. 1583, à propos de la vente: La vente "est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé".

En matière de donation, l'art. 938 répète le même principe: "La donation dûment acceptée sera parfaite par le seul consentement des parties; et la propriété des objets donnés sera transférée aux donataires, sans qu'il soit besoin d'autre tradition".

Les législations qui n'admettent pas le principe du transfert conventionnel.

Pour comprendre ce principe du transfert de la propriété par simple consentement et pour savoir comment il s'est introduit dans notre droit, pour comprendre ensuite les exceptions qu'on lui a apportées, les atténuations qu'on lui apportées depuis le C.C., il faut savoir que bon nombre de législations anciennes et contemporaines, partent d'un principe tout à fait différent. Pour ces législations, le seul accord de volonté est impuissant à transférer la propriété ou à constituer les droits réels. L'accord de volonté fait naître simplement à la charge de celui qui aliéne, l'obligation de procéder au transfert et la propriété n'est pas transférée par le seul accord des volontés; la propriété ne sera transférée qu'à la suite d'une formalité postérieure à la convention.

Droit romain. Distinction entre la vente créatrice d'obligation et le mode de transfert (traditio).

Tel est notamment le principe romain, et c'est le principe de certaines législations modernes. A Rome, le contrat était simplement productif d'obligation; il n'avait pas pour effet de transférer la propriété. Dans la vente notamment, l'acheteur ne devenait pas immédiatement propriétaire de la chose vendue; le contrat obligeait simplement le vendeur à transférer la propriété. La propriété de la chose vendue n'était transmise que lorsque les parties avaient accompli certaines formalités qui étaient soit la mancipation, soit l'in jure cessio, soit la tradition, laquelle existait seule à la fin du droit romain.

C'est le principe qui est posé encore dans les Institutes de Justinien, principe fondamental en droit romain: la propriété des choses est transférée par la tradition ou l'usucapion, mais non pas par la simple convention, non nudis pactis. Le principe est resté en vigueur jusque dans le dernier état du droit romain, alors même que la mancipatio et l'in jure cessio avaient disparu, la propriété n'était transférée qu'à la suite de la tradition.

Pourquoi cette exigence d'une formalité spéciale, indépendante de la convention? Cela s'explique à Rome par le formalisme: il faut des formalités spéciales pour chaque opération juridique. Les formalités qui servent à constater l'accord des parties doivent être

Source : BIU Cujas

suivies d'autres formalités pour le transfert de la propriété.

C'est tout au moins l'idée originaire, aussi il n'y a pas lieu d'être surpris qu'avec la décadence du formalisme on soit arrivé en droit romain à abandonner peu à peu le principe primitif. Sans doute, à Rome, le principe que la convention est impuissante à elle seule à transférer la propriété a subsisté jusqu'à la fin du droit romain. On le retrouve dans les Institutes de Justinien.

Substitution en droit romain développé à la tradition réelle de la tradition feinte

Mais en pratique, et depuis longtemps, on était arrivé en droit romain, dans bien des cas, à tourner le principe et à réaliser quelque chose de bien voisin du transfert de la propriété par simple consentement. Pour cela, il avait suffi de remplacer la tradition réelle, effective, la remise de la chose, par une tradition purement fictive. C'est ce qui avait lieu dans certains cas, desquels il est nécessaire de dire quelque mots, parce que cela permettra de comprendre l'ancien droit et le droit actuel.

On avait remplacé par une tradition fictive la tradition, c'est-à-dire la remise effective de la chose à l'acquéreur. Autrefois il fallait, s'il s'agissait d'un immeuble, que l'acquéreur se transportât sur l'immeuble, sur le champ qui lui était vendu, s'il s'agissait d'une chose mobilière, il fallait qu'on la lui remit en mains.

La traditio longa manu.

Plus tard, on se contente d'une tradition purement fictive: le propriétaire vend sa chose, mais on se contente, comme tradition suffisante, en droit romain, à l'époque classique du fait pour le vendeur de montrer la chose à l'acquéreur, il lui montre l'immeuble de loin: c'est la tradition de longue main. La chose est considérée comme faisant l'objet d'une tradition faite longa manu.

La traditio brevi manu.

Deuxième cas: Supposons qu'une chose déterminée, un immeuble par exemple, soit détenu par une personne à titre de locataire; puis le locataire achète l'immeuble. Il aurait fallu faire une tradition à ce locataire, bien qu'il fût déjà en possession. Il a suffi à partir d'une certaine époque, que le vendeur déclarât renoncer à la possession de l'immeuble. La tradition était considérée comme faite, puisque le locataire était déjà en possession: tradition de brève main.

Le constitut possessoire.

Et enfin le constitut possessoire: une personne vend son immeuble à une autre, mais les parties sont d'accord pour admettre que le vendeur restera en possession de la chose vendue, par exemple à titre de locataire ou d'usufruitier. C'est la vente avec ré-

Source : BIU Cujas

serve d'usufruit. Pratiquement, que fallait-il au début? Il fallait faire deux traditions: tradition faite par le vendeur à l'acheteur pour lui transférer la propriété, puis retradition en sens inverse faite par l'acheteur au vendeur qui est devenu locataire ou usufruitier. On est arrivé à se passer de cette double tradition en sens inverse et à admettre qu'il suffisait, pour que la propriété fût transférée, que le vendeur fit une simple déclaration, qu'il déclarât posséder désormais pour le compte de l'acheteur, tradition fictive. La tradition, de quelque chose de réel qu'elle aurait dû être, se ramenait à une simple déclaration.

Notre ancien droit a repris sur ce point les principes romains. Dans notre ancien droit, on exige également la tradition pour que la propriété soit transférée; la convention ne suffit pas à transférer la propriété. Mais notre ancien droit a accentué davantage le caractère fictif de la tradition.

A la fin de notre ancien droit, il était devenu de style, de remplacer, dans les contrats de vente d'immeubles, la tradition par une simple clause d'après laquelle le vendeur déclarait se dessaisir de la propriété de la chose et la détenir désormais pour le compte de l'acquéreur. C'était la clause appelée clause de dessaisine-saisine, simple application du constitut possessoire, qui suffisait à transférer la propriété, sans qu'il fût besoin d'autre tradition réelle.

A la fin de l'ancien droit, on était bien près d'admettre le transfert de la propriété par simple consentement, puisque la simple insertion d'une clause dans l'acte, sans autre formalité, suffisait à transférer la propriété. Mais on exigeait une double clause dans l'acte: l'acte de vente contenait d'abord une clause par laquelle le vendeur déclarait vendre sa propriété à l'acheteur; on insérait ensuite la clause de dessaisine-saisine, par laquelle le vendeur déclarait se dessaisir de l'immeuble au profit de l'acheteur qui était ensaisiné. C'était évidemment une formalité purement fictive.

Le C.C.-inutilité de la clause de dessaisine-saisine. Le transfert par le seul effet du contrat.

Qu'ont fait les rédacteurs du C.C.? Quelle réforme ont-ils apportée? Ils ont simplement renoncé à exiger l'insertion de la clause de dessaine-saisine et ils ont considéré que désormais, même en l'absence de cette clause, la propriété serait transférée immédiatement à l'acquéreur, alors même que celui-ci ne serait pas entré en possession, ne serait pas "ensaisiné".

A ce point de vue, la formule de l'art. 938 est

Source : BIU Cujas

tout à fait significative, en matière de donation: "la donation dûment acceptée sera parfaite par le seul consentement des parties, et la propriété des objets donnés sera transférée au donataire, sans qu'il soit besoin d'autre tradition". Sans qu'il soit besoin d'autre tradition, ni réelle, ni fictive. Voilà toute la portée de la règle.

Aujourd'hui, par conséquent, le simple consentement suffit à transférer la propriété. Le contrat dans notre droit, à la différence du droit romain, à la différence de ce qui existe dans certaines législations étrangères modernes, le contrat est tout à la fois un acte producteur d'obligation et un acte translatif de propriété ou de droit réel. Il produit les deux effets. Vendre c'est aliéner, c'est pourquoi l'art. 711 dit que la propriété s'acquiert par la voie de l'obligation. Le contrat suffit à transférer la propriété.

Ce qui vient d'être dit de la propriété s'applique aux autres droits réels. L'acte constitutif de servitude, d'usufruit ou d'emphytéose, fait acquérir immédiatement le droit à la personne au profit de qui le droit est constitué.

Conséquences du principe

Finalement le principe du transfert conventionnel de la propriété et des droits réels, emporte les conséquences suivantes:

1°- La propriété ou le droit réel est transmis à l'acquéreur indépendamment de toute autre formalité, et notamment de toute tradition.

2°- Par cela même, la propriété ou le droit réel est acquis immédiatement, dès la conclusion du contrat.

Des cas où le principe ne s'applique pas

Mais ce sont là des principes qui ne sont pas d'ordre public. Rien n'empêcherait les parties de déroger à l'une ou l'autre de ces conséquences.

Les parties pourraient tout d'abord subordonner l'acquisition de la propriété à une formalité, par exemple la mise en possession de l'acquéreur. Rien ne s'y oppose et il est des cas où il en est ainsi par la nature même des choses. Il en est ainsi lorsqu'il y a vente d'une chose de genre, c'est-à-dire d'une certaine quantité de choses à prélever sur une quantité plus grande: un commerçant achète tant de kilogs de blé ou de sucre, ou tant de balles de coton. Le vendeur en a un stock considérable en sa possession. L'acheteur ne devient pas propriétaire immédiatement de ces choses qui ne sont pas individualisées. Il ne deviendra propriétaire qu'au jour de la livraison, le jour où les choses ayant été individualisées lui seront livrées.

S'il s'agit, au contraire, de l'acquisition d'un corps certain - une automobile ou une maison - l'acheteur devient immédiatement propriétaire, à moins qu'on ne décide le contraire dans l'acte de vente.

Source : BIU Cujas

Les parties pourraient aussi, sans aucune formalité, retarder l'acquisition de la propriété jusqu'à une certaine date. Il peut très bien être convenu dans un acte de vente passé aujourd'hui, que l'acquéreur ne deviendra propriétaire que dans six mois.

Le transfert de la propriété dans le droit allemand et du droit suisse. Insuffisance de la convention; nécessité d'une formalité

Le principe du transfert de la propriété par simple consentement est rejeté par certaines législations contemporaines. C'est le cas notamment de la loi allemande et de la législation suisse. Ces législations, comme le droit romain, ne considèrent pas le contrat comme suffisant à lui seul à transférer la propriété ou à constituer le droit réel. Elles exigent pour ce transfert l'accomplissement d'une formalité qui, en droit allemand, est double.

Le droit allemand exige que la vente soit suivie d'un contrat réel, qui remplace la tradition romaine, qui est la clause de saisine-saisine de notre ancien droit, par laquelle le vendeur déclarait se dessaisir de la chose et ensaisiner l'acheteur.

Puis seconde formalité - qui est la formalité unique du droit suisse: l'inscription au livre foncier. C'est à cette condition que l'acheteur devient propriétaire. La vente ne suffit pas à lui transférer la propriété. Tant que la vente n'est pas inscrite au livre foncier, l'acheteur n'est pas devenu propriétaire, le vendeur est simplement créancier, s'il s'agit d'un immeuble, il est créancier immobilier.

Cette survivance du principe romain dans ces législations s'explique non par le désir de maintenir un vain formalisme, mais par la nécessité d'entourer les transmissions de propriété, et notamment les transmissions de propriété immobilière, d'une certaine publicité.

Les dangers, pour les tiers, du transfert conventionnel de la propriété. Nécessité d'une publicité des aliénations immobilières

C'est que, en effet, le système du transfert de la propriété par le seul consentement, sous sa simplicité apparente, a l'inconvénient de laisser ignorer aux tiers toutes les mutations immobilières. Cependant il est nécessaire que les tiers soient avertis, Celui qui traite avec un propriétaire d'immeuble, qui achète cet immeuble ou qui se fait conférer une hypothèque a intérêt à savoir: 1°- si le vendeur est bien propriétaire de son immeuble, et 2°- si cet immeuble n'est pas grevé de droits réels tels qu'hypothèque ou servitude, etc..

Or, qu'arriverait-il avec la clandestinité des mutations immobilières, telle qu'elle existait dans l'ancien droit et telle qu'elle existait en partie dans notre droit jusqu'à la loi de 1855? C'est que les tiers ignoraient la mutation dont un immeuble peut être l'objet, les tiers pouvaient être exposés à des fraudes, en tout cas à des surprises désagréables.

Source : BIU Cujas

Prenons un exemple: voici un propriétaire qui vend son immeuble, puis quelques jours après - le cas s'est présenté plus d'une fois - le propriétaire, qui a besoin d'argent, vend le même immeuble à une seconde personne, Qui va l'emporter, dans le système de la clandestinité des mutations immobilières? Le premier acheteur, en effet, quand le propriétaire a vendu son immeuble au second, il avait cessé d'être propriétaire: Nemo dat quod non habet. Cependant le second acquéreur n'était pas au courant de la première mutation.

De même avec ce système, un individu peu scrupuleux peut hypothéquer un immeuble qu'il a précédemment aliéné Le créancier hypothécaire peut n'être pas renseigné sur l'existence de la vente, sur le fait que son débiteur n'est plus propriétaire de l'immeuble.

Le même inconvénient n'existe pas dans les systèmes qui exigent une formalité particulière pour le transfert de la propriété, parce que l'accomplissement de cette formalité est susceptible d'avertir les tiers qui traiteront à l'avenir avec l'aliénateur.

La tradition du droit romain joue ce rôle de publicité d'une manière imparfaite, mais les lois modernes ont remplacé la tradition par une autre formalité; l'inscription sur un livre public, le livre foncier.

Les atténuations au principe du transfert conventionnel de la propriété du chef du C.C. et de la loi du 23 Mars 1855.

Ces indications permettent de comprendre que le principe du transfert conventionnel de la propriété ait reçu dans notre droit, soit du fait du Code civil lui-même, soit d'une loi postérieure, la loi du 23 Mars 1855 des atténuations considérables qui pallient dans une certaine mesure, les inconvénients résultant du principe lui-même, au point de vue des intérêts des tiers.

Distinction du transfert entre les parties et du transfert à l'égard des tiers.

Le système français actuel tel qu'il résulte de la combinaison du Code civil et de la loi du 23 Mars 1855 peut se résumer de la manière suivante. Le principe du transfert de la propriété immobilière de la constitution des droits réels par le simple consentement subsiste en entier dans les rapports des parties entre elles, c'est-à-dire de l'acheteur et du vendeur, du donateur et du donataire, du propriétaire et de celui au profit duquel est constitué un droit réel, usufruit ou servitude. Le principe subsiste également vis-à-vis de certaines personnes autres que les parties, mais vis-à-vis de certains tiers, la propriété n'est considérée comme transférée, le droit réel n'est considéré comme constitué qu'après l'accomplissement d'une formalité de publicité, la transcription (ou dans certains cas l'inscription) sur des registres publics qui sont tenus à la conservation des hypothéques.

Le système français actuel se rapproche donc du système qui est en vigueur dans certaines législations,

Source : BIU Cujas

notamment en Allemagne et en Suisse, mais malgré tout le point de départ est différent. En Allemagne et en Suisse l'inscription au registre foncier est une condition du transfert de la propriété, même entre les parties; tant que cette inscription n'a pas été faite, il n'y a pas de transfert de propriété même dans les rapports de l'acheteur et du vendeur, par exemple. En France, au contraire, on part du principe du transfert de la propriété par simple consentement, sauf à exiger une mesure de publicité pour rendre ce transfert opposable à certains tiers, mais à certains tiers seulement; entre les parties, le transfert se réalise toujours par le simple consentement.

Il faut maintenant voir comment est réalisée la publicité des mutations. Nous verrons également qu'en matière mobilière on est en principe resté fidèle au principe du transfert de la propriété par simple consentement, mais il y a cependant certains meubles pour lesquels la loi a prescrit des mesures de publicité et a institué un système analogue à celui qui fonctionne pour les immeubles, transfert de la propriété entre les parties par simple consentement et nécessité d'une publicité pour rendre le transfert opposable aux tiers.

Nous allons étudier par conséquent deux questions:

1°- Première question: la publicité des mutations immobilières (transfert de la propriété ou constitution des droits réels).

2°- La publicité des mutations mobilières, cette publicité n'étant exigée que dans des cas exceptionnels.

1 - Publicité des mutations immobilières: la transcription.

Un bref historique est indispensable pour comprendre le système actuel qui est loin d'avoir une cohérence parfaite.

Absence de nullité des aliénations immobilières dans l'ancien Droit sauf quelques tempéraments

Sous l'ancien droit, on en était resté au principe romain d'une tradition nécessaire pour transférer la propriété. Mais en réalité cette tradition était devenue purement fictive et se réalisait par la clause insérée par exemple dans un acte de vente, clause dite de dessaisine-saisine, tradition fictive qui ne constituait donc aucune mesure de publicité vis-à-vis des tiers.

On peut donc dire que dans notre ancien droit les mutations immobilières restaient clandestines.

Les coutumes de nantissement

Toutefois exception doit être faite d'abord pour certaines coutumes appelées coutumes de nantissement, coutumes qui se trouvaient dans la France du Nord et en Belgique, coutumes dans lesquelles la transmission

Source : BIU Cujas

de la propriété des immeubles même entre les parties n'était réalisée qu'à la suite de l'inscription sur un registre.

L'insinuation des donations

Il y avait aussi dans l'ancien droit, et ceci en vertu d'une mesure générale, une catégorie importante de mutations immobilières qui faisaient l'objet d'une publicité: c'étaient les donations qui étaient soumises à l'insinuation, depuis une ordonnance de 1539. Mais cette insinuation n'avait pas été instituée dans un but de publicité, Notre ancien droit était hostile à la publicité, publicité des hypothèques, publicité des droits réels, des transmissions de propriété; c'était une hostilité consciente, on ne voulait pas en somme que la situation des propriétaires fonciers fût révélée aux tiers. Mais on avait fait exception pour les donations, mais pas dans un but de crédit foncier. L'insinuation était tout simplement une mesure de défaveur vis-à-vis des donations, que notre ancienne législation a toujours considérée comme des actes susceptibles de dépouiller les familles. Notre ancien droit entourait les donations de toutes sortes d'entraves, notamment d'incapacités, d'interdictions; mais l'une de ces entraves c'était la publicité. On avait cru pouvoir entraver les donations en les rendant publiques.

Toute donation mobilière et immobilière était soumise à l'insinuation. L'absence d'insinution n'empêchait pas la donation de produire ses effets entre les parties, mais la donation non insinuée était inopposable aux tiers. Nous verrons que le Code s'est inspiré de ce système pour les donations.

La publicité des aliénations immobilières dans le Droit intermédiaire: la loi de Messidor an III et de Brumaire an VII

C'est le droit intermédiaire qui, le premier, a généralisé dans notre droit la publicité des mutations immobilières. Déjà la loi du 9 Messidor an III avait prescrit la publicité des hypothèques. Mais la réforme capitale est due à la loi célèbre du 11 Brumaire an VII, qui ordonna la publicité par voie de transcription de tous les actes translatifs de propriété immobilière et de droits réels susceptibles d'hypothèques.

La loi du 11 Brumaire an VII n'impose la transcription que pour les actes translatifs de propriété immobilière et de droits réels d'hypothèque. Or, comme droits réels susceptibles d'hypothèques, il n'y a que la propriété et l'usufruit immobilier. C'était une loi de crédit hypothécaire, destinée à permettre au prêteur sur hypothèque de se renseigner sur le point de savoir s'il traitait bien avec le véritable propriétaire. C'est pourquoi la loi ne soumet à la transcription que la propriété et les droits réels immobiliers suscep-

Source : BIU Cujas

tibles d'hypothèque, parce que ce sont ces droits-là seulement qui intéressent les créanciers hypothécaires. La loi de Brumaire an VII maintenait le principe du transfert de la propriété par simple consentement; mais l'aliénation non transcrite n'était pas opposable à certains tiers.

Sous l'empire de la loi de Brumaire, les aliénations à titre onéreux étaient soumises à la transcription. Quant aux donations d'immeubles, elles étaient soumises à deux formalités: la transcription, qu'avait instituée la loi de Brumaire, et l'insinuation, qu on avait conservée et qui provenait de l'ancien droit.

Le régime du C.C.

Lors de la confection du Code civil, ses rédacteurs se trouvèrent divisés en deux camps: les adversaires et les partisans de la publicité des mutations immobilières. Sans entrer dans le détail des travaux préparatoires, bornons-nous à en donner le résultat.

Le système de la publicité fut maintenu partiellement.

1°- Sous la forme de l'inscription pour les hypothèques et les privilèges immobiliers, sauf exception pour certaines hypothèques légales.

2°- Sous la forme de la transcription pour les donations de biens susceptibles d'hypothèque (art.939 C.C. encore en vigueur): "Lorsqu'il y aura donation de biens susceptibles d'hypothèque, la transcription des actes contenant la donation et l'acceptation, ainsi que la notification de l'acceptation qui aurait eu lieu par acte séparé, devra être faite aux bureaux des hypothéques dans l'arrondissement desquels les biens sont situés..."

Transcription des donations de biens susceptibles d'hypothèque. Transcription des substitutions

La transcription fut maintenue également pour une catégorie particulière de libéralités qu'on appelle les substitutions, libéralités admises à titre tout à fait exceptionnel dans deux cas: par exemple, un ascendant peut léguer ou donner la quotité disponible à son enfant, à charge pour celui-ci de conserver les biens, c'est-à-dire de ne pas les aliéner et de les rendre à ses propres enfants.

Maintien du principe du transfert conventionnel de la propriété et des droits réels même à l'égard des tiers Absence de publicité pour les actes à titre onéreux

Mais le système de la publicité fut abandonné par le Code civil pour tous autres actes et spécialement pour les actes à titre onéreux translatifs de propriété immobilière ou constitutifs de droits réels; également pour les actes à titre gratuit constitutifs de droits réels, du moment que ces droits réels n'étaient pas susceptibles d'hypothèque.

Le système du Code constituait un recul par rapport au système de la Loi de Brumaire. Il est intéressant de constater que nous retrouvons dans le Code des

Source : BIU Cujas

traces des hésitations qui se sont produites entre ses rédacteurs sur l'admission de la publicité des mutations immobilières à titre onéreux. Ainsi dans l'art. 1140, le Code se borne à poser un jalon; "Les effets de l'obligation de donner ou de livrer un immeuble sont réglés au titre De la vente et au Titre Des privilèges et hypothèques". Si nous nous reportons au titre De la vente, nous trouvons l'art. 1583 qui emploie une formule un peu équivoque, qui nous dit que la vente est parfaite entre les parties dès qu'on est convenu de la chose et du prix: mais le Code ne nous dit pas ce qu'il advient vis-à-vis des tiers. Au titre Des privilèges et hypothèques il n'est plus question de transcription. Certains textes font bien allusion à une transcription, mais celle-ci n'est nulle part réglementée , pour ce qui concerne les actes à titre onéreux, le Code l'a donc supprimée

Le Code civil maintient donc pour les actes à titre onéreux le principe absolu que la propriété est transférée par simple consentement, principe qui s'applique aussi bien dans les rapports des parties que vis-à-vis des tiers. En un mot le Code civil a conservé la clandestinité des mutations immobilières à titre onéreux avec tous ses inconvénients vis-à-vis des tiers.

Le rétablissement de la transcription par la loi du 20 Mars 1855

La situation reste telle jusqu'en 1855. Cependant quelqu'un s'était ému de la suppression de la transcription: c'était le fisc, parce que le fisc perçoit des droits. La loi permettait bien de transcrire, mais on ne le faisait plus, ou que lorsque c'était absolument nécessaire, comme par exemple pour la purge des hypothèques. Le fisc avait obtenu l'insertion dans le Code de procédure d'un texte qui devait inciter les acquéreurs à transcrire. Ce texte du Code de procédure, aujourd'hui abrogé, permettait au créancier hypothécaire du vendeur de s'inscrire jusqu'à la transcription et même quinze jours après la transcription. Cela incitait les acheteurs à transcrire le plus tôt possible pour éviter des inscriptions de créanciers hypothécaires. Mais cette mesure était uniquement dirigée contre les créanciers hypothécaires.

A la suite des inconvénients qu'avait produits le système du Code, des réclamations qu'il avait soulevées non seulement de la part du fisc mais de la part des prêteurs hypothécaires, le gouvernement prit dès 1841 l'initiative d'une réforme, réforme qui aboutit seulement après plusieurs années dans la loi du 23 mars 1855 sur la transcription en matière hypothécaire. Le titre qu'on lui donne, et qui est trop étroit,

Source : BIU Cujas
Reproduction interdite

indique bien l'état d'esprit des auteurs de la loi: il s'agissait avant tout, comme dans la loi de Brumaire, de faciliter le crédit hypothécaire. D'ailleurs il faut rapprocher ce texte de la loi de 1855 du texte qui avait été voté trois ans auparavant, en 1852, sur l'institution du Crédit Foncier. On était à une époque où se produisaient des spéculations immobilières nombreuses.

La loi du 23 Mars 1855 a repris, en l'élargissant, le système de la loi de Brumaire an VII pour les actes à titre onéreux. La loi de 1855 maintient expressément dans son article 11 les dispositions du Code relatives à la transcription des donations et des substitutions.

La dualité du régime de publicité : le C.C. et la loi de 1855 -différence de sanction.

Finalement notre système de publicité foncière est régi par deux catégories de textes: 1°- les textes du Code civil en ce qui concerne l'inscription des hypothèques en ce qui concerne aussi la transcription des donations de biens susceptibles d'hypothèques (art. 939 et ss.) ainsi que des substitutions; 2°- la loi du 23 Mars 1855 pour tous autres actes qui n'avaient pas été prévus par le Code civil, et spécialement les actes à titre onéreux. Or, nous verrons, au point de vue de la sanction du défaut de transcription, que les actes régis par le Code civil (les donations) sont soumis à des règles différentes de celles qui s'appliquent aux actes prévus par la loi de 1855.

Les insuffisances du régime de la loi de 1855.
Les projets de réforme

On ne tardera pas à considérer que la loi de 1855 était encore insuffisante, bien qu'elle eût réalisé un très grand progrès. Une commission extra-parlementaire du cadastre, créée en 1891, a élaboré un projet considérable, substituant au régime actuel le régime de la publicité par les livres fonciers. Mais ce projet, jugé trop difficile à réaliser parce qu'il exigeait la réfection complète du cadastre, est resté lettre morte.

Par contre, de nombreuses propositions avaient été déposées et même discutées au Parlement tendant à améliorer le système actuel, sans apporter un bouleversement complet dans notre mode de publicité immobilière. Un projet avait été voté en 1908 par le Sénat, en 1915 par la Chambre, mais chaque fois qu'une Chambre votait un de ces projets, l'autre ne le votait pas.

Le décret-loi du 30 Octobre 1935, ses innovations

Finalement est intervenu un décret-loi du 30 Octobre 1935, qui a apporté d'importantes modifications au régime de la transcription .

Le décret-loi, qui s'inspire des propositions antérieures ainsi que de certaines règles applicables en Alsace Lorraine, conserve le régime de la transcription mais il y apporte trois modifications essentielles:

extension du domaine de la transcription

1°- Il élargit le domaine de la transcription en so

Source : BIU Cujas

mettant à cette formalité les mutations par décès et les actes déclaratifs, notamment le partage, qui jusque là étaient soustraits à cette mesure de publicité.

Conditions de forme

2°- Le décret-loi fixe les conditions de forme que devront remplir les actes soumis à transcription pour être présentés à la formalité, en particulier, le décret-loi prescrit le dépôt préalable des actes sous seing privé en l'étude d'un notaire.

Délais

3°- Le décret-loi établit, bien à tort d'ailleurs, des délais pour l'accomplissement de la formalité de la transcription. Il contient également certaines mesures d'exonération fiscale.

Le régime spécial de l'Alsace Lorraine

Reste à signaler, après cette étude chronologique, que nos trois départements recouvrés, du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle, sont soumis à un régime particulier de publicité foncière: c'est le régime du Livre foncier qui avait commencé à y être introduit par l'administration allemande en 1891 et qui est devenu général en 1900, date de l'entrée en vigueur du Code civil allemand. On a conservé, dans les départements recouvrés, le régime du livre foncier, avec des modifications de fond; notamment la loi du 1er Juin 1924 a réintroduit dans nos départements recouvrés le principe du transfert de la propriété par simple consentement, qui était complètement abandonné en Alsace Lorraine puisqu'on y appliquait le régime allemand. Mais en ce qui concerne le régime de publicité, c'est le régime des livres fonciers qui s'applique, régime préférable à celui de la transcription.

La loi du 1er Juin 1924 avait maintenu le régime en vigueur dans les trois départements pour dix ans. Une loi du 23 décembre 1934 a prorogé le délai jusqu'au 1er Janvier 1945.

Nous avons donc deux régimes actuels: le régime applicable à tous les départements, sauf les trois départements d'Alsace-Lorraine, et le régime spécial à l'Alsace-Lorraine dont le professeur dira peu de choses, faute de temps.

Nous devons étudier ici le régime général, celui du Code civil et de la loi de 1855, qui s'applique à tout le territoire français métropolitain. Dans les colonies il existe des régimes fonciers spéciaux, avec livres fonciers; il s'agit de pays neufs, dans lesquels on a pu instituer le régime des livres fonciers.

Nous allons étudier trois questions:

1°- Les actes soumis à transcription,

2°- La sanction du défaut de transcription

3°- Les formes et délais dans lesquels, s'accomplit la transcription.

Source : BIU Cujas

Nous terminerons par une étude critique du système actuel.

A)Quels sont les actes soumis à la transcription ?

Il faut ici faire une distinction. Nous étudierons
1°- Les actes soumis à publicité d'après le Code civil et la loi de 1855
2°- Les actes soumis à publicité d'après le décret-loi de 1935.

1) Actes soumis à publicité d'après le Code civil et la loi de 1855.

D'après le Code civil et la loi du 23 Mars 1855 combinés, doivent être transcrits :
1°- Les actes entre vifs translatifs de propriété immobilière;
2°- Les actes entre vifs translatifs ou constitutifs de droits réels immobiliers, et même de certains droits personnels intéressant un immeuble.

Transcription des actes entre vifs translatifs de propriété ou constitutifs de droits réels

Voilà une double formule que nous allons décomposer.

Actes non soumis à transcription 1)transmissions à cause de mort

Le Code civil et la loi de 1855 exigeaient la transcription de tous ces actes lorsqu'ils avaient lieu entre vifs. Il en résultait que n'étaient pas soumises à la transcription les transmissions de propriété immobilière ou les constitutions de droits réels à cause de mort résultant d'une succession ou d'un testament. En un mot toute acquisition de propriété ou de droits réels par voie de succession ab intestat ou testamentaire n'était soumise sous ce régime à aucune publicité. L'héritier qui recevait un immeuble par testament ou succession ab intestat n'avait aucune publicité à faire. Cela s'appliquait, encore une fois, aussi bien aux héritiers ab intestat qu'aux légataires universels ou aux légataires particuliers; donc, clandestinité des mutations par décès. Une seule exception: les substitutions, quand elles avaient lieu par acte testamentaire et qu'elles comprenaient des immeubles.

2)Les actes déclaratifs . Partage,transaction

Tous les actes entre vifs dans ce régime n'étaient pas soumis à la transcription. Le Code civil et la loi de 1855 ne soumettaient à cette formalité que les actes translatifs ou constitutifs de droits réels, ce qui excluait les actes simplement déclaratifs tels que le partage, ou encore la transaction.

Voici une succession qui s'ouvre: trois héritiers, Primus, Secundus, Tertius, qui sont dans l'indivision; il y a des immeubles A, B, C; on partage; Primus

Source : BIU Cujas

reçoit l'immeuble A, Secundus reçoit l'immeuble B, Tertius reçoit l'immeuble C; il n'y avait pas lieu de transcrire le partage, c'est un acte simplement déclaratif parce que chacun des héritiers était considéré comme tenant ses droits, non pas en partie de ses cohéritiers, mais du défunt lui-même, en faisant abstraction de la période de l'indivision.

De même la transaction, acte déclaratif dans notre droit . Deux personnes sont en conflit au sujet de la propriété d'un immeuble, elles finissent par transiger; il est convenu entre elles que l'une d'elles sera propriétaire de l'immeuble, l'autre recevra une somme d'argent; c'est un acte déclaratif, d'après le droit français. Celui qui obtient la propriété de l'immeuble est considéré comme ayant toujours eu cette propriété, comme ne l'ayant pas acquise pour partie de son ancien adversaire. Pas besoin de transcription dans le système de la loi de 1855.

Jugement d'adjudication sur licitation au profit d'un cohéritier

La loi de 1855 faisait application de ce principe que les actes déclaratifs n'étaient pas sujets à transcription, aux jugements d'adjudication sur licitation au profit d'un cohéritier ou d'un copartageant. La licitation est la vente aux enchères d'un bien indivis. Il faut supposer qu'une succession se soit ouverte: dans cette succession figure un immeuble; l'immeuble est impartageable. Il faut le vendre; on va le vendre aux enchères sur licitation. Mais le résultat de cette vente aux enchères différera suivant les cas: si c'est un tiers quelconque, c'est-à-dire une personne qui n'est pas dans l'indivision, qui devient adjudicataire, l'adjudication vaut vente, vente soumise à la transcription d'après la loi de 1855. Si au contraire c'est un des copartageants qui se porte adjudicataire, on considère que c'est une simple opération de partage, l'adjudication a un effet déclaratif; pas besoin de transcription, disait la loi de 1855, puisqu'ici le jugement d'adjudication n'a qu'un effet déclaratif.

Voilà la situation d'après la loi de 1855. Cette loi dispense de la transcription les mutations par décès et les actes déclaratifs. Nous verrons en étudiant le régime du décret du 30 Octobre 1935 que depuis ce décret-loi les mutations par décès et les actes déclaratifs sont soumis à la transcription.

Actes soumis à transcription dans le C.C. et la loi de 1855

Plaçons-nous en présence d'un acte translatif ou constitutif de droits. Quand cet acte translatif ou constitutif de droits sera-t-il soumis à transcription? Cet acte est soumis à transcription lorsque le droit sur lequel il porte est soit la propriété immobilière, soit un droit réel immobilier, soitcertains droits personnels intéressant un immeuble.

Source : BIU Cujas

1-Actes entre vifs à titre gratuit (art. 939 C.C.) ou à titre onéreux (loi 1855) translatifs de propriété immobilière

1°- Est soumis à transcription, d'après la loi de 1855, tout acte translatif de propriété immobilière.

Le Code civil (art. 939) l'admettait déjà pour la donation. La loi de 1855 a généralisé le principe en l'étendant à tous les actes translatifs de propriété immobilière aussi bien à titre onéreux qu'à titre gratuit.

Donc, la loi de 1855 étend l'obligation de transcrire à tous les actes à titre onéreux translatifs de propriété immobilière. Seulement les actes à titre onéreux restent régis par la loi de 1855, les donations par l'art. 939 du Code civil. Donc, sont soumis à la transcription aujourd'hui: les donations d'immeubles, puis les ventes d'immeubles, les échanges; de même l'apport en société d'un immeuble, ou encore le contrat de mariage qui contient mise en communauté d'un immeuble ou de plusieurs immeubles d'un époux; cela peut arriver lorsque les époux adoptent la communauté universelle ou qu'un époux déclare mettre un immeuble en communauté, la transcription du contrat de mariage est alors nécessaire.

Jugement constatant l'existence d'une convention verbale translative de propriété

La transcription suppose d'ailleurs que les parties ont rédigé un écrit. Pour les donations d'immeubles c'est indispensable. Une donation doit être faite par acte authentique. Mais pour les ventes et les échanges, la convention peut être simplement verbale; une vente verbale est valable, mais ne peut être transcrite. En tout cas la loi de 1855 a prévu le cas où un jugement constaterait l'existence d'une convention verbale de vente, et l'article 1, 3°, de la loi de 1855 soumet à transcription ce jugement

Jugements d'adjudication

A la vente, la loi de 1855 assimile les jugements d'adjudication qui sont des ventes faites par autorité de justice. Elles doivent être transcrits comme le sont les ventes amiables.

2-Actes entre vifs translatifs ou constitutifs de droits réels immobiliers, à titre onéreux ou à titre gratuit

2° - Est soumis à la transcription tout acte translatif ou constitutif de droits réels immobiliers."translatif ou constitutif"; ici, il faut employer les deux expressions; pour la propriété on ne peut parler que de transfert, pour les droits réels, il faut dire: actes translatifs ou constitutifs de droits réels.

L'acte pourra être translatif s'il s'agit d'un droit réel cessible, tel que l'emphytéose ou l'usufruit. L'acte sera constitutif toutes les fois qu'il donnera naissance à un droit réel: l'usufruit, l'usage, l'habitation, les servitudes du fait de l'homme, l'emphytéose, l'antichrèse, etc..

Nous n'avons pas à nous occuper de l'hypothèque, elle n'est pas soumise à transcription, elle est soumise à une autre formalité qu'on appelle l'inscription.

Source : BIU Cujas

Depuis la loi de 1855, tout acte constitutif ou déclaratif de droits réels immobiliers est soumis à transcription sans qu'il y ait à distinguer si c'est un acte à titre gratuit ou un acte à titre onéreux.

En ce qui concerne les actes à titre gratuit, le Code civil (art. 939 ne soumettait à la transcription que les donations de biens susceptibles d'hypothéques Par conséquent, d'après ce texte, il n'y avait que les actes à titre gratuit constitutifs d'usufruit immobilier qui fussent soumis à la transcription, parce qu'il n'y a que l'usufruit immobilier qui soit un droit réel susceptible d'hypothèque.

Restaient donc en dehors la transcription, sous le régime du Code civil, des actes à titre gratuit constitutifs d'usage, d'habitation et de servitudes. La loi de 1855 a élargi ce point de vue, elle soumet à transcription tous actes constitutifs de droits réels, même non susceptibles d'hypothèques. Le Code se plaçait uniquement au point de vue du crédit hypothécaire; c'est pourquoi il ne soumettait à la transcription que les donations de biens susceptibles d'hypothéques. Le législateur de 1855 a considéré qu'il fallait élargir ce point de vue; il a estimé, avec raison, qu'il y a des constitutions de droits réels même non susceptibles d'hypothéques, comme les servitudes, qu'il est intéressant pour les tiers de connaître, parce que ces droits sont susceptibles de déprécier l'immeuble sur lequel ils sont établis. Une servitude peut être parfois fort gênante et diminuer la valeur du fonds.

Seulement la rédaction de la loi de 1855 se ressent de l'existence du précédent de la loi de Brumaire. Dans la loi de 1855, art. 1er, on lit: "Sont transcrits au bureau des hypothéques de la situation des biens: 1°- tout acte translatif de propriété immobilière ou de droits réels susceptible d'hypothèque". C'est seulement dans l'article 2 qu'il est fait allusion à la transcription des droits réels non susceptibles d'hypothèques: article 2, "Sont également transcrits, 1°- Tout acte constitutif d'antichrèse, de servitude, d'usage et d'habitation". Ce sont ici des droits réels non susceptibles d'hypothèque.

Actes portant renonciation à un droit réel immobilier

3 - La loi soumet également à la transcription tous actes emportant renonciation à ces mêmes droits, renonciation à une servitude, ou renonciation à un usufruit immobilier. Ces actes doivent être transcrits pour être opposables aux tiers. Loi de 1855, art. 1er, 2°, et article 2,2°.

4-Baux de plus de 18 ans

4 - Enfin la loi de 1855, art.2, soumet à transcription, certains actes qui ne grèvent pas l'immeuble d'un droit réel, mais qui néanmoins sont susceptibles de

Source : BIU Cujas

déprécier l'immeuble et qui par conséquent intéressent les tiers. Ce sont d'abord les baux d'une durée de plus de 18 ans. Le bail, dans notre droit, ne confère pas au preneur un droit réel, à moins qu'il ne s'agisse d'un bail emphytéotique: le locataire a un simple droit personnel, mais le droit du locataire ne participe pas moins cependant de la nature du droit réel, parce qu'il est opposable aux acquéreurs de l'immeuble. Si je vends l'immeuble que j'ai loué, l'acheteur est obligé de respecter le bail. Ainsi s'explique que la loi exige la transcription, non pas de tous les baux, ce qui aurait été excessif, mais des baux conclus pour une durée excédant 18 ans. Au contraire, un bail qui ne dépasse pas 18 ans n'a pas besoin d'être transcrit.

Dans la législation d'Alsace-Lorraine, le bail doit être porté au livre foncier du moment qu'il excède 12 ans.

Cession de 3 années de loyers non échus

Voici un second acte qui, bien que n'était pas constitutif de droits réels, est soumis à la transcription art. 2, 5°; "Tout acte ou jugement constatant, même pour bail de moindre durée, quittance ou cession d'une somme équivalente à trois années de loyers ou fermages non échus". C'est ce que l'on appelle la cession anticipée de loyers, qui n'est pas une opération de père de famille, mais enfin qui est une opération de crédit.

La cession anticipée de loyers suppose qu'un propriétaire d'immeuble cède à un tiers les loyers ou fermages à percevoir sur les locataires ou fermiers de son immeuble pendant un certain nombre d'années. Un propriétaire cède à un tiers les loyers ou fermages à percevoir sur ses locataires pendant X... années, trois ans, cinq ans, dix ans... Cette opération est faite par un propriétaire qui, ayant besoin d'argent, se fait consentir une avance par un tiers auquel il cède en échange sa créance de loyers pendant un certain nombre d'années. Vous m'avancez telle somme : en échange, et comme garantie en quelque sorte, je vous délaisse ma créance de loyers contre mes locataires pendant cinq ans; c'est vous qui toucherez mes loyers.

Lorsque la cession est faite pour plusieurs années, c'est une opération susceptible de déprécier l'immeuble, puisque celui qui achèterait l'immeuble par la suite serait privé des loyers peut-être pendant cinq ans, pendant huit ou dix ans, puisque les loyers sont délégués par avance. Celui qui achètera l'immeuble donnera un moindre prix, puisqu'il sera cinq ou dix ans sans toucher ses loyers.

Voilà pourquoi la loi décide - c'est l'intérêt des tiers ou des créanciers hypothécaires - que les cessions anticipées de loyers devront être transcrites lorsqu'elles seront équivalentes à trois années de

Source : BIU Cujas

loyers. Au-dessous de trois ans, la loi estime que la dépréciation n'est pas suffisante pour que la transcription soit nécessaire.

La publicité par voie de mention en marge de la transcription des jugements de résolution d'un acte transcrit

Tels sont les actes soumis à la transcription d'après la loi de 1855. Il faut encore signaler la disposition de l'article 4, qui soumet certains jugements à une formalité de publicité. "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".

Il s'agit ici de jugements qui déclarent nul, ou résolu, ou rescindé, un acte qui a fait l'objet d'une transcription, par exemple une vente d'immeuble. Voilà une vente d'immeuble qui a été transcrite; puis, à la suite d'une contestation quelconque, la vente est déclarée nulle, ou elle est déclarée résolue, par exemple faute par l'acheteur d'avoir payé le prix; ou bien la vente est rescindée pour lésion du vendeur. Ce jugement qui prononce la nullité, la résolution ou la rescision de la vente, doit être mentionné en marge de l'acte transcrit, de manière que les tiers soient renseignés; lorsqu'ils réclameront un état au conservateur des hypothèques, ils apprendront que l'immeuble a bien été vendu, mais qu'il est intervenu un jugement prononçant la rescision, la nullité ou la résolution de la vente, de sorte que les tiers sauront que l'immeuble est rentré dans le patrimoine du vendeur.

Par contre, si une résolution résulte du jeu d'une clause insérée dans le contrat, il s'agit d'une résolution conventionnelle, il n'y a pas à faire mention en marge. Par exemple, on a fait une vente à réméré; le vendeur s'est réservé le droit de résoudre la vente pendant un certain délai, en remboursant bien entendu l'acquéreur. A supposer que le vendeur use de la faculté de réméré, il n'y aura pas lieu de transcrire ce rachat.

Tels sont les actes qui sont soumis à transcription d'après le Code civil et la loi de 1855.

Le D.L. de 1935 Nouveaux faits ou actes soumis à transcription

Nous arrivons aux actes soumis à la transcription en vertu du décret du 30 Octobre 1935.

Le décret du 30 Octobre 1935 a réalisé une modification profonde du régime de la transcription en soumettant à cette formalité: 1°- les mutations par décès, en tant qu'elles portent sur des immeubles ou des droits réels; et 2°- les actes ou jugements déclaratifs de propriété immobilière ou de droits réels immobiliers.

Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

Soumission à la transcription, par le D.L. de 1935, des mutations par décès

1°- Les mutations par décès.

Dans le système de la loi de 1855 les mutations immobilières par décès ne sont pas assujetties à la transcription. Peu importe qu'un immeuble soit acquis en vertu de la loi (succession ab intestat) ou en vertu d'un testament (legs universel ou particulier). La dispense de transcription existait dans tous les cas, cas de substitution excepté.

Donc, toutes les fois qu'une personne recevait la propriété d'un immeuble ou d'un droit réel immobilier par succession ab intestat ou testamentaire, aucune publicité n'était exigée.

Quelle était la raison de cette dispense? On la justifiait par différentes raisons, dont certaines étaient peu probantes, mais dont l'une avait quelque valeur. Il est certain que la publicité a une moindre utilité en cette matière qu'en matière de mutations entre vifs. En effet, les conflits entre différents ayants-cause que la transcription des actes entre vifs a pour but d'empêcher et de résoudre, ne sont pas de nature à se produire en cas de dévolution successorale. C'est bien pour cela, on le verra par la suite, que la sanction du défaut de transctiption en matière de mutations par décès ne peut pas être la même qu'en cas de mutations entre vifs. La transcription des mutations par décès a surtout pour utilité d'établir sans lacune la liste des propriétaires successifs d'un immeuble, de faciliter par conséquent l'établissement des origines de propriété tandis que dans le système antérieur au décret-loi de 1935 il y avait des lacunes dans la liste des propriétaires puisque toutes les mutations par décès ne figuraient pas sur les registres des conservateurs des hypothèques. Dans le système actuel, on aura généralement la liste des différents propriétaires d'un immeuble; toutes les mutations par décès y figureront. La transcription en cette matière présente l'avantage d'être une mesure d'ordre.

Le décret de 1935 soumet à la transcription toutes les mutations immobilières par décès, c'est-à-dire les transmissions de propriété et les constitutions de droits réels. C'est ce qui explique que le texte originaire de l'article 1er de la loi du 23 Mars 1855 ait été modifié. Autrefois, l'alinéa 1er était ainsi conçu: "Sont transcrits: ...tous actes entre vifs... aujourd'hui dans le texte actuel en date du décret du 30 Octobre 1935, les mots "entre vifs" ont disparu: tous actes translatifs de propriété immobilière ou de droits réels susceptibles d'hypothèque.

La transcription de l'attestation notariée

Mais voici une restriction importante, qui se défend du point de vue pratique mais qui atténue singulièreme

Source : BIU Cujas

En cas de transmission immobilière à un seul héritier ou légataire

la portée de la réforme. Les transmissions par décès d'immeubles, de droits immobiliers, ne sont assujetties par elles-mêmes à la transcription qu'autant qu'elles ont lieu au profit d'un seul légataire ou d'un seul héritier. Cela est dit dans la loi elle-même du 23 mars 1855, texte de 1935, article 1er, 6°: Sont transcrites au bureau des hypothèques "les attestations notariées destinées à constater désormais les transmissions par décès d'immeubles ou de droits immobiliers à un légataire ou à un seul héritier". Nous verrons en effet par la suite, en ce qui concerne la forme de la transcription, que c'est une attestation notariée qui doit être transcrite. Ici le législateur précise sa pensée. Il soumet à la transcription les attestations notariées destinées à constater les transmissions par décès, à un légataire ou à un seul héritier. La transmission par décès n'est pas soumise au contraire à la formalité de la transcription si elle a lieu au profit de plusieurs héritiers ou de plusieurs légataires qui se trouvent dans l'indivision.

Raison pour laquelle la transcription n'est pas requise en cas de transmission à plusieurs héritiers ou légataires (transcription du partage)

Quelle est la raison de cette différence? C'est qu'au cas de pluralité d'héritiers ou de légataires, il y a lieu à partage ou à licitation. Or, comme nous allons le voir, désormais le partage ou la licitation doit être transcrit. On a jugé inutile d'assujettir à la formalité la mutation elle-même; il suffira de la transcription du partage qui fixera les droits de chaque indivisaire sur les immeubles compris dans la succession. On a voulu épargner aux héritiers la peine de transcrire d'abord la mutation, et de transcrire ensuite le partage qui viendra attribuer tel et tel immeubles à l'un ou à plusieurs d'entre eux.

Voilà la raison d'être de la différence; raison pratique, mais raison pratique qui vient, encore une fois, atténuer la portée du régime de publicité des mutations par décès. Pas d'inconvénients si le partage suit de près l'ouverture de la succession; mais il peut arriver, et il arrive fréquemment, que des héritiers restent dans l'indivision pendant un très long délai, pendant des années, surtout lorsqu'il s'agit d'immeubles; plutôt que de vendre l'immeuble, qui aujourd'hui, se vend dans de mauvaises conditions, en raison de la crise, on reste dans l'indivision; on se partage les revenus et les loyers de l'immeuble, mais les héririters restent dans l'indivision. Durant cette période, qui peut durer des années, la mutation par décès n'est pas transcrite.

Appréciation du système de transcription de l'attestation notariée

Mais ce n'est pas la seule critique qu'encourt le décret. D'après l'art. 1er, 6°, de la loi de 1855 modifiée en 1935, la publicité des mutations par décès se réalise par la transcription d'une attestation notariée, un vé-

Source : BIU Cujas

ritable certificat de propriété par lequel le notaire constate que tel immeuble est échu par succession à tel héritier unique ou à tel légataire.

Ce régime de l'attestation notariée se comprend bien pour les successions ab intestat, car en ce cas le titre de l'héritier est dans la loi. Il faut évidemment rédiger un acte et opérer la transcription; on ne peut pas transcrire un texte de loi, ce qui ne signifierait rien, il faut que le notaire atteste que M. un Tel étant décédé, tel immeuble qui lui appartenait appartient à son héritier unique, ou que cet immeuble a été légué par le de cujus à telle personne; le notaire doit l'attester.

Le système de l'attestation notariée peut encore se comprendre dans le cas où une personne a été instituée légataire universel. Elle a droit ici à tout le patrimoine. Il importe de désigner le ou les immeubles qui deviennent la propriété de ce légataire universel. Pour cela encore l'intermédiaire du notaire est nécessaire.

Par contre l'attestation notariée offre moins d'utilité lorsque l'immeuble a fait l'objet d'un legs particulier. Le défunt a écrit dans son testament: Je lègue tel immeuble situé dans tel endroit à M. X...; il aurait suffi de transcrire le testament ou la clause du testament qui institue le légataire particulier. Et cela est tellement vrai que certains auteurs ont soutenu qu'en pareil cas il fallait transcrire le testament et transcrire en outre une attestation notariée. C'est excessif l'attestation notariée est suffisante; mais il aurait suffi de transcrire le testament, cependant le décret ne distingue pas, il exige dans tous les cas l'attestation notariée.

Difficulté que peut soulever le point de savoir s'il y a un seul héritier

Une difficulté est susceptible de se présenter en pratique. La loi n'exige la transcription de l'attestation notariée que quand la succession écheoit à un seul héritier ou que l'immeuble écheoit à un seul légataire. Mais quand y aura-t-il transmission à un seul héritier ou légataire? Sans aucun doute si le de cujus ne laisse qu'un seul héritier ou a institué un seul légataire universel ou a légué un immeuble à une seule personne, le texte doit s'appliquer. Mais il est très possible qu'à l'ouverture d'une succession il y ait pluralité d'héritiers ou de légataires et que finalement la succession écheoit à un seul, si tous renoncent sauf un. En pareil cas, après coup, peut-être après plusieurs mois, on sera dans l'obligation de transcrire parce qu'il ne restera plus qu'un seul héritier, tous les autres ayant renoncé. Il y a des cas douteux, d'ailleurs. Par exemple, un individu meurt laissant un héritier unique, mais le conjoint survivant a l'usufruit de la totalité de la succession; y a-t-il en pareil cas

Source : BIU Cujas

héritier unique, ou bien y a-t-il pluralité d'héritiers? Il semble qu'on doive admettre qu'il y a héritier unique, par conséquent qu'il y ait lieu de transcrire une attestation notariée.

2°- Nous arrivons à la transcription des actes ou jugements déclaratifs de propriété immobilière ou de droits réels immobiliers.

Absence de transcription pour les actes déclaratifs dans la loi de 1855. Innovation du D.L. de 1935.

La loi de 1855 avait exclu de la transcription tous les actes ou jugements déclaratifs parce que ces actes ne créent pas un droit nouveau, qu'ils ne font que constater un droit préexistant. Le décret de 1935 est venu changer cela; Parmi les actes déclaratifs qui sont désormais soumis à la transcription, il faut citer principalement l'acte de partage comprenant des immeubles.

Transcription des partages

De même sont soumis encore à la transcription les transactions relatives à des droits immobiliers.

Transaction sur des droits immobiliers

Sont encore soumis à la transcription les jugements, et en particulier les jugements d'adjudication. Le décret de 1935 a modifié sur ce point l'article 1er, 4°, de la loi de 1855. Dans le régime de la loi de 1855 on faisait une distinction entre deux sortes de jugements d'adjudication: jugements d'adjudication qui avaient un caractère translatif, par exemple l'adjudication sur saisie immobilière; jugement d'adjudication d'un immeuble appartenant à un mineur; lorsque le jugement avait un caractère translatif il devait être soumis à la transcription. Mais il était une catégorie de jugements qui échappaient à la transcription; c'étaient les jugements d'adjudication sur licitation au profit d'un des cohéritiers ou co-partageants. Ces jugements d'adjudication au profit d'un cohéritier avaient un caractère déclaratif comme le partage lui-même; c'étaient des incidents du partage, dès lors le jugement d'adjudication au profit d'un cohéritier ou d'un copartageant échappait à la transcription. Aujourd'hui il n'en est plus ainsi, puisque le partage, acte déclaratif, est soumis à la transcription, le jugement d'adjudication intervenu au profit d'un cohéritier ou copartageant est lui-même soumis à la transcription. C'est ce qui explique que la loi du 23 Mars 1855 dans son texte actuel soumet à la transcription, article 1, 4°, tout jugement d'adjudication, sans autre précision.

Jugements d'adjudication même sur licitation au profit d'un cohéritier

Jugements déclaratifs d'un droit de propriété ou d'un droit réel immobilier

Doivent également être transcrits aujourd'hui les jugements statuant sur une action en revendication, une action en revendication d'immeubles ou de droits réels immobiliers, bien entendu. Ces jugements sont déclaratifs, comme la plupart des jugements; ils font reconnaître un droit préexistant, ils ne le créent pas, mais puisque tous les actes déclaratifs sont soumis à la

Source : BIU Cujas

transcription, ces jugements doivent être transcrits.

Quant aux jugements prononçant la nullité, la résolution ou la rescision d'un acte à transcrire, ils continuent aujourd'hui, comme avant le décret de 1935, à devoir être simplement mentionnés en marge de l'acte transcrit.

Telles sont les innovations apportées par le décret de 1935,

Actes échappant encore à la transcription

Et maintenant, demandons-nous s'il y a encore des actes intéressant la propriété immobilière ou les droits réels immobiliers qui échappent à la transcription? Il y en a encore quelques-uns, dont la liste n'est pas longue.

1)Conventions verbales translatives de propriété;acquisitions légales (autres que les successions ab intestat)

Echappent à la publicité: les conventions verbales d'abord, qui restent valables. Echappent à la publicité toutes les acquisitions de propriété ou de droits réels immobiliers réalisés en vertu de la loi, les successions mises à part. Par exemple, la prescription acquisitive, vous devenez propriétaire en vertu de la prescription, aucune transcription n'est à faire. De même celui qui acquiert une servitude légale, aucune transcription n'est à faire.

Echappent encore à la publicité:

2) actes confirmatifs

1°- Les actes confirmant des conventions translatives de propriété immobilière entachées d'un vice de fond ou de forme, des actes confirmatifs. Voici une vente entachée de nullité; les parties confirment cette vente; cet acte échappe à la transcription.

3)renonciation abdicatives

2°- De même les actes de renonciation purement abdicative à un droit de propriété immobilière ou à un droit réel immobilier; telle la renonciation à un legs non encore accepté. Si le legs avait été accepté, s'il y avait renonciation en faveur d'une personne, ce serait une transmission qui serait sujette à transcription.

4) résolution amiable

3°- Enfin échappent à la publicité les actes de résolution même amiable de contrats translatifs de propriété immobilière, lorsque celui qui les a consentis ne l'a fait que pour éviter une résolution judiciaire. Une personne sait que la vente qui lui a été consentie est sujette à résolution; elle consent amiablement à cette résolution; il n'y a paslieu de transcrire cette résolution.

Sanction du défaut de transcription

Cinq cas

Qu'arrive-t-il lorsqu'une mutation immobilière qui aurait dû être transcrite n'a pas été soumise à cette formalité? Ici la sanction diffère suivant les cas.Il faut distinguer cinq cas.

Source : BIU Cujas

1°- Défaut de transcription des aliénations et constitutions de droits réels entre vifs; en un mot, tout ce qui est soumis à la transcription en vertu de la loi de 1855 et du Code civil, avant le décret de 1935.

2°- Défaut de transcription des baux de plus de dix huit ans et des cessions anticipées de loyers.

3°- Défaut de transcription des jugements prononçant la résolution d'un acte transcrit.

4°- Défaut de transcription des mutations par décès.

5°- Défaut de transcription des actes déclaratifs.

1°- Défaut de transcription d'une aliénation ou d'une constitution de droit réel entre vifs.

Défaut de transcription d'une vente ou donation.

Voici une vente ou une donation d'immeuble; elle n'a pas été transcrite; la question se pose de savoir qui peut opposer le défaut de transcription. Ou bien un acte constitutif de servitude ou d'usufruit immobilier, n'a pas été transcrit. Qui peut opposer le défaut de transcription?

L'aliénation valable entre les parties n'est pas opposable à certaines personnes

Pour comprendre la solution donnée par la loi à cette question, il faut ne pas perdre de vue que notre droit part du principe du transfert de la propriété par simple consentement. Ce principe reste toujours exact, bien qu'on ait admis la transcription. Ce principe est tempéré simplement par la nécessité d'une transcription pour rendre l'aliénation opposable à certains tiers, strictement énumérés par la loi. Entre les parties et vis-à-vis de toute personne qui ne figure pas dans l'énumération légale, la propriété ou le droit réel est transféré ou constitué par la simple convention, et cela alors même que l'aliénation n'est pas transcrite.

Par exemple une vente n'est pas transcrite; elle est parfaite dans les rapports des parties entre elles ou vis-à-vis de certains tiers, mais vis-à-vis d'autres tiers la vente sera considérée comme inexistante; elle ne sera pas opposable à certains tiers. Si bien que, dans notre droit, une vente non transcrite n'est frappée que d'une inefficacité simplement relative; cette vente non transcrite n'est pas nulle, elle a transféré la propriété à l'acheteur; elle est parfaite entre les parties et vis-à-vis de certaines personnes, mais à l'égard d'autres personnes prévues par la loi la vente n'existe pas. Ces personnes peuvent méconnaître son existence et considérer le vendeur comme resté propriétaire et devant le rester jusqu'au jour où sera effectuée la transcription.

Personnes pouvant se prévaloir du défaut de transcription

Nous allons voir quelles sont les personnes qui peuvent opposer le défaut de transcription d'une aliénation entre vifs de propriété immobilière ou d'une constitution entre vifs de droits réels immobiliers.

Source : BIU Cujas

Une complication se présente: il faut distinguer en effet suivant qu'il s'agit d'actes soumis à la transcription en vertu de la loi de 1855 ou d'actes soumis à la transcription en vertu de l'art. 939 du Code civil, les donations. La liste des personnes qui peuvent opposer le défaut de transcription n'est pas la même dans les deux cas; elle est plus large dans la donation que dans le cas de vente par exemple.

A-Tiers pouvant opposer le défaut de transcription d'un acte visé par la loi de 1855

Nous allons voir ce qui se passe en cas de défaut de transcription d'un acte qui est soumis à cette formalité en vertu de la loi de 1855. Nous prenons comme type la vente d'immeuble. Ces actes qui sont soumis à la transcription en vertu de la loi de 1855, ce sont d'abord tous les actes à titre onéreux translatifs de propriété ou de droits réels susceptibles d'hypothèque; puis tous les actes à titre onéreux ou à titre gratuit constitutifs de droitsréels non susceptibles d'hypothéque; par exemple un acte constitutif de servitude à titre gratuit est soumis à la transcription non pas en vertu de l'art.939, qui ne soumet à la transcription que les donations de biens susceptibles d'hypothèque (or une servitude n'est pas susceptible d'hypothèque) mais en vertu de la loi de 1855.

Définition des tiers par la loi de 1855

Quels sont les tiers qui pourront opposer le défaut de transcription? Nous trouvons ici un texte (loi de 1855, article 3, al. 1er): "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".

Double condition pour être un un tiers

Il résulte de ce texte que peuvent invoquer le défaut de transcription: 1°- Les tiers qui ont des droits sur l'immeuble; 2° à la condition qu'ils se soient conformés aux lois pour les conserver. Nous allons reprendre ces deux conditions.

1°-Avoir acquis sur l'immeuble un droit soumis à publicité

1°- En premier lieu, pour opposer le défaut de transcription, il faut être un tiers ayant acquis des droits sur l'immeuble. La loi n'a pas dit "droits réels", elle dit : des "droits". En effet, ces droits peuvent être soit des droits réels, soit des droits personnels. Mais ce qui est indispensable, c'est que ces droits soient eux-mêmes des droits soumis à publicité. Le conflit ne peut exister qu'entre personnes dont les droits sont également soumis à publicité. Cela résulte de la seconde partie de la phrase qui exige que le tiers qui oppose le défaut de transcription ait lui-même conservé son droit conformément aux lois, c'est-à-dire l'ait transcrit ou l'ait inscrit.

Enumération

Peut donc opposer le défaut de transcription un second acquéreur de l'immeuble ou le titulaire d'un

Source : BIU Cujas

droit réel usufruit immobilier ou servitude, ou le titulaire d'une hypothèque, soumise à la publicité de l'inscription. Ou un preneur à bail pour plus de dix huit ans, puisque le preneur à bail pour plus de 18 ans a un droit sur l'immeuble, droit soumis à publicité. Voilà pourquoi la loi n'a pas dit "droits réels"; le preneur à bail pour plus de 18 ans n'a qu'un droit personnel; et de même celui à qui on a cédé par anticipation des loyers; lui aussi n'a qu'un droit personnel. Ce sont des droits soumis à publicité, ils peuvent opposer le défaut de publicité.

Ne peuvent se prévaloir du défaut de transcription :

1- l'aliénateur

Au contraire ne sont pas admis à se prévaloir du défaut de transcription le vendeur lui-même qui est partie au contrat, ou celui qui a constitué le droit réel sur son immeuble, par exemple une servitude, parce que le vendeur ou celui qui a constitué le droit réel n'est pas un tiers, mais une partie. Entre les parties, la vente ou la constitution de droits réels est parfaite, indépendamment de toute transcription.

2- Les héritiers

Ne peuvent pas davantage se prévaloir du défaut de transcription les héritiers du vendeur ou du constituant du droit réel, parce qu'ils représentent leur auteur; ils n'ont pas plus de droits que lui.

3-Les ayants-cause à titre particulier non soumis à publicité

Ne sont pas davantage admis à opposer le défaut de transcription les ayants cause à titre particulier du vendeur ou du constituant dont le droit n'est pas sujet à publicité, notamment un preneur à bail de l'immeuble pour une durée n'excédant pas 18 ans; son droit n'est pas soumis à la transcription, il n'a pas le droit d'opposer le défaut de transcription.

4-Créanciers chirographaires

Enfin ne sont pas admis à opposer le défaut de transcription les créanciers chirographaires du vendeur ou du constituant. Un individu a vendu son immeuble, mais l'acquéreur n'a pas transcrit, par négligence; un créancier hypothécaire du vendeur, qui a un droit réel soumis à publicité peut opposer le défaut de transcription, mais un créancier chirographaire, qui n'est pas muni d'une sûreté, n'a pas le droit d'opposer le défaut de transcription; son droit n'est pas en effet soumis à publicité.

En conséquence, vis-à-vis des créanciers chirographaires du vendeur, l'immeuble sort du patrimoine du vendeur dès l'instant même de la vente; il échappe désormais à leur droit de saisie. Voici un créancier chirographaire du vendeur qui veut saisir l'immeuble. On lui objecte que l'immeuble n'appartient plus à son débiteur, qu'il a été vendu avant la saisie. Le créancier chirographaire peut-il soutenir que la vente n'a pas été transcrite et ne lui est pas opposable? Non, il n'a pas le droit de le dire, parce que, vis-à-vis de lui, dont le droit n'est pas soumis à publicité, la vente est parfaite par

Source : BIU Cujas Reproduction interdite

le seul consentement des parties. Il doit subir les conséquences de l'acte qu' a fait son débiteur.

Trois cas dans lesquels les créanciers chirographaires deviennent des tiers.

Mais ce principe est singulièrement atténué en pratique. et il vient encore d'être atténué assez récemment, en vertu d'un décret-loi sur la saisie-immobilière; si bien qu'aujourd'hui dans des cas nombreux, importants, les créanciers chirographaires deviendront des tiers.

Il y a trois cas dans lesquels les créanciers chirographaires prennent aujourd'hui la qualité de tiers au sens de l'art. 3. Deux de ces cas existaient déjà depuis longtemps, le troisième est tout récent, il date de 1938.

a)faillite Inscription de la masse de la faillite

a) En cas de faillite du débiteur, les créanciers chirographaires font partie de la masse des créanciers représentée par le syndic, masse à laquelle est conférée une hypothèque sur les biens du failli.Dès lors,à partir du moment où le syndic a fait inscrire cette hypothèque, la masse constitue un tiers qui peut méconnaître les aliénations non transcrites qu'aurait consenties le débiteur avant sa faillite.

b) en cas de séparation des patrimoines demandée par les créanciers de la succession , s' ils ont fait inscrire leur privilège

b) En cas de mort du débiteur propriétaire de l'immeuble, les créanciers de la succession peuvent invoquer la séparation des patrimoines à l'encontre des créanciers personnels de l'héritier. Il faut supposer que l'héritier est personnellement insolvable, tandis que la succession est solvable. Les créanciers de la succession demandent la séparation des patrimoines, qui leur permettra d'exercer un véritable privilège sur les biens de la succession, d'être payés sur les biens de la succession par préférence aux créanciers personnels de l'héritier; en un mot il n'y aura pas fusion des deux patrimoines, celui du défunt, celui de l'héritier. Cette séparation constitue un privilège qui porte sur les biens de la succession, et notamment sur les immeubles. Ce privilège doit être soumis à publicité. Les créanciers séparatistes font inscrire leur privilège et deviennent désormais des tiers pouvant opposer le défaut de transcription à un acquéreur de l'immeuble de la succession qui n'a pas fait transcrire son acquisition, avant que les créanciers séparatistes aient fait eux-mêmes inscrire leurs droits.

c) en cas de saisie immobilière quand il y a eu transcription du commandement (D.L. de 1938)

3°- Enfin, innovation du décret-loi du 17 Juin 1938 modifiant la saisie immobilière, un immeuble est saisi par un créancier chirographaire. Avant le décret loi de 1938 une jurisprudence, critiquée par une partie de la doctrine, décidait que le créancier qui avait saisi un immeuble du débiteur ne devenait pas un tiers, bien que la saisie dût être transcrite, Il faut savoir en effet que la saisie portant sur un immeuble doit

Source : BIU Cujas

être transcrite. Dès lors beaucoup d'auteurs soutenaient que le créancier saisissant qui avait fait transcrire la saisie devenait un tiers puisque son droit de saisissant était soumis à publicité.

Mais la cour de cassation décidait que, bien que la saisie fût transcrite, le créancier chirographaire ne devenait pas un tiers. En conséquence, elle décidait que le créancier saisissant ne pouvait opposer le défaut de transcription de la vente de l'immeuble qui avait été consentie par le débiteur, avant la transcription du procès-verbal de saisie.

La vente était donc opposable au créancier saisissant, et la saisie tombait par conséquent.

Le décret -loi du 17 Juin 1938 a modifié l'art.686 du C.Pr.C. Il décide que ne peuvent être opposées aux créanciers saisissants, même non inscrits, c'est-à-dire chirographaires, les aliénations transcrites après la transcription du commandement. Aujourd'hui on ne transcrit plus le procès-verbal de saisie, on transcrit le commandement. Ne peuvent plus être opposées aux créanciers saisissants même non inscrits les aliénations transcrites après la transcription du commandement, et cela alors même que ces aliénations auraient été consenties avant la transcription.

Par exemple aujourd'hui le débiteur vend son immeuble; demain la saisie est faite; et la saisie est transcrite quelques jours plus tard. Au jour où la saisie est transcrite, la vente n'a pas encore été transcrite . Ici, à la différence de ce qui existait avant le décret-loi, la vente est considérée comme inexistante vis-à-vis du créancier chirographaire qui peut opposer le défaut de transcription. La saisie est valable, la vente n'existe pas vis-à-vis du saisissant.

On peut dire aujourd'hui que, dans les cas les plus importants, le créancier chirographaire prend la qualité de tiers, mais il faut ou qu'il y ait faillite, ou qu'il y ait séparation des patrimoines ou saisie immobilière. Hors ces cas, le créancier chirographaire n'est pas un tiers.

Exemple: un débiteur a vendu son immeuble; la vente n'a pas été transcrite; le créancier chirographaire, ignorant cette vente, fait saisie-arrêt entre les mains des locataires; il leur interdit de payer les loyers et il demande que les loyers lui soient attribués. Le créancier chirographaire aura fait une saisie-arrêt inopérante; il ne pourra pas invoquer le défaut de transcription parce qu'il n'est pas un tiers. Sa saisie-arrêt aura porté sur des loyers qui n'appartenaient plus à son débiteur puisque celui-ci avait aliéné son immeuble.

Source : BIU Cujas

2ème condition: avoir conservé le droit conformément à la loi, c'est-à-dire avoir publié le droit

2°- Pour opposer le défaut de transcription, il ne suffit pas d'être un tiers ayant sur l'immeuble un droit sujet à publicité, il faut encore, nous dit l'article 3, avoir conservé ce droit conformément à la loi. Cela revient à dire qu'entre deux personnes pouvant invoquer le défaut de publicité, celle qui sera préférée sera celle qui aura la première accompli la formalité de publicité.

Le mécanisme de la transcription entre acquéreurs de droits soumis à publicité. Exemples.

Exemple: un propriétaire vend son immeuble à Primus; puis lui-même (ou son héritier, ignorant peut-être la première vente) vend le même immeuble à Secundus. Qui va l'emporter de Primus ou de Secundus? C'est celui qui aura transcrit le premier, et notamment Secundus s'il devance Primus et fait opérer la transcription le premier.

Entre acheteurs successifs

Deuxième exemple: un propriétaire a constitué une servitude le 1er mai: le 9 Mai il vend son immeuble à un autre. Si le titulaire de la servitude n'a pas eu

entre un acheteur et l'acquéreur d'un droit réel

soin de transcrire rapidement et si l'acheteur transcrit avant que le titulaire de la servitude ait transcrit lui-même, l'acheteur aura acquis un immeuvle à qui la servitude ne sera pas opposable. Il faut, pour que le titulaire de la servitude puisse opposer son droit à l'acquéreur de l'immeuble, qu'il ait transcrit l'acte constitutif de servitude avant que l'acquéreur ait lui-même transcrit son acquisition.

entre créancier hypothécaire et acheteur

De même pour une hypothéque; un individu constitue une hypothèque sur son immeuble et quelques jours après il aliène son immeuble. Le créancier hypothécaire ne pourra exercer son hypothéque vis-à-vis de l'acquéreur que s'il a eu soin d'inscrire avant que l'acquéreur n'ait lui-même transcrit. Si jamais l'acquéreur a transcrit avant que l'hypothéque ait été inscrite, l'hypothèque ne lui est pas opposable.

Conflit entre deux personnes ayant fait la publicité le même jour

Voilà le mécanisme de la transcription. Qu'arriverait-il si le conflit existait entre deux personnes ayant fait la publicité le même jour? Primus et Secundus l'un et l'autre acquéreurs du même immeuble, ont transcrit le même jour; comment va-t-on régler la question? Il faut alors rechercher par des moyens appropriés quelle est celle des deux formalités qui a été accomplie la première. Il est généralement facile de le savoir, parce que l'article 2200 oblige le conservateur à tenir un registre d'ordre dans lequel il doit inscrire jour par jour et par ordre numérique les remises qui leur sont faites d'actes à transcrire ou à inscrire. Par conséquent on doit savoir, en consultant le registre d'ordre, quel est l'acte qui a été remis le premier à la transcription, c'est celui qui figurera le premier sur le registre. Ce n'est d'ailleurs

Source : BIU Cujas

pas une certitude absolue; on pourra faire la preuve contraire, prouver qu'il y a eu une erreur dans les bureaux de la conservation et qu'on a indiqué comme ayant été reçu le premier l'acte qui en réalité est arrivé après l'autre. En général, on pourra se fier au registre des dépôts.

2 - Actes soumis à la transcription en vertu du Code civil.

Donations d'immeubles et droits réels susceptibles d'hypothèque

Les actes soumis à la transcription en vertu de l'art. 939 C.C. sont les donations d'immeubles et de biens susceptibles d'hypothèque. En ce cas, la liste des personnes qui peuvent opposer le défaut de transcription est beaucoup plus étendue que lorsqu'il s'agit des actes soumis à la transcription en vertu de la loi de 1855.

Art. 941 : "Le défaut de transcription pourra être opposé par toutes personnes ayant intérêt, excepté toutefois celles qui sont chargées de faire la transcription, ou leurs ayants cause, et le donateur".

Droit pour toute personne intéressée de se prévaloir du défaut de transcription

Ici toute personne ayant intérêt peut opposer le défaut de transcription.

Comment expliquer cette différence entre la transcription de l'art. 939 et celle de la loi de 1855? Uniquement par une raison historique. Le législateur de 1855 n'a fait que reproduire la loi de Brumaire an VII; tandis que les rédacteurs du Code civil qui avaient maintenu la transcription exceptionnellement pour les donations, ont adopté un système dans lequel ils ont combiné tout à la fois les règles de la transcription et celles de l'insinuation. Depuis 1539, les donations devaient être insinuées. La donation non insinuée était valable entre les parties, mais n'était pas opposable aux tiers, aux personnes ayant intérêt à la contester. La loi de Brumaire an VII avait laissé coexister transcription et insinuation. Les rédacteurs du Code civil ont considéré que de ces deux formalités l'une était inutile; ils ont maintenu la transcription pour les donations, mais ils ont soumis la transcription des donations aux règles qui étaient admises dans l'ancien droit pour l'insinuation. Or, dans l'ancien droit toute personne intéressée, à part le donateur, pouvait opposer le défaut d'insinuation.

C'est ce qui explique la disposition de l'art.941: toute personne intéressée peut invoquer le défaut de la transcription.

Comparaison avec les tiers de la loi de 1855

Que faut-il entendre par "toute personne intéressée" D'abord toutes celles qui pourraient opposer la trans-

Source : BIU Cujas

faute de transcription,

cription en vertu de la loi de 1855, bien entendu. Mais en outre les créanciers chirographaires. Il n'y a pas besoin ici qu'il y ait faillite ou séparation des patrimoines ou saisie; tout intéressé chirographaire est intéressé à soutenir que, l'immeuble donné n'a pas quitté le patrimoine de son débiteur et à saisir l'immeuble.

Personnes ne pouvant opposer le défaut de transcription de la donation

Par contre, d'après l'art. 941, le donateur lui-même ne peut pas opposer le défaut de transcription; il est partie à l'acte; la donation est parfaite entre les parties par le simple consentement.

Au donateur, la jurisprudence assimile les héritiers du donateur et les légataires universels du donateur, parce que, dit-on, ils n'ont pas plus de droits que leur auteur. Mais la question a été controversée, parce que, sous le régime de l'insinuation, les héritiers du donateur pouvaient opposer le défaut d'insinuation.

Enfin, d'après l'art. 941, le défaut de transcription ne peut être opposé par la personne chargée de faire la transcription, par exemple le tuteur ou le mari, qui viendrait ensuite à se rendre acquéreur de l'immeuble; sans doute un tuteur ne peut pas se rendre acquéreur de l'immeuble du mineur, pendant la tutelle mais il peut s'en rendre acquéreur par la suite. Dans ce cas il serait bien mal venu, à opposer le défaut de transcription à son ancien pupille puisqu'il est responsable du défaut de transcription.

Le D.L. de 1935 a-t-il abrogé les art.939 et ss. du C.C.

Signalons qu'un auteur a soutenu que les articles 941 et suivants du Code civil en matière de donation auraient été abrogés par le décret-loi de 1935; les donations seraient aujourd'hui régies par la loi de 1855. En conséquence, dit cet auteur, la sanction du défaut transcription d'une donation ne serait autre que celle prévue par l'article 3. Ce seraient seulement les tiers ayant des droits sur l'immeuble et les ayant conservés conformément au droit, et non plus toutes personnes intéressées, qui pourraient invoquer le défaut de transcription.

Cet auteur invoque une addition faite à l'art.1er de la loi de 1855 par le décret de 1935, qui, après avoir énuméré les actes soumis à la transcription, ajoute: "7° "tous actes et jugements dont la transcription est prévue par les textes en vigueur". Donc, conclut cet auteur, les donations, lessubstitutions sont régies au point de vue de la transcription par l'art. 3 de la loi de 1855.

Cette thèse doit être rejetée. Il est certain que décret-loi n'a nullement entendu abroger les articles 939 et suivants, et la meilleure preuve c'est qu'il a laissé subsister la disposition de l'art. 11 de la loi

Source : BIU Cujas

de 1855, qui réservait spécialement les textes sur les donations et les substitutions et les maintenait.

En ce qui concerne les aliénations et constitutions de droits réels en général, deux remarques extrêmement importantes doivent être faites.

Du principe que la priorité de la transcription ne peut fonctionner qu'entre ayants cause d'un même auteur et ne purge pas le vice d'acquisition non domino

Le défaut de transcription ne peut être opposé par celui qui ne serait pas l'ayant cause du propriétaire ou du précédent propriétaire de l'immeuble. D'une façon générale la priorité de la transcription ne peut servir à résoudre le conflit s'élevant entre ayants cause d'auteurs différents, c'est-à-dire entre personnes tenant leurs droits d'auteurs différents. L'auteur, dans une vente, c'est le vendeur, et l'ayant-cause, qui tient sa cause des droits du vendeur, c'est l'acheteur. Dans une succession, le de cujus c'est l'auteur, et l'ayant-cause c'est l'héritier ou légataire.

La priorité de la transcription ne peut servir à résoudre le conflit entre personnes tenant leurs droits d'auteurs différents.

Exemple: le même immeuble a été vendu par Pierre à Primus et par Paul à Secundus. Voilà donc le même immeuble qui est vendu à deux personnes différentes. elles sont des ayants-cause d'auteurs différents, puisque Primus tient ses droits de Pierre et Secundus tient ses droits de Paul; forcément l'un des deux vendeurs n'était pas le propriétaire. Le conflit qui s'élèvera entre les deux acheteurs, Primus et Secundus ne pourra être résolu par la priorité de la transcription. Il s'agira uniquement de savoir - c'est la seule question qui puisse se poser - quel était celui des deux, de Pierre ou de Paul, qui était le véritable propriétaire; donc quel était celui des deux acheteurs, Primus ou Secundus, qui tenait ses droits du véritable propriétaire. S'il est jugé que Paul était le véritable propriétaire, Secundus l'emportera, quand bien même Primus aurait transcrit avant lui? Ici ce n'est plus une question de priorité de transcription, Pourquoi? Parce que nous vivons sur un principe : "Nemo dat quod non habet" nul ne peut transférer plus de droits qu'il n'en a lui-même. Dans notre exemple: Paul était le véritable propriétaire; Pierre n'était pas propriétaire; donc Primus tenait ses droits "a non domino". Primus aurait beau avoir transcrit le premier: du moment qu'il tient ses droits d'un individu qui n'était pas le véritable propriétaire, il ne peut opposer la priorité de sa transcription à Secundus. En un mot, la transcription ne détruit pas le vice dont est entaché le titre de l'acheteur qui a acquis du non propriétaire; "a non domino"; ce vice existe: "Pierre n'était pas propriétaire, il n'a conféré aucun droit à Primus, si Primus a transcrit le premier, c'est comme s'il n'avait rien fait.

Source : BIU Cujas

Les effets de la transcription ne jouent que lorsque le conflit se produit entre ayants-cause du même auteur. Un individu a vendu son immeuble successivement à deux personnes; ici les deux ayants-cause tiennent leurs droits du même auteur: c'est la date de la transcription qui fixera celui qui l'emportera. De même un individu a hypothéqué son immeuble, il l'a vendu ensuite; conflit entre le créancier hypothécaire et l'acquéreur si l'acquéreur a transcrit avant que le créancier hypothécaire ait inscrit, l'acquéreur ne sera pas obligé de respecter le droit du créancier hypothécaire, parce qu'ils tiennent l'un et l'autre leurs droits du même auteur.

Du principe que la connaissance personnelle du tiers ne peut couvrir le défaut de transcription sauf en cas de collusion frauduleuse avec le vendeur

Deuxième remarque: le défaut de transcription peut être opposé même par celui qui a eu connaissance par une autre voie de l'aliénation ou la constitution de droits réels antérieurement consentis.

Exemple: un propriétaire a constitué une servitude sur son immeuble: puis il vend cet immeuble. L'acquéreur s'il transcrit son acquisition avant que le titulaire de la servitude ait transcrit la sienne, pourra opposer le défaut de transcription au titulaire de la servitude alors même que cet acquéreur connaîtrait par ailleurs l'existence de cette constitution de servitude. Il a transcrit plus vite que ne l'a fait le titulaire de la servitude, il doit l'emporter sur ce dernier, bien qu'il soit renseigné. Il n'y a qu'une chose qui vaille connaissance officielle: c'est le registre de la transcription, le reste ne compte pas.

On peut tirer argument en ce sens d'un texte en matière de substitutions. Les substitutions quand elles portent sur les immeubles doivent être transcrites. Art. 1071 du Code civil: "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 celles de la transcription". Une seule chose compte, c'est la transcription. Si la transcription n'a pas été faite, on l'ignore officiellement, on est en droit d'opposer le défaut de transcription.

Cependant la Cour de cassation apporte une exception à cette règle dans le cas où il est démontré qu'il y a eu entente frauduleuse entre le vendeur de l'immeuble et un tiers à qui il a cédé ses droits dans le but de dépouiller le premier acquéreur. La question s'est posée à différentes reprises.

Par exemple, le propriétaire d'un immeuble vend son immeuble, et quelques jours après une personne se présente à lui et lui dit: "c'est dommage que vous avez vendu votre immeuble, je vous en aurais donné un prix bien

Source : BIU Cujas

supérieur". Ils s'entendent alors, le propriétaire lui vend son immeuble et ils s'arrangent pour transcrire d'urgence, avant que le premier acheteur n'ait transcrit. Ici il y a véritablement concert frauduleux entre le vendeur et le second acquéreur, il y a faute, responsabilité délictuelle. La sanction consiste à refuser au second acquéreur, qui a transcrit le premier, le droit de se prévaloir du défaut de transcription de la première acquisition. Mais c'est exceptionnel il faut qu'on démontre la fraude. S'il y a eu simple connaissance sans concert frauduleux, le second acquéreur a le droit d'opposer le défaut de transcription au premier (Cassation, 6 Avril 1925,S.1925.I.101; Cass. 13 Décembre 1937,S.1938.I.103).

3 - Les baux de plus de dix-huit ans doivent être transcrits pour être opposables aux tiers.

Opposabilité du bail pour 18 ans seulement si le bail supérieur à cette durée n'a pas été transcrit

Supposons que l'on n'ait pas transcrit un bail de plus de dix-huit ans; nous avons ici une sanction d'une nature particulière. L'art. 3, al.2, décide que les baux qui n'ont point été transcrits ne peuvent jamais être opposés aux tiers pour une durée de plus de dix-huit ans. Le bail de plus de dix-huit ans non transcrit n'est pas complètement inopposable aux tiers, mais il ne peut être opposé pour une durée de plus de dix-huit ans: le bail peut bien être opposé aux tiers, mais pour une durée n'excédant pas 18 ans.

Opposabilité pour 3 ans moins un jour de la cession de loyers non échus de 3 ans.

Il est un autre droit personnel qui est soumis à la transcription: c'est la cession de loyers pour une durée de trois ans ou plus. Une cession de loyers a été faite pour trois ans ou davantage, elle n'a pas été transcrite, quelle est la sanction? La loi de 1855 n'a rien prévu. On peut soutenir et on a soutenu que la cession anticipée de loyers doit être complètement inopposable aux tiers. Ce n'est pas l'avis de la Cour de cassation; elle a décidé que la cession non transcrite sera opposable aux tiers pour trois ans moins un jour, parce que les cessions qui ont été consenties pour une durée inférieure à trois ans, sont dispensées de transcription (Cass. 12 Février 1902 (D.1902.I.337).

4- Les jugements prononçant la résolution, la nullité ou la rescision d'un acte transcrit.

Opposabilité au tiers du jugement de résolution ..même non transcrit,amende pour l'avoué

L'article 4 prescrit, non pas que ces jugements soient transcrits eux-mêmes, mais qu'il en soit fait mention en marge des actes transcrits, qui sont l'objet de la résolution ou de la nullité. Une vente a été faite, a été transcrite; puis elle est résolue ou déclarée nulle; il faut que le jugement soit mentionné en marge de la transcription.

Reproduction interdite

Source : BIU Cujas

Qu'arriverait-il si le jugement de résolution ou de nullité n'était pas mentionné en marge? Au point de vue civil il n'arriverait rien; le jugement est opposable aux tiers bien que non mentionné en marge. Une seule sanction est édictée par la loi de 1855: c'est une amende de 100 frs contre l'avoué négligent.

5 - Sanction du défaut de transcription des actes que le décret-loi de 1935 a soumis à cette formalité; ce sont les mutations par décès et les actes déclaratifs.

Impossibilité d'appliquer au défaut de transcription des mutations par décès et partages, la même sanction qu'au défaut de transcription des aliénations entre vifs et constitution de droits réels (art.3,Loi 1855)

La difficulté provient de ce que le décret-loi du 30 Octobre 1935 qui a soumis à la transcription les mutations par décès et les actes déclaratifs, n'a édicté aucune sanction particulière pour le défaut de transcription; il a inséré ces actes de mutation par décès ou actes déclaratifs dans l'art. 1er de la loi de 1855. Il semblerait donc que la sanction attachée au défaut de publicité ne fût autre que celle de l'art. 3; mutations par décès, actes déclaratifs non transcrits seraient inopposables aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et les ont conservés conformément aux lois.

En réalité, il n'en est rien, et il ne peut pas être question d'appliquer cette sanction. Pourquoi cela. C'est là qu'est la difficulté, que n'ont pas vue les auteurs du décret-loi. La sanction de l'art. 3 ne peut pas s'appliquer, entièrement tout au moins, aux mutations par décès ou aux actes déclaratifs, et cela par le jeu même des principes qui tiennent à la nature de l'acquisition par décès ou au caractère déclaratif de l'acte. C'est ce que nous allons expliquer en parlant d'abord des mutations par décès.

Dans quelle mesure l'art. 3 de la loi de 1855 s'applique-t-il aux mutations par décès?

Impossibilité d'invoquer l'art. 3 pour ou contre les successeurs universels de l'aliénateur qui, en tant que représentant le défunt, sont dans la même situation que lui et n'ont par conséquent la qualité de tiers

Tout d'abord la disposition de l'art. 3 ne peut être invoquée ni par ni contre les successeurs universels, c'est-à-dire les héritiers ab intestat, ou les légataires universels, ou à titre universel, ou encore les donataires universels de biens à venir; il s'agit de successeurs universels qui succèdent à la totalité ou à une fraction du patrimoine. Ce qui les caractérise tous, c'est qu'ils représentent le défunt, ils sont donc tenus des dettes du défunt, de même qu'ils recueillent son actif,

Envisageons donc le conflit entre un de ces successibles universels et un ayant-cause du de cujus, par exemple un tiers à qui le de cujus avait vendu ou hypothéqué son immeuble avant son décès. Il décède laissant un seul

Source : BIU Cujas

Application: conflit entre un héritier et un acheteur ou créancier hypothécaire du défunt.

héritier; le titre de cet héritier doit être transcrit. Le tiers, créancier hypothécaire ou acheteur, qui tient ses droits du de cujus, pourra toujours invoquer l'aliénation ou l'hypothèque qui lui a été consentie par le de cujus à l'encontre de l'héritier, quand bien même il n'aurait transcrit son acquisition ou inscrit son hypothèque qu'après la transcription de l'attestation notariée constatant la mutation au profit de l'héritier. En un mot l'héritier ne pourrait pas dire à cet acquéreur qui tient ses droits du de cujus: "J'ignore cette acquisition, elle ne m'est pas opposable; j'ignore votre hypothèque, elle ne m'est pas opposable; j'ai transcrit mon droit avant que vous ayez transcrit le vôtre". Il n'a pas le droit de tenir ce langage; c'est la conséquence du principe que les successeurs universels recueillent les biens et les dettes du défunt. Le défunt était engagé vis-à-vis de son acheteur ou de son créancier hypothécaire, indépendamment de toute publicité, car il n'y a pas lieu à publicité dans les rapports des parties entre elles; la situation de l'héritier est identique à celle de son auteur, le de cujus; il ne peut évincer l'acquéreur parce que en l'évinçant il lui devrait la garantie.

D'une façon générale, en un mot, les successeurs universels ne sont pas des tiers, ils sont réputés avoir été parties au contrat, ils ne peuvent donc pas opposer aux ayants cause du de cujus l'absence de publicité.

Application de l'art. 3 en cas de conflit entre un légataire particulier et un créancier hypothécaire du défunt

Pour que l'art. 3 s'applique en matière de mutations par décès, il faut supposer qu'on est en présence d'un ayant-cause particulier du défunt, plus spécialement d'un légataire particulier; le défunt a légué son immeuble à une personne, à Pierre; Pierre est un successeur à titre particulier, il n'est pas tenu des dettes du défunt, il ne représente pas le défunt. Dès lors l'art. 3 pourra jouer, en cas de conflit entre ce légataire particulier à qui a été légué l'immeuble, et un autre ayant cause du de cujus, à qui celui-ci avait conféré un droit sur l'immeuble légué avant son décès.

Exemple: le de cujus, avant son décès, avait hypothéqué son immeuble à Paul; puis il a fait son testament, il a légué son immeuble à Pierre. Jusqu'au décret-loi, si Paul, créancier hypothécaire n'avait pas inscrit son hypothèque au jour du décès, cette hypothèque était inopposable au légataire Pierre, dont l'acquisition n'était pas soumise à transcription. Par le seul fait du décès, le créancier hypothécaire avait perdu son hypothèque lorsqu'il ne l'avait pas inscrite; du moins on pouvait soutenir qu'il en était ainsi.

Depuis le décret, le créancier hypothécaire Paul pourra inscrire son hypothèque et l'opposer au légataire

Source : BIU Cujas

Pierre tant que celui-ci n'aura pas fait transcrire l'attestation notariée constatant son acquisition. Si le créancier hypothécaire a inscrit son hypothèque avant que l'attestation notariée ait été transcrite, c'est le créancier hypothécaire qui l'emportera, c'est à-dire qu'il pourra opposer son hypothèque au légataire.

Par contre, si l'attestation notariée constatant le legs particulier est transcrite avant que Paul ait fait inscrire son hypothèque (si par exemple le défunt est mort presqu'immédiatement après avoir constitué l'hypothèque et qu'il y ait eu un certain retard à inscrire l'hypothèque), le légataire qui a eu le temps de faire transcrire son attestation notariée l'emportera sur le créancier hypothécaire, il pourra soutenir que cette hypothèque ne lui est pas opposable, Il aura acquis un immeuble libre d'hypothèque.

Conflit entre l'acheteur de l'immeuble du défunt et le légataire particulier du même immeuble

On pourrait faire le même raisonnement en partant de l'hypothèse, assez peu vraisemblable, où le de cujus aurait vendu son immeuble à Paul, puis l'aurait ensuite légué à Pierre. Lequel des deux l'emporterait? Celui qui aurait transcrit le premier. Si l'attestation notariée constatant le legs a été transcrite avant que la vente ait été elle-même transcrite, c'est le légataire particulier qui l'emportera.

Par contre, il n'y aurait pas à envisager l'hypothèse inverse. Si le de cujus avait d'abord légué l'immeuble, et qu'ensuite il l'ait vendu, il n'y aurait pas de conflit, pour la raison, que la vente consentie après le legs d'immeuble révoquerait le legs par cela même. Quand une personne ayant fait son testament, dans lequel elle lègue un immeuble, vend ensuite l'immeuble à un autre, la loi considère que le testateur a révoqué tacitement le legs de l'immeuble.

Du conflit entre ayants cause d'auteurs différents. Inapplication du jeu de la transcription

Mais bien entendu, pas plus que pour les mutations à titre onéreux, l'art. 3 ne permet de résoudre le conflit qui se produirait entre personnes tenant leurs droits d'auteurs différents; il faut qu'il s'agisse d'ayants cause du même auteur.

Exemple: le de cujus a légué son immeuble à Pierre, mais l'héritier légal soit dans l'ignorance du legs (on n'a pu découvrir le testament que plus tard) soit de mauvaise foi, aliène ou hypothèque cet immeuble, qui ne lui appartient pas, ayant été légué à un autre. Quand bien même l'acquéreur ou le créancier hypothécaire, qui tiendrait ses droits de l'héritier, aurait transcrit la vente ou inscrit son hypothéque avant que Pierre, le légataire particulier, ait lui-même transcrit son attestation notariée, l'acquéreur ou le créancier hypothécaire ne pourrait opposer son droit à Pierre, parce que l'héritier était sans droit pour aliéner ou hypothéquer. Par conséquent l'aliénation ou l'hy-

Source : BIU Cujas

pothèque n'est pas opposable au véritable propriétaire, le légataire particulier, "nemo dat quod non habet".

Conséquence du caractère déclaratif d'un acte sur la sanction du défaut de transcription de celui-ci

Défaut de transcription des actes déclaratifs.

L'acte déclaratif se distingue de l'acte créateur de droit ; l'acte créateur de droit crée une situation juridique nouvelle, tels une vente, ou une donation, un louage de chose. L'acte déclaratif ne fait que constater une situation juridique préexistante. C'est le cas de la plupart des jugements; un jugement déclare que M. X..est propriétaire de tel immeuble; il ne crée pas le droit de M. X..., il le constate, c'est un acte déclaratif , ce n'est pas un acte créateur de droit.

Mais notre droit fait rentrer dans la catégorie des actes déclaratifs des actes qu'on pourrait considérer comme translatifs: c'est le partage et la transaction. Le décret-loi a soumis les actes déclaratifs à la transcription, à laquelle ils n'étaient pas soumis antérieurement. On doit donc aujourd'hui transcrire les partages, s'ils comprennent des immeubles. Il faut transcrire également la transaction portant sur un immeuble.

Mais quelle est la sanction du défaut de transcription. Nous allons voir que l'art. 3 ou bien ne peut s'appliquer dans certains cas et que, dans d'autres, il ne s'applique que dans des conditions tout à fait particulières.

L'effet déclaratif du partage Nullité de l'hypothèque ou de l'aliénation consentie pendant l'indivision par le coindivisaire dans le lot duquel n'apas été mis l'immeuble indivis

Prenons d'abord le cas du partage. Une succession est échue à trois héritiers, Primus, Secundus, et Tertius. L'immeuble A lors du partage est mis dans le lot de Primus, Le partage doit être transcrit afin de rendre l'acquisition de l'immeuble par Primus opposable aux tiers. En vertu de l'effet déclaratif du partage, Primus est considéré comme tenant tous ses droits sur l'immeuble directement du défunt. Cependant ses cohéritiers ont été copropriétaires avec lui de l'immeuble pendant la période d'indivision. On fait abstraction de cette période. En un mot, Secundus et Tertius sont considérés comme n'ayant jamais eu aucun droit sur l'immeuble mis dans le lot de leur cohéritier Primus.

Supposez que Secundus ait constitué une hypothéque pendant l'indivision sur l'immeuble; en vertu de l'effet déclaratif du partage l'hypothèque de Secundus doit tomber, parce que Secundus est considéré comme n'ayant jamais été propriétaire de l'immeuble. Telle était la solution avant le décret loi.

Le décret loi de 1935 a-t-il changé quelque chose à cette situation? Depuis le décret-loi le partage doit être transcrit. On pourrait songer à admettre que le conflit entre Primus, dans le lot duquel est mis l'immeuble, et le tiers à qui Secundus a aliéné ou hypothéqué l'immeuble, devrait se résoudre au profit de celui

Source : BIU Cujas

qui aurait le premier transcrit ou inscrit. On pourrait dire: si le tiers, le créancier hypothécaire, qui tient ses droits de Secundus a inscrit avant que le partage fût transcrit, il opposera son hypothèque à Primus. Mais une telle solution n'aboutirait à rien moins que détruire complètement l'effet déclaratif, puisqu'un droit constitué par un non propriétaire, par Secundus, serait opposable à Primus dans le lot duquel l'immeuble serait mis. Ce serait supprimer l'effet déclaratif. Or, très certainement le législateur n'a pas entendu supprimer l'effet déclaratif du partage. Par conséquent, à l'heure actuelle encore, depuis le décret-loi, Secundus est toujours considéré comme n'ayant jamais eu aucun droit sur l'immeuble; il n'a pu ni l'aliéner, ni l'hypothéquer valablement: "nemo dat quod non habet". Celui qui tient ses droits de Secundus aura beau avoir fait la publicité, c'est comme s'il n'avait rien fait; de même que celui qui acquerrait en vertu d'une vente un droit d'un individu qui ne serait pas propriétaire.

Sacntion du défaut de transcription du partage : inopposabilité de celui -ci au tiers qui a acquis des droits de l'un des copartageants au lot duquel n'est pas mis l'immeuble

Alors, à quoi sert la transcription du partage? On pourrait soutenir qu'elle est une mesure de pure forme.

Et cependant, il faut tout de même admettre que la transcription du partage a une utilité. Sans doute on ne peut décider que le fait pour celui qui tient ses droits de Secundus d'avoir transcrit le premier rende son acquisition opposable au copartageant Primus, ce serait détruire l'effet déclaratif du partage. Mais il faut dire que le partage non transcrit est inopposable à celui qui tient ses droits de Secundus, en ce sens seulement que ce tiers acquéreur pourra considérer le partage comme non avenu, et demander qu'il soit procédé à un nouveau partage.

Deux situations sont possibles. Premier cas: c'est pendant l'indivision et avant tout partage que Secundus a hypothéqué l'immeuble; le créancier hypothécaire a inscrit son hypothèque avant le partage, par conséquent avant la transcription du partage. Cette inscription du créancier hypothécaire vaut ce qu'on appelle opposition au partage.

Les créanciers des copartageants peuvent en effet faire opposition à un partage, c'est-à-dire exiger qu'ils soient convoqués aux opérations de partage de manière à le surveiller et à faire mettre dans le lot de leur débiteur des biens qui soient saisissables. Le fait que le créancier a inscrit son hypothèque vaut opposition à partage.

Source : BIU Cujas

Dès lors si les copartageants ont fait ce partage sans convoquer le créancier hypothécaire, celui-ci peut faire recommencer le partage. Il peut arriver que dans un partage nouveau effectué sous la surveillance du créancier, l'immeuble sera mis dans le lot de Secondus.

Deuxième cas: c'est une fois le partage effectué que Secundus a hypothéqué l'immeuble qui a été mis dans le lot de Primus. Si le partage a été transcrit avant que l'hypothèque n'ait été elle-même inscrite le créancier hypothécaire ne peut invoquer aucun droit. Primus va l'emporter sur le créancier hypothécaire parce qu'il a transcrit son partage avant que le créancier hypothécaire ait inscrit lui-même. Mais supposons que le créancier hypothécaire ait inscrit avant que le partage n'ait été lui-même inscrit. Le créancier hypothécaire est en droit de méconnaître le partage, de dire qu'il ne lui est pas opposable. Il peut considérer que les cohéritiers sont encore dans l'indivision, et, pour veiller à ses droits, exiger que le partage soit recommencé. Il peut réclamer un nouveau partage dans lequel il peut espérer que l'immeuble sera placé dans le lot de Secundus, ce qui consolidera son droit. Son espoir sera déçu, si le premier partage a été fait régulièrement; mais il peut arriver que le second partage ne soit pas fait sur les mêmes bases que le premier.

Voilà la portée, nous semble-t-il de la transcription. L'obligation de transcrire le partage ne supprime pas l'effet déclaratif, mais le défaut de transcription du partage permet à un tiers qui aurait acquis des droits d'un des copartageants de faire recommencer le partage.

Inapplicabilité de la sanction de l'art.3 aux jugements et aux transactions.

La sanction de l'art. 3 joue dans une certaine mesure en matière de partage. Par contre l'application de la sanction de l'art. 3 aux jugements déclaratifs apparaît impossible.

Exemple: Supposons que Secundus soit en possession d'un immeuble qui est revendiqué par Primus. Primus obtient gain de cause; le tribunal constate qu'il est propriétaire et oblige Secundus à restituer à Primus. Le jugement doit être transcrit, depuis le décret-loi, bien que ce soit un jugement déclaratif. Mais, supposons qu'avant la transcription du jugement Secundus ait hypothéqué l'immeuble à Pierre; Pierre peut-il opposer son droit à Primus? Supposons que Pierre ait inscrit son hypothèque avant que le jugement ait été transcrit par Primus; Pierre peut-il opposer son droit à Primus? Non, certainement, il

Source : BIU Cujas

ne le peut pas, parce que la transcription ne peut couvrir le vice de l'acquisition. Le créancier hypothécaire tient son droit d'une personne qui n'était pas le propriétaire de l'immeuble: "nemo dat quod non habet".

Enfin, il faut donner la même solution en cas de transaction. Primus et Secundus sont en litige au sujet de la propriété d'un immeuble; intervient entre eux une transaction; ils conviennent que l'immeuble sera attribué à Primus, mais que Primus versera une somme d'argent à Secundus. La transaction est un acte déclaratif, dans notre droit, c'est-à-dire que Primus est considéré comme ayant toujours été propriétaire de l'immeuble; on fait abstraction des droits possibles ou éventuels de Secundus. Supposons que Secundus après cette transaction hypothèque l'immeuble à Pierre et que ce dernier inscrive son hypothèque avant que Primus ait fait transcrire la transaction. Est-ce que le créancier hypothécaire qui tient ses droits de Secundus pourra opposer son hypothèque à Primus? Certainement non, parce qu'il tient ses droits d'un individu qui n'était pas propriétaire. Par conséquent il ne peut être question de résoudre ce conflit suivant la priorité de la publicité.

Formes et délais de la transcription.

La forme originaire de la transcription.

La transcription dans sa forme originaire, telle qu'elle était réalisée jusqu'en I92I, était une formalité qui consistait à reproduire littéralement l'acte emportant mutation sur un registre tenu par un fonctionnaire, le conservateur des hypothèques. Jusqu'en I92I, quand on présentait au conservateur des hypothèques une vente d'immeuble ou une donation d'immeuble, il transcrivait littéralement l'acte sur un registre.

La loi de I92I et la forme nouvelle de la transcription.

Aujourd'hui, les choses ne se passent plus ainsi mais la formalité s'appelle tout de même la transcription. Depuis une loi du 24 juillet I92I, qui a modifié la loi de I855, art. I3, la transcription s'opère par le dépôt à la conservation des hypothèques de deux expéditions ou de deux extraits littéraux, absolument conformes au jugement à inscrire. Quand un notaire veut faire transcrire une vente passée devant lui, il doit en dresser deux expéditions sur un papier spécial délivré par l'administration, et il remet ces deux expéditions au conservateur des hypothèques. L'

Source : BIU Cujas

une de ces expéditions est conservée au bureau et se reliée avec toutes le autres. La seconde expédition revêtue de différentes mentions, est restituée à celui qui dépose l'acte, pour démontrer que la formalité a été accomplie.

A la fin de l'année on fait relier tous les actes ainsi déposés, dans l'ordre de dépôt et le conservateur des hypothèques n'a plus qu'à les conserver et délivrer des extraits.

Publicité des registres du conservateur. Les états hypothécaires.

Les registres des conservateurs des hypothèques sont des registres publics en ce sens que toute personne peut demander au conservateur de lui délivrer un extrait de l'acte qui l'intéresse ou un certificat constatant qu'aucun acte n'a été dressé. On peut demander au conservateur si tel immeuble a été vendu ou donné.

Caractère personnel de la publicité.

Les registres des conservateurs sont tenus au nom des propriétaires. Ces noms sont réunis dans des tables alphabétiques. Si l'on demande un extrait au conservateur des hypothèques, il faut indiquer le nom du propriétaire et les noms des propriétaires précédents, pour savoir s'il y a eu des inscriptions, des transcriptions, etc..., si ces propriétaires n'ont pas aliéné, ou s'ils n'ont pas grevé l'immeuble de servitude ou d'hypothèque.

Rôle de conservateur.

Le conservateur des hypothèques ne peut se faire juge de la validité, ni de l'utilité des actes qui lui sont présentés. En Alsace-Lorraine, au contraire le juge qui tient le livre foncier a le droit de refuser les actes qui sont manifestement irréguliers. L'art. 2199 du Code Civil décide que les conservateurs ne peuvent refuser ni retarder la transcription. L'art. 2200 leur prescrit de tenir un registre d'ordre dans lequel ils indiquent au fur et à mesure les remises d'actes dans l'ordre où ces remises leur sont faites.

Responsabilité du conservateur.

Le conservateur des hypothèques est personnellement responsable des erreurs qu'il commet, de l'omission d'un acte, de la perte d'un acte; ou du défaut de mention dans les certificats d'une ou plusieurs inscriptions existantes. Si par sa faute ou la faute de ses employés le conservateur remet un état erroné, il est responsable personnellement.

Innovations du décret-loi de 1935 concernant la forme des actes soumis à

Le décret-loi du 30 octobre 1935 ne s'est pas borné à étendre le domaine de la transcription en soumettant à la publicité des actes qui jusque là lui échappaient, mutations par décès, actes déclaratifs; il exige encore que les actes soumis à cette formali-

Source : BIU Cujas

transcription ou le délai de celle-ci.

té se présentent sous certaines formes et en outre que la formalité ait lieu dans un certain délai.

I)Formes -Leur triple but.

Le législateur en indiquant des règles de forme nouvelle et assez strictes s'est efforcé d'une manière générale, d'assurer l'accomplissement de la transcription dans le triple but d'assurer au Trésor la perception des droits fiscaux auxquels cette formalité donne lieu, d'assurer une publicité intégrale des actes relatifs aux droits immobiliers, et de permettre une mise à jour plus précise du cadastre. Intention louable. Nous verrons si les moyens employés sont absolument satisfaisants.

L'article 2 du décret a ajouté un alinéa à l'article 2 de la loi de 1855: "Sauf pour les actes visés "dans les n°s 4et 5 du présent article, ne sont admis "à la transcription prévue par les dispositions qui "précèdent et l'article Ier que: les actes authentiques, les actes sous signatures privées déposés au "rang des minutes d'un notaire dans les trois mois de "leur signature et les décisions de justice devenues "définitives".

Reprenons cette énumération.

Actes pouvant être transcrits: I°actes authentiques.

En premier lieu sont soumis à la transcription les actes authentiques et spécialement les actes notariés, par exemple une vente ou un partage, un bail de plus de dix-huit ans fait par devant notaire; le notaire doit faire procéder à la transcription.

a)actes notariés, constitutifs de droits réels ou translatifs ou déclaratifs. Attestations notariées.

Constituent des actes authentiques d'un caractère nouveau les attestations notariées qui sont prévues par l'art. I, 5°, attestations destinées à constater les transmissions par décès d'immeubles.

b)jugements de décisionsde justice définitives.

En second lieu sont admis à la transcription les jugements ou décisions de justice devenus définitifs. Les jugements sont des actes authentiques; tous les jugements sont soumis à la transcription. Mais le décret n'admet à la transcription que les décisions de justice devenues définitives, c'est-à-dire qui ne sont plus susceptibles d'une voie de recours ordinaire. Le conservateur des hypothèques a un contrôle à exercer sur ce point, il ne doit admettre à la transcription un jugement qu'autant qu'il lui est justifié qu'aucune voie de recours n'est ouverte.

c)Actes s.s.p. à condition d'être déposés au rang des minutes d'un notaire

Voici maintenant l'innovation capitale du décret: c'est l'exclusion des actes sous seing privé de la transcription. Autrefois, on faisait une vente sous seing privé, on transcrivait la vente telle quelle. L'article 13 de la loi de 1855 prévoit la manière de faire la transcription des actes sous seing privé; il faut que les parties remettent au conservateur deux

Source : BIU Cujas

exemplaires écrits sur le papier spécial fourni par l'administration. Depuis le décret, l'acte sous seing privé sauf deux cas, n'est plus admis par lui-même à la transcription; il n'est plus admis à la transcription que s'il a été déposé au rang des minutes d'un notaire.

La raison de cette disposition est évidemment que l'acte sous seing privé n'a pas paru au législateur présenter des garanties suffisantes d'exactitude. D'autre part, l'expérience avait démontré que bon nombre de mutations, notamment des ventes réalisées sous seing privé, n'étaient pas remises à la transcription. L'expérience a démontré en effet qu'à la campagne surtout, des ventes de pièces de terre avaient lieu par acte sous seing privé et qu'elles n'étaient jamais remises à la conservation des hypothèques en vue de la transcription. On a donc voulu soumettre les actes sous seing privé à la transcription en obligeant les parties à les déposer au rang des minutes d'un notaire.

Exception: Baux et cessions de loyers

En tout cas, le conservateur des hypothèques doit refuser un acte sous seing privé qui lui est présenté sans avoir été déposé au rang des minutes d'un notaire. Exception n'est faite à cette règle que pour deux catégories d'actes: les baux de plus de 18 ans, et les cessions anticipées de loyers équivalant à trois années. La loi admet que ces actes puissent être présentés à la transcription sous leur forme sous seing privé. Mais tous autres actes doivent avoir été déposés au rang des minutes d'un notaire.

Conditions pour que le dépôt fasse acquérir à l'acte caractère authentique

Le dépôt d'un acte sous seing privé au rang des minutes d'un notaire, est une opération connue de la pratique depuis longtemps, bien que jusqu'au décret elle fût relativement peu fréquente; quand on fait un acte sous seing privé c'est qu'on veut se passer du ministère d'un notaire, et généralement on ne dépose pas cet acte sous seing privé chez le notaire. Le dépôt d'un acte sous seing privé au rang des minutes d'un notaire confère à l'acte sous seing privé le caractère d'un acte authentique, à condition que le dépôt ait été fait par toutes les parties qui ont signé l'acte. En ce cas le dépôt s'accompagne généralement d'une reconnaissance d'écriture. Du moment que toutes les parties ont fait elles-mêmes le dépôt, l'acte prend le caractère d'authenticité. Si au contraire le dépôt n'est fait que par l'une des parties, l'acte sous seing privé n'acquiert pas la valeur d'un acte authentique parce qu'on ne sait pas si l'autre partie indiquée à l'acte a bien participé à celui-ci, s'il n'y a pas eu un faux. Le dépôt, s'il n'est réalisé que par une partie, a simplement pour effet de donner date certaine à l'acte.

Source : BIU Cujas

En effet un acte sous seing privé ne fait pas foi de sa date pas lui-même; il fait foi de sa date dans certaines conditions par l'enregistrement ou lorsqu'il est relaté dans un acte authentique; le fait qu'il est déposé au rang desminutes d'un notaire donne date certaine à cet acte. Mais les parties, qui n'ont participé au dépôt de l'acte peuvent toujours méconnaître leurs signatures.

Le décret-loi n'interdit donc pas aux parties de rédiger leurs actes sous seing privé, de faire une vente , un partage, une société sous seing privé; mais pour être transcrit,du moment qu'il s'agit dans cet acte d'immeubles ou de droits réels immobiliers, l'acte doit avoir été déposé au rang des minutes d'un notaire, sans cela, le conservateur des hypothèques devra le refuser.

But et résultat de cette exiggence. Imperfection du décret-loi

Quels avantages le décret ou ses auteurs escomptaient-ils de cette réforme? Dans le rapport qui précède le décret-loi, nous lisons que l'accomplissement de cette formalité de dépôt permettra, par l'entremise indispensable d'un officier public, la vérification de l'identité et de la capacité des parties, l'exactitude de la situation des biens et la régularité de l'origine de propriété. En un mot les auteurs du décret ont estimé que le notaire apporterait à l'acte toutes les corrections qui lui paraîtraient nécessaires. Or, c'est une illusion; le notaire qui reçoit au rang de ses minutes un acte sous seing privé n'a pas àle corriger, il doit le prendre tel qu'il est, avec ses erreurs ou ses omisàions, avec toutes ses imperfections, même s'il y manque des précisions importantes; il n'a rien à ajouter à ce qu'ont déclaré les parties; il peut assurément donner des conseils aux intéressés, mais si les parties ne veulent pas se rendre à ces conseils, le notaire n'a pas le droit de rien changer à l'acte.

Le seul avantage incontestable du dépôt des actes sous seing privé au rang des minutes d'un notaire, c'est que le notaire devra faire procéder à la transcription; c'est pour lui une obligation professionnelle, il a une responsabilité vis-à-vis des parties, et même il encourt une responsabilité d'ordre disciplinaire s'il n'accomplit pas ce devoir. Seulement rien n'oblige les parties à déposer l'acte au rang des minutes d'un notaire si elles ne le veulent pas.

Malgré tout, le système du décret-loi n'est pas satisfaisant. D'abord le décret manque de précision; il ne dit passi l'acte doit nécessairement avoir été déposé aux minutes d'un notaire par toutes les parties; faut-il que toutes les parties s'entendent ou bien l'acte peut-il être déposé par l'une d'elles? Si l'on admet que l'acte

Source : BIU Cujas

doit avoir été déposé par toutes les parties d'accord, qu'arrivera-t-il si l'une d'elles se refuse à faire le dépôt? L'autre devra-t-elle l'assigner devant le tribunal? En tout cas jusqu'à ce qu'un jugement intervienne l'acte ne pourra être transcrit, une fraude sera possible, le vendeur pourra vendre de nouveau l'immeuble à une autre personne et la seconde vente pourra être transcrite avant la première. Il semble dès lors qu'on doive autoriser l'une quelconque des parties à faire le dépôt, à supposer même que l'autre s'y refuse.

Délai du dépôt chez le notaire

Incertitude sur la sanction de ce délai

Le décret exige que le dépôt chez le notaire soit effectué dans les trois mois de la signature de l'acte Mais quelle est la sanction de cette disposition? Le notaire peut-il refuser le dépôt d'un acte qui aurait été rédigé plus de trois mois avant ce dépôt? Certainement non, parce que le dépôt au rang des minutes d'un notaire a toujours son utilité par elle-même. C'est une opération qu'on faisait même avant le décret de 1935 lorsque l'on voulait conférer l'authenticité à l'acte. Par conséquent le notaire n'a certainement pas le droit de refuser le dépôt. Le conservateur des hypothéques devra-t-il refuser la transcription de l'acte ainsi déposé avec retard? Certains auteurs admettent la négative, mais cela paraît bien contraire au texte qui n'admet à la transcription que les actes sous signatures privées déposées au rang des minutes d'un notaire dans les trois mois de leur signature; c'est bien une condition d'admission à la transcription.

Toutefois on peut distinguer. Si l'acte a été déposé par les deux parties, avec retard supposons, au -delà des trois mois, il vaut désormais comme acte authentique.

Or, le décret-loi admet toujours et sans condition à la transcription les actes authentiques; le conservateur des hypothéques n'a pas le droit de refuser l'acte.

Mais par contre si l'acte n'a été déposé que par l'une des parties, il continue à ne valoir que comme acte sous seing privé et comme il n'a pas été déposé dans le délai légal le conservateur des hypothéques a le devoir de refuser de faire la transcription. On se trouvera alors dans cette situation singulière que l'acte sera valable entre les parties et qu'il ne pourra jamais être rendu opposable aux tiers. Il faudra le refaire ou obtenir un acte de confirmation et faire transcrire l'acte de confirmation après l'avoir déposé dans le délai légal.

Il aurait été beaucoup plus simple d'adopter l'un des deux systèmes suivants. Ou bien on aurait exigé que certains actes, notamment les ventes d'immeubles, fussent

Source : BIU Cujas

toujours passées par devant notaire; ce sont des actes suffisamment importants pour qu'on exige qu'ils soient rédigés soigneusement; seulement certains agents d'affaires en auraient souffert...Ou bien on aurait adopté le système applicable dans les trois départements recouvrés (loi du 1er Juin 1924, art. 42)

Le système suivi en Alsace Lorraine

Dans ce système qui en 1924 a remplacé le système antérieur, - car en principe en droit allemand les ventes d'immeubles doivent être des actes authentiques- on a voulu ménager la possibilité de faire des actes sous seing privé, seulement l'acte sous seing privé doit à peine de nullité être transformé en acte authentique dans les six mois qui suivent sa passation. En cas de refus de l'une des parties de se prêter à l'établissement d'un acte authentique, l'autre doit l'assigner en justice pour l'y contraindre, toujours dans le délai de six mois; faute de quoi l'acte est non avenu, même entre les parties. Par conséquent, dans les trois départements recouvrés on peut bien faire une vente par acte sous seing privé; la vente est valable mais si on reste six mois sans transformer la vente en acte authentique, l'acte tombe. Si, dans les six mois, l'acte est passé par devant notaire, la vente sera valable du jour où l'acte sous seing privé aura été rédigé.

Le décret loi n'a donc pas adopté sur ce point une mesure très satisfaisante.

II-Délais de transcription

C'est pire encore s'il s'agit des délais, dans lesquels la transcription doit être faite. Le décret apporte en effet une innovation en fixant un délai dans lequel la transcription doit être opérée. D'après l'art. 1 de la loi de 1855 en ce qui concerne les attestations notariées constatant une mutation par décès, la transcription doit intervenir dans le délai d'un an à dater du décès; pour les jugements, la transcription doit être faite dans les quatre mois du jour où ils sont devenus définitifs , et pour tous autres actes, la transcription doit intervenir dans les quatre mois de leur enregistrement.

Le délai est prolongé au cas où la transcription doit avoir lieu dans plusieurs conservations d'hypothèques: "les délais ci-dessus prévus sont prolongés d'un mois pour chaque conservation en sus de la première".

Intérêt pour l'acquéreur à procéder rapidement à la transcription

Telles sont les innovations du décret de 1935 relativement au délai dans lequel doit être opérée la transcription. Ces dispositions ont soulevé d'unanimes critiques. Jusqu'au décret-loi, aucun délai en effet n'était fixé pour opérer la transcription; la loi se fiait aux parties, qui ont intérêt à transcrire le plus tôt

Source : BIU Cujas

blissement d' un délai par le Décret-loi

possible, afin de rendre l'acte opposable aux tiers et de sauvegarder ainsi leurs droits. Le mieux en cette matière est de s'en rapporter aux parties.

Depuis le décret rien n'est changé à cet égard. Les parties ont intérêt à publier dans le plus bref délai. Mais alors à quoi servent les délais indiqués par la loi? Ces dispositions poursuivent un but purement fiscal: obliger les intéressés à faire la transcription. Seulement il est fâcheux que des préoccupations fiscales aient amené à adopter une disposition qui jette le trouble dans l'application des règles du droit civil, parce qu'elle est de nature à induire les parties en erreur en donnant à croire que les droits des intéressés seront sauvegardés par cela seul que la publicité aura été réalisée dans le délai. Des gens inexpérimentés peuvent s'imaginer que, par exemple, s'ils transcrivent dans le délai de quatre mois à dater de l'enregistrement, leurs droits sont sauvegardés et qu'ils peuvent attendre le dernier jour du délai. Mais ce serait une erreur de leur part; un autre ayant-cause peut transcrire avant eux; il est toujours de l'intérêt de chaque ayant-droit de faire opérer la transcription le plus tôt possible pour sauvegarder ses droits contre un autre ayant-cause plus pressé.

Absence de sanction pour inobservation des délais

Quelle est la sanction de l'inobservation des délais? Il n'y en a pas. Cependant un auteur, M. Josserand, a soutenu que le conservateur des hypothèques doit refuser l'acte présenté tardivement. Mais ce n'est pas l'opinion qui a prévalu, car le texte n'assortit ses dispositions d'aucune sanction. L'administration de l'Enregistrement elle-même, dans l'instruction qui a suivi le décret, a prescrit à ses agents de recevoir les actes même après l'expiration du délai. Alors à quoi sert-il d'avoir indiqué des délais? Ils n'ont que l'inconvénient de tromper les intéressés; c'est une disposition dépourvue de sanction. Il y a simplement une sanction disciplinaire possible contre les notaires qui feraient les transcriptions tardivement, mais il était inutile de prescrire des délais qui n'ont aucune utilité.

Il faut d'ailleurs reconnaître que dans certains cas ces délais sont impossibles à observer, notamment lorsqu'il s'agit d'attestations notariées. On a un an à dater du décès pour les transcrire; souvent ce sera suffisant, mais pas toujours. Par exemple une succession a été ouverte au profit de plusieurs héritiers; en pareil cas on n'a pas à transcrire la mutation par décès, on n'a à transcrire que le partage; mais au bout d'un certain délai, plus d'un an, ils renoncent tous sauf un; il faut transcrire alors, puisqu'il n'y a plus qu'un seul héritier; évidemment l'attestation notariée

Source : BIU Cujas

n'aura pas pu être transcrite dans le délai d'un an; cela n'a pas d'importance, il n'y a pas de sanction. Ou bien encore on découvre au bout de deux ou trois ans un testament qui institue un légataire universel, alors que les héritiers s'étaient mis en possession; forcément l'attestation notariée n'aura pu être transcrite dans l'année du décès.

Quelques mots d'appréciation sur notre régime de publicité foncière.

Les critiques adressées à notre régime de publicité foncière

Notre système de publicité foncière a encouru un certain nombre de critiques qui lui ont été faites depuis longtemps. Il en est une qui n'a plus de raison d'être: c'est celle de ne pas soumettre à la publicité toutes les mutations immobilières, par conséquent de laisser subsister des lacunes dans la chaîne des propriétaires. Cette critique n'a plus de raison d'être depuis le décret-loi qui a soumis à la transcription les mutations par décès et les actes déclaratifs. On pourrait souhaiter cependant que la loi assurât d'une manière plus efficace la publicité des jugements prononçant la résolution, la nullité ou la rescision d'un acte transcrit. Aujourd'hui ces jugements doivent être mentionnés en marge de l'acte transcrit, mais l'absence de mention en marge entraîne simplement une sanction contre l'avoué négligent; le transfert de propriété est tout de même opposable aux tiers; on pourrait souhaiter qu'il y eût une sanction d'ordre civil, que le retransfert de la propriété ne fût pas opposable aux tiers tant qu'il n'y aurait pas transcription du jugement; ce serait une réforme à effectuer.

Au point de vue de la distinction du transfert entre les parties et à l'égard des tiers

On a adressé à notre système de publicité une seconde critique. Ce système, dit-on, est illogique et incommode. Il est contraire à la logique de considérer la propriété comme transférée vis-à-vis de certains dès l'instant de la conclusion du contrat, alors qu'elle n'est transférée vis-à-vis de certains tiers qu'au jour de la transcription. Une vente est parfaite entre les parties ou vis-à-vis des créanciers chirographaires dès le jour de la passation du contrat; elle n'est opposable aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble qu'au jour de la transcription. Il y a là quelque chose d'illogique, et d'assez peu conforme au caractère absolu du droit de propriété, opposable à tous.

au point de vue des personnes qui peuvent se prévaloir du défaut de transcription

La critique est de pure forme. Il n'en est pas moins vrai que le système actuel manque de cohésion. Pourquoi les tiers qui peuvent opposer le défaut de transcription d'une vente, d'une donation, sont-ils différents de ceux qui peuvent opposer le défaut de transcription d'un acte à titre onéreux? Pourquoi la liste est-elle plus

Source : BIU Cujas

longue pour les donations que pour les actes à titre onéreux. Cela s'explique par l'histoire, mais c'est injustifiable du point de vue théorique et du point de vue pratique. Il est extrêmement fâcheux notamment que les créanciers chirographaires ne puissent opposer le défaut de transcription d'un acte à titre onéreux. Ce principe a reçu des tempéraments, malgré lesquels la loi demeure incohérente, puisque d'une part elle permet aux créanciers chirographaires d'opposer le défaut de transcription d'une donation, et que d'autre part les créanciers chirographaires ne peuvent opposer le défaut d'inscription d'une vente

Critique du caractère personnel de la publicité

Une autre critique faite à notre système actuel tient à l'organisation même des registres de publicité Ces registres sont tenus par noms de personnes. Pour obtenir des renseignements sur la situation d'un immeuble, il faut faire connaître au conservateur des hypothèques le nom du propriétaire actuel et même, quand on veut être exactement renseigné, les noms des propriétaires antérieurs, afin de savoir s'il n'y a pas une lacune dans les mutations de propriété. De là de grandes complications, des chances d'erreurs, car le conservateur des hypothèques, qui peut se trouver en présence de nombreux homonymes, risque de se tromper si on ne lui indique pas d'une façon très précise l'état civil des gens qui sont les propriétaires actuels, ou les précédents propriétaires. Ajoutons à cela qu'un immeuble a pu être divisé entre plusieurs copartageants, dont il faudra connaître les noms. Évidemment la loi du 24 Juillet 1921 exige que, dans tous les actes soumis à transcription, les parties soient désignées de manière très précise en ce qui concerne leur état civil C'est un palliatif qui n'est quelquefois pas suffisant.

les remèdes proposés

Pour supprimer les inconvénients de ce système, on a proposé d'instituer, comme dans certainspays, le livre foncier à feuillets réels. Dans ce système, qui fonctionne dans certains pays étrangers et dans certaines de nos colonies, chaque immeuble fait l'objet d'un feuillet sur lequel sont portés tous les caractères de l'immeuble, ses limites, avec plan cadastral s'il y a lieu; chaque mutation de propriété, chaque constitution de droits réels intéressant l'immeuble est portée sur le feuillet, de telle sorte que si l'on veut avoir un renseignement sur telle maison située telle rue, tel numéro, ou sur telle pièce de terre, il suffit de se reporter au feuillet de l'immeuble, on y trouve tous les renseignements intéressant cet immeuble. La Commission de réforme de 1891 avait proposé d'introduire ce régime en France. Le malheur est que ce système des feuillets

Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

réels est presqu'impossible à réaliser en France, pays de petite propriété; il exigerait un travail considérable, extrêmement coûteux, la réfection du cadastre. La meilleure preuve c'est que l'administration allemande n'a pas pu établir ce régime dans les départements d'Alsace Lorraine; elle avait essayé de le faire, elle a dû y renoncer; l'Alsace-Lorraine est aussi un pays de petite propriété, très morcelée, si bien que le système qui fonctionne dans les trois départements recouvrés est un système de feuillets personnels, dont voici un aperçu.

Le système suivi en Alsace Lorraine.

Le livre foncier

Il est tenu un Livre foncier pour chaque commune. Les livres fonciers sont réunis au greffe du tribunal. Dans chaque commune on ouvre un feuillet au nom de chaque propriétaire, avec indication des différents immeubles dont il peut être propriétaire dans la commune. Sur ce même feuillet, il existe trois colonnes, l'une relative aux mutations de propriété, l'autre relative aux droits réels, servitudes par exemple, et une troisième relative aux hypothèques. En face de chaque immeuble on indique les renseignements, les mutations dont cet immeuble peut avoir été l'objet, si bien qu'en consultant le registre au nom de chaque propriétaire on voit immédiatement sur le feuillet la situation hypothécaire ou foncière de ce propriétaire.

Le principe relatif de l'inscription au livre foncier

Il est, en tout cas, une réforme possible qu'il est bien regrettable que le décret-loi de 1935 n'ait pas réalisée; On devrait introduire dans notre doit un principe qui existe dans nos trois départements recouvrés et qu'on appelle le principe relatif de l'inscription.

Il est consacré par l'article 44 de la loi du 1er Juin 1924 sur l'introduction du droit civil français dans les trois départements recouvrés. En vertu de ce texte, le titulaire d'un des droits soumis à publicité, ne peut être inscrit avant que le droit de son auteur immédiat n'ait été lui-même inscrit. On présente une vente à l'inscription au livre foncier; la première chose que fait le juge foncier c'est de vérifier si le vendeur a été lui-même inscrit; s'il s'aperçoit que le vendeur n'a pas été inscrit, il fait d'abord rectifier, c'est-à-dire inscrire le vendeur, de telle sorte qu'il n'y ait pas de lacune dans les transmissions de propriété. Le titulaire d'un droit ne peut être inscrit avant que le titulaire précédent n'ait été lui-même inscrit. Cela peut éviter une situation qui est de nature à se présenter dans notre régime de la loi de 1855. Voici cette situation. Supposez qu'un acheteur imprévoyant ne transcrive pas; dans le système de la loi de 1855, il peut entrer dans la circulation un droit de propriété imparfait dont le vice ne se révèlera peut-être qu'à la suite de plusieurs mutations.

Source : BIU Cujas

Exemple: Pierre vend à Primus, qui ne transcrit pas; Primus vent à Secundus qui transcrit son acquisition; ensuite Pierre ou son héritier a vendu l'immeuble une seconde fois à Jean, qui transcrit. Qui va l'emporter? Supposons que Secundus qui a transcrit l'a fait avant que Jean ait lui-même transcrit; C'est Jean qui néanmoins va l'emporter. En effet, Secundus n'a pas plus de droits que son auteur immédiat, Primus; or, Primus qui n'a pas transcrit n'aurait pas pu l'emporter sur Jean qui a transcrit. Secundus, bien qu'il ait transcrit pour son compte, aurait dû faire faire la transcription pour le compte de Primus, il sera primé par Jean bien que celui-ci ait transcrit après lui.

Voilà une situation qui n'existerait pas si l'on admettait dans notre droit le principe relatif de l'inscription, car le conservateur des hypothèques en recevant la vente de Secundus aurait vérifié si Primus avait lui-même transcrit et il aurait exigé que la vente consentie à Primus fût transcrite avant la vente à Secundus.

Publicité des ventes mobilières

Le principe de la transmission conventionnelle des meubles. Exception apparente dans l'art. 1141 - Explication de ce texte par 2279

En matière mobilière comme en matière immobilière, le principe est que la propriété est transférée par simple consentement, et même ce principe a plus d'importance en matière mobilière qu'en matière immobilière, parce qu'il ne comporte pas l'exception de la publicité. En principe en matière mobilière, la propriété est transférée par simple consentement erga omnes.

Les articles 1138 et 1583 posent un principe général applicable en matière mobilière et immobilière, mais un texte pourrait donner l'impression contraire, c c'est l'art. 1141, ainsi conçu: "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". Ce texte ne veut-il pas dire qu'en matière mobilière la tradition est exigée, puisque celui qui est mis en possession est préféré, quand bien même, de par son titre, il serait postérieur en date? Le même meuble a été vendu à Primus et à Secundus; Secundus est mis en possession; bien que son titre soit postérieur en date à celui de Primus, c'est

Source : BIU Cujas

lui qui est préféré, qui est propriétaire, à une condition c'est qu'il soit de bonne foi.

Il semblerait que d'après ce texte celui qui est propriétaire c'est celui qui a reçu tradition.

En réalité l'art. 1141 fait tout simplement application, au profit de celui qui est mis en possession de la règle "en fait de meubles la possession vaut titre". La propriété a bien été transférée au premier acheteur en vertu de la règle que la propriété est transférée par simple consentement, mais le second acquéreur qui est mis en possession bénéficie de la règle de l'art. 2279; il peut résister victorieusement à la revendication du propriétaire, mais à une condition c'est qu'il ait été de bonne foi, qu'il ait ignoré que la chose n'appartenait plus au vendeur. Il ne s'agit donc pas d'une exception à la règle du transfert de la propriété par simple consentement.

Exception au principe du transfert conventionnel en ce qui concerne les choses de genre

Cette règle que la propriété mobilière est transmise par le simple consentement reçoit une dérogation, qui est d'une application pratique fréquente, lorsque la vente porte sur une chose de genre, tant d'hectolitres de blé, tant de marchandises à prendre dans un magasin, tant d'animaux à choisir dans un troupeau, en matière commerciale ces ventes sont très nombreuses. En pareil cas le transfert de la propriété ne peut résulter de la simple convention puisque la chose vendue n'est pas individualisée; il faut attendre la livraison pour qu'il y ait individualisation et transfert de la propriété.

En principe il n'y a pas de publicité en matière mobilière, rien d'analogue à ce qui constitue notre transcription en matière immobilière.

Meubles dont le transfert de propriété est exceptionnellement soumis à publicité

Cependant en ce qui concerne certains meubles de grande valeur, la loi a organisé une publicité analogue à notre transcription. Il en est ainsi d'abord pour les navires. Il existe pour eux une mesure de publicité semblable à la transcription; c'est la mutation en douane qui se fait au port d'attache du navire. De même pour les bateaux de rivière, la loi prescrit une mesure de publicité en cas d'aliénation, une immatriculation sur un registre tenu au tribunal de commerce du lieu où le bateau est immatriculé. Enfin les aéronefs (loi du 31 mai 1924) doivent en cas d'aliénation faire l'objet d'une inscription sur un registre d'immatriculation tenu au port d'attache de l'aéronef. Dans ces cas la règle est la même qu'en matière immobilière, transfert de la propriété entre les parties par simple consentement la publicité n'étant exigée que pour rendre l'aliénation opposable aux tiers.

D'autre part, la loi a institué certaines mesures de publicité en ce qui concerne certains meubles incorporels notamment pour les brevets d'invention et les marques de fabrique. Une publicité doit être faite à l'Office

Source : BIU Cujas

national de la propriété industrielle.

En matière de fonds de commerce, la loi prescrit une publicité, mais ce n'est pas une publicité destinée à rendre la vente opposable aux tiers, c'est une publicité qui est faite simplement dans l'intérêt des créanciers

LES MODES D'ACQUISITION DE LA PROPRIETE OU DES DROITS REELS FONDES SUR LA POSSESSION.

Quatre questions seront étudiées:

I- La possession en général et ses conséquences juridiques.

26 Acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi.

3- La prescription acquisitive ou usucapion.

4- Modes d'acquisition de la propriété mobilière fondés sur la possession.

§ I - La possession en général et ses conséquences juridiques.

Siège de la matière.

Le Code Civil ne s'occupe de la possession qu'à l'occasion de la prescription (art. 2228 et suivants). C'est une mauvaise méthode. Sans doute la prescription est une des conséquences lesplus importantes de la possession, mais ce n'est pas la seule.

Définition de la possession. Art. 2228. Possession des choses corporelles et possession des choses incorporelles.

Voyons la définition que donne l'art. 2238 de la possession: "La possession est la détention ou "la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous te- "nons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un "autre qui le tient ou qui l'exerce en notre nom".

Il faut décomposer la formule.

I° La possession est la détention d'une chose que nous tenons par nous-mêmes ou par un autre qui la tient ou l'exerce en notre nom. La loi entend ici la possession d'une chose corporelle, correspondant au droit de propriété; par exemple au su et au vu de tous je cultive un champ, j'en coupe les récoltes, je le laboure, en un mot je me comporte vis-à-vis de ce champ comme un propriétaire, j'en ai la possession.

Source : BIU Cujas

2° La possession est la jouissance d'un droit, que nous exerçons par nous-mêmes ou par un autre qui l'exerce en notre nom. La loi entend par là la possession d'une chose incorporelle, d'un droit réel autre que la propriété. Par exemple je passe habituellement sur le fonds de mon voisin, parce que cela m'est plus commode pour l'exploitation de mon terrain, je me comporte comme le titulaire d'une servitude de passage, je suis en possession d'une servitude sur le fonds voisin.

Cette distinction que reproduit l'art. 2228 entre possession des choses corporelles et possession des choses incorporelles remonte au droit romain, et on y reconnaît une conséquence de la confusion qui s'était établie entre le droit de propriété et son objet. En réalité la possession est toujours de même nature, qu'elle s'applique au droit de propriété ou à d'autres droits réels. Celui qui se comporte comme propriétaire vis-à-vis d'une chose exerce un droit, le droit de propriété, de même que celui qui passe sur le fonds voisin exerce un droit, le droit de servitude; il s'agit toujours de droits.

Finalement la seconde partie du texte aurait suffi: la possession c'est la jouissance d'un droit (droit de propriété ou autre) que nous exerçons par nous-mêmes ou par un autre qui l'exerce en notre nom.

Distinction de la possession et du droit.

A quoi sert-il de s'occuper de la possession? La possession ne se confond-elle pas avec le droit lui-même? Celui qui possède un champ n'en est-il pas le propriétaire? Celui qui passe sur le fonds voisin n'est-il pas le titulaire d'une servitude de passage? Cela est exact dans la plupart des cas, mais pas toujours. Celui qui possède un champ n'en est pas nécessairement le propriétaire; il peut être un usurpateur, ou encore une personne qui a acquis de bonne foi le champ d'un individu qui n'en était pas le véritable propriétaire. A l'inverse, le propriétaire d'un champ peut très bien n'en avoir pas la possession. De même on peut exercer un droit réel,(servitude) sans en être le titulaire; on passe habituellement sur le fonds du voisin, mais peut être est-ce un abus que le propriétaire jusqu'ici a toléré ou ignoré. La possession est donc en droit et en fait quelque chose de distinct de la propriété.

Effets juridiques de la possession.

La loi attache à la possession des effets juridiques importants.

I° La loi protège la possession par elle-même.

2° Elle attache à la possession dans certaines conditions la prérogative de conduire à l'acquisition

Source : BIU Cujas

de la propriété ceux qui, n'étant que possesseurs, n'avaient pas jusque là la propriété.

I-La protection de la possession. Les actions possessoires.

I° La loi protège la possession par elle-même.

Tout d'abord lorsqu'un possesseur est troublé dans la jouissance de la chose qu'il possède, il peut faire cesser ce trouble sans être obligé de démontrer qu'il est propriétaire ou titulaire du droit réel; par cela seul qu'il est troublé dans l'exercice de son droit, la loi lui donne, s'il s'agit de la possession d'un immeuble ou d'un droit réel immobilier, des actions destinées à faire cesser le trouble et qu'on appelle les actions possessoires, actions dans lesquelles il n'a qu'une chose à prouver: sa possession, sans avoir à démontrer sa propriété. Du moment qu'il aura démontré sa possession, il obtiendra du juge de paix une décision qui enjoindra à l'auteur du trouble de faire cesser celui-ci.

Présomption de propriété attachée au fait de la possession.

D'autre part, la possession est protégée pour elle-même en ce sens que le possesseur est présumé propriétaire tant que la preuve du contraire n'est pas faite. Si donc je suis possesseur et qu'un autre prétend qu'il est le véritable propriétaire, il devra exercer contre moi l'action pétitoire en revendication et démontrer qu'il est véritablement le propriétaire; s'il ne fait pas cette preuve, sa demande sera rejetée.

Fondement de la protection possessoire

Mais ici une question se pose: pourquoi la loi assure-t-elle à la possession une protection spéciale indépendamment de la propriété? Ne risque-t-on pas ainsi de protéger un usurpateur à l'encontre du véritable propriétaire?

Différentes raisons justifient la solution légale. La protection accordée à la possession par elle-même s'explique d'abord par le désir de maintenir l'ordre dans la société. La possession est un état de fait; or, on ne peut admettre que cet état de fait soit troublé impunément. Si une personne prétend avoir un droit sur l'immeuble qui est possédé par une autre, cette personne ne doit pas se faire justice à elle-même, elle doit s'adresser à la justice, et intenter son action en revendication.

Cette protection accordée à la possession s'explique par une autre raison ; c'est qu'en protégeant la possession on protège en même temps presque toujours la propriété, puisque dans la grande majorité des cas le possesseur est en même temps le propriétaire, ou le titulaire du droit réel. Le propriétaire trouve donc dans la protection possessoire un moyen rapide et commode de défense contre les usurpations, contre les troubles. Il n'a pas besoin de faire la preuve de sa propriété, il lui suffit de prouver qu'il est en possession. Si l'au-

Source : BIU Cujas

teur du trouble soutient qu'il est propriétaire, il devra intenter l'action en revendication.

2° L'acquisition de la propriété mobilière ou immobilière par la possession

2°- La possession comporte cette prérogative qu'elle conduit à l'acquisition de la propriété, sous certaines conditions.

Si la possession porte sur une chose mobilière n'appartenant à personne, elle donne au possesseur la propriété par voie d'occupation. S'il s'agit d'une chose appropriée, la possession met le possesseur à l'abri de la revendication du propriétaire, à la condition qu'il soit de bonne foi, par application de la règle "en fait de meubles la possession vaut titre". En matière immobilière la possession produit un double effet; lorsqu'elle se prolonge pendant un certain temps qui est variable suivant que le possesseur est ou non de bonne foi, elle rend le possesseur propriétaire; c'est la prescription acquisitive, appelée aussi du nom romain "usucapion". D'autre part, lorsque le possesseur est de bonne foi, la possession permet au possesseur d'acquérir les fruits de l'immeuble possédé sans avoir à les restituer au véritable propriétaire en cas de revendication.

A quelles conditions est-on possesseur?

Les deux éléments de la possession

De longue date, et avec les Romains, on décide que la possession exige la réunion de deux éléments: un élément matériel, le corpus, et un élément intentionnel l'animus.

1-Elément matériel: le corpus

Le corpus, c'est le pouvoir, la maîtrise que nous avons sur une chose. Il comprend tous les actes matériels qui peuvent être faits sur la chose, le fait de cultiver un champ, d'habiter une maison - s'il s'agit d'un droit de passage, le fait de passer.

2-Elément intentionnel:l'animus domini

Mais le corpus ne suffit pas à lui seul à constituer la possession; un élément intentionnel doit se joindre à lui, c'est l'animus. La définition de l'animus a soulevé d'ardentes controverses. A cette détermination du caractère juridique de l'animus est attaché en effet le souvenir d'une polémique célèbre entre deux jurisconsultes allemands, Ihering et Savigny, polémique qui n'est pas restée dans le domaine purement doctrinal, mais qui a eu des répercussions en législation. C'est ainsi que le Code civil allemand s'est prononcé pour la conception de Ihering. Nous verrons au contraire que le droit français est fidèle à une conception très ancienne, peut-être à la conception romaine, la conception de l'animus domini. Dans notre droit civil il est incontestable que l'animus c'est l'intention de se comporter en propriétaire vis-à-vis de la chose (ou en titulaire du droit s'il s'agit de l'exercice d'un

Source : BIU Cujas

droit autre que la propriété). C'est ce que l'on appelle l'animus domini.

Distinction entre la détention matérielle et la possession

Si cet animus fait défaut, il n'y a pas possession il peut y avoir détention matérielle, il n'y a pas possession. Un exemple simple : étant dans un magasin, une personne prend un objet, le manie, l'examine le détient matériellement, cette personne n'en est pas possesseur, parce qu'elle n'a pas l'intention de se comporter vis-à-vis de cet objet en propriétaire; elle en a la simple détention matérielle. Supposez, au contraire, que cette personne soit un voleur, qui met l'objet dans sa poche, quitte le magasin sans payer; ce voleur est un possesseur, parce qu'il se comporte vis-à-vis de la chose comme s'il en était propriétaire; il a bien l'animus domini; le voleur, l'usurpateur, s'il s'agit d'un immeuble, est bien un possesseur.

Tels sont les éléments constitutifs de la possession. Mais si l'on s'en était tenu là, il y aurait eu un criterium incommode, peu pratique, puisque dans chaque hypothèse, il aurait fallu examiner, non seulement si le prétendu possesseur avait exercé les actes matériels sur la chose, mais encore s'il avait exercé ces actes avec l'intention de se comporter en propriétaire, recherche d'intention parfois difficile. C'est pourquoi notre législation a employé un moyen plus objectif.

Le Code civil a déterminé objectivement toutes les personnes qui ne sont pas des possesseurs et qui n'ont pas la qualité de possesseurs, comme n'ayant pas ou n'étant pas présumées avoir l'animus domini. Ce sont toutes les personnes qui possèdent pour autrui et que l'on appelle des détenteurs ou possesseurs précaires, pour les distinguer des possesseurs véritables.

A la possession, on oppose, en effet, la détention ou possession précaire. Le principe est posé dans l'art.2229. Il dit que, pour pouvoir prescrire, il faut une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque et à titre de propriétaire. Mais l'intention du législateur est précisée dans l'art. 2236 : "Ceux qui possèdent pour autrui ne prescrivent jamais , par quelque laps de temps que ce soit". La prescription est, en effet, une des conséquences de la possession; l'art. 2237 nous dit que ceux qui possèdent pour autrui ne prescrivent jamais, par quelque laps de temps que ce soit, parce que ce ne sont pas des possesseurs, parce qu'ils possèdent pour autrui et n'ont pas l'animus domini. Le

Source : BIU Cujas

texte ajoute : " Ainsi le fermier, le dépositaire, l'usufruitier, et tous autres qui détiennent précairement la chose du propriétaire, ne peuvent la prescrire".

Ne sont donc pas des possesseurs véritables le fermier, le dépositaire, l'usufruitier, auxquels on peut ajouter le créancier gagiste, l'emprunteur d'une chose, l'administrateur de la chose d'autrui tel que le tuteur, ou le mari administrateur des biens de sa femme. Tous possèdent pour autrui; ils reconnaissent la maîtrise d'autrui; ils sont de simples détenteurs. En pareil cas, le possesseur véritable, c'est le propriétaire de la chose, qui possède, par l'intermédiaire de l'usufruitier, du fermier, du créancier gagiste, etc...

Les possesseurs

Au contraire, sont des possesseurs, tous ceux qui agissent en qualité de propriétaires, qui détiennent une chose par exemple en qualité d'acheteurs, de donataires, de légataires, même, si le titre qui leur a conféré leur droit émane d'un non propriétaire.

Bien plus, sont des possesseurs, les usurpateurs ou les voleurs, parce qu'il n'y a pas de gens qui se comportent mieux qu'eux en véritables propriétaires de la chose.

Intérêt de la distinction entre possession et détention

Il y a un intérêt considérable à distinguer la possession précaire ou détention de la véritable possession. La possession précaire ne conduit pas à la propriété. D'autre part, elle ne confère pas la protection possessoire, sauf cependant, d'après la jurisprudence, en cas de dépossession violente, auquel cas le simple possesseur précaire peut exercer une action possessoire qu'on appelle la réintégrande. Hors cette hypothèse de dépossession violente, le simple détenteur ne jouit pas de la protection possessoire. Seul le possesseur peut exercer les actions possessoires et notamment les deux qui lui sont spéciales: la complainte et la dénonciation de nouvel oeuvre.

Toute autre est la législation allemande ou la loi suisse. Elles se sont ralliées à la thèse de Ihéring. Dans ces législations, on ne fait pas la distinction de la détention et de la possession. Pour Ihéring, l'animus, ce n'est pas l'intention de se comporter en propriétaire, c'est l'intention d'être possesseur. Par conséquent, on peut dire que, dans ces législations, toute personne qui détient matériellement la chose, bénéficie de la protection possessoire et des avantages de la possession. C'est ainsi que l'art. 919 du Code civil suisse nous dit que celui qui a la maîtrise effective de la chose en a la possession.

Source : BIU Cujas

Il n'est pas besoin qu'il ait l'intention de se comporter en propriétaire; du moment qu'il a la maîtrise effective de la chose, il est possesseur et bénéficie de la protection possessoire.

Le possesseur, en droit français, doit non seulement exercer sur la chose des actes de maîtrise, mais les exercer avec l'intention de les exercer en propriétaire ou titulaire du droit.

Les quatre qualités que doit présenter la possession pour produire des effets juridiques.

La possession, telle que nous venons de la définir, ne confère les avantages juridiques qui y sont attachés, que lorsqu'elle présente certaines qualités. Ces qualités sont indiquées dans l'art. 2219, à propos de la prescription. Mais ces qualités sont également exigées pour l'exercice des actions possessoires dans l'art. 23 C.Pr.C. L'art. 2229 dit: " Pour pouvoir prescrire, il faut une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque et à titre de propriétaire". L'absence de ces qualités constitue un vice de la possession.

En réalité, de cette énumération de l'art. 2229 il n'y a lieu de retenir que quatre qualités : continue, paisible, publique et non équivoque. La loi dit: à titre de propriétaire, mais quand la possession n'a pas lieu à titre de propriétaire, elle n'est plus la possession, elle est la simple détention, la possession précaire; or, nous étudions ici les qualités exigées de la possession véritable. Quant à la qualité résultant de la non interruption,"la possession doit être non interrompue", elle ne s'applique pas à la possession, mais elle s'applique plutôt à la prescription, ou en tout cas, c'est une des conditions de la prescription.

Retenons donc les quatre qualités essentielles que doit présenter la possession, faute de quoi elle est viciée et ne peut conduire à la prescription ni justifier la protection possessoire: la possession doit être continue, paisible, publique et non équivoque.

1) La possession doit être continue

La possession doit être continue: cela veut dire que les actes matériels de possession doivent être aussi rapprochés que le comporte l'exercice normal du droit possédé. Une possession, qui ne se traduit que par des faits intermittents, est une possession discontinue, viciée. Par exemple, une personne a exercé quelques actes de possession sur un terrain ou sur un champ, mais elle ne le fait pas habituellement, normalement, comme doit le faire un propriétaire; ce n'est pas une possession qui puisse mener à la prescription. Au contraire, une personne cultive habituellement un champ, elle fait sur ce champ tous les actes

Source : BIU Cujas

nécessaires à sa mise en culture, elle laboure, elle sème, elle récolte, elle est un véritable possésseur, sa possession est continue. Il n'est pas besoin d'ailleurs que le possesseur soit en contact permanent avec la chose; il faut, et il suffit qu'il se comporte vis-à-vis d'elle comme le ferait un propriétaire. Par exemple, s'il s'agit de la possession d'un bois, la possession sera continue si elle se manifeste par des coupes, même espacées de plusieurs années, à la condition qu'elles soient conformes à l'aménagement du bois. Les Romains avaient fort bien compris cela lorsqu'ils faisaient la distinction des pâturages d'hiver et des pâturages d'été; pendant l'hiver, certains pâturages sont abandonnés, le possesseur n'est pas en contact avec eux, il y mène des troupeaux à la belle saison; néanmoins, sa possession était considérée comme continue.

2) Possession paisible

En second lieu, la possession doit être paisible. la possession paisible s'oppose à la possession violente. Les actes de violence (art.2223) ne peuvent fonder, non plus, une possession capable d'opérer la prescription. La possession utile ne commence que lorsque la violence a cessé. Celui qui se met en possession par la violence et s'y maintient, ne se comporte pas en véritable propriétaire.

3) Publique

Troisièmement, la possession doit être publique c'est-à-dire non entachée de clandestinité. Il faut que les actes matériels de jouissance et d'usage s'accomplissent ouvertement au grand jour; un propriétaire ne se dissimule pas pour user de sa chose. Or, le possesseur doit agir comme un propriétaire.

1)Non équivoque

Enfin, la possession doit être non équivoque, c'est à-dire que les actes du possesseur ne doivent laisser aucun doute sur son intention de se comporter en propriétaire. En un mot, il doit être certain que les actes du possesseur sont des actes qu'il accomplit avec la volonté de se comporter en propriétaire. Par exemple un copropriétaire d'un terrain indivis a, pendant trente ans, usé de cette chose, fait des dépôts de matériaux, passé sur la chose; ces actes d'usage ne suffisent pas à constituer le possesseur exclusif; la possession pourra être considérée comme équivoque, parce qu'un copropriétaire peut, en cette seule qualité faire certains actes d'usage sur la chose indivise. Il sera donc impossible d'établir s'il a agi comme copropriétaire, ou comme propriétaire exclusif, la possession sera équivoque.

Supposez, au contraire, qu'il se soit installé lui seul, sur l'immeuble, qu'il ait fait défonse à toute autre personne, y compris ses coindivisaires, d'user

Source : BIU Cujas

de la chose, ici, sa possession n'est plus équivoque, il se comporte en véritable et exclusif propriétaire.

De même, sera équivoque la possession d'un administrateur de biens d'autrui: un mari, administrateur des biens de sa femme, ne pourra pas dire qu'il en avait la possession exempte de vice: sa possession sera équivoque, parce que, s'il s'est servi de la chose, s'il a exercé sur cette chose, des droits, on peut dire qu'il les a exercés, autant en qualité d'administrateur qu'en qualité de propriétaire.

Acquisition et perte de la possession

Acquisition ou perte de la possession par la réunion dans la même personne des deux éléments constitutifs

La possession s'acquiert, en principe, par la réunion, dans la même personne, des deux éléments constitutifs, le corpus et l'animus. Une personne s'installe sur un terrain, le cultive, elle a, tout à la fois le corpus et l'animus, elle acquiert la possession de cette chose.

La possession peut s'acquérir, d'ailleurs, par l'intermédiaire d'un représentant, sinon, les enfants en bas âge ou les fous, ne pourraient jamais devenir possesseurs.

La possession se perd normalement par la disparition de ses deux éléments constitutifs, le corpus et l'animus. Une personne vend son immeuble et livre cet immeuble à l'acheteur, il y a, tout à la fois perte du corpus et perte de l'animus, la possession est perdue.

Perte par la disparition de l'animus

Mais la perte de la possession peut résulter de la disparition du simple élément intentionnel. Par exemple une personne vend son immeuble, mais est maintenue à titre de locataire: elle conserve le corpus, mais elle n'a plus l'animus, elle possède pour autrui (constitut possessoire) et, par conséquent, elle a perdu la possession.

Conservation de la possession par le seul animus

Par contre, la perte du seul élément corporel ne suffit pas, tout au moins en matière immobilière, à faire perdre la possession, du moment que l'on conserve l'animus. C'est ce qu'a décidé la Cour de Cassation, le 27 mars 1929 (D.H.1930.II.150). La Cour de Cassation décide que la possession, une fois acquise au moyen d'actes matériels accomplis animo domini, peut se conserver par la seule intention du possesseur et elle est réputée subsister tant qu'elle n'est pas abandonnée volontairement par son titulaire ou détruite par une autre possession effective et contraire. Par contre, si un tiers s'installe sur l'immeuble

Source : BIU Cujas

et le possède pendant un an, c'est lui qui devient le possesseur (art.2233 du Code Civil, 23 du Code de procédure).

Nous allons étudier certaines conséquences de la possession au point de vue de l'acquisition de la propriété:

1) - l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi,

2) - l'acquisition de la propriété et des droits réels immobiliers, par la prescription acquisitive ou usucapion,

3) - les modes d'acquisition de la propriété mobilière, fondés sur la possession.

§ 2. - Acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi.

Hypothèse. Le possesseur condamné sur l'action en revendication doit-il restituer les fruits? Distinction, suivant qu'il est de bonne ou de mauvaise foi

Supposons qu'une personne qui n'était pas propriétaire a possédé un immeuble pendant un certain laps de temps et en a recueilli les fruits, fruits naturels ou civils. Puis, le véritable propriétaire revendique son immeuble et évince le possesseur. Celui-ci doit assurément restituer l'immeuble, mais doit-il aussi restituer les fruits perçus pendant sa possession ou leur valeur, fruits qui devaient appartenir au véritable propriétaire ? Cette obligation de restituer les fruits pourrait etre fort lourde pour le possesseur, surtout si sa possession avait duré plusieurs années, d'autant plus lourde que les fruits servent à faire vivre celui qui les perçoit; les fruits naturels sont consommés ou vendus, les fruits civils sont dépensés chaque année, ce sont des revenus. C'est pourquoi le Code civil fait une distinction, qu'il a empruntée au droit romain, suivant que le possesseur était de bonne ou de mauvaise foi. Si le possesseur était de mauvaise foi, n'était qu'un usurpateur, sachant qu'il n'était pas propriétaire de l'immeuble qu'il a dû restituer, le possesseur doit restituer entièrement les fruits, ou leur valeur; peu importe qu'il les ait consommés ou dépensés, il en doit compte au propriétaire. Si, au contraire, il était de bonne foi, il fait, suivant l'expression romaine, les fruits siens, il les conserve et n'a pas à en restituer la valeur.

Art. 549: " Le simple possesseur ne fait les "fruits siens que dans le cas où il possède de bonne "foi; dans le cas contraire, il est tenu de rendre

Source : BIU Cujas

"les produits avec la chose au propriétaire qui la "revendique".

Acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi. Justification de cette acquisition

Donc, la possession, à la condition qu'elle soit de bonne foi, a pour conséquence l'acquisition des fruits par le possesseur. C'est une des conséquences de la possession, mais de la possession de bonne foi.

Deux questions se posent ici :

1) - Quand le possesseur sera-t-il de bonne foi ?

2) - Quand les fruits seront-ils considérés comme acquis par le possesseur ?

1)Mise en possession en vertu d'un titre translatif émanant à non domino, ou d'un titre nul, émanant du propriétaire

I° - Quand le possesseur est-il de bonne foi ?

L'art 550 répond: " Le possesseur est de bonne "foi quand il possède comme propriétaire, en vertu "d'un titre translatif de propriété dont il ignore "les vices; il cesse d'être de bonne foi, dû moment où ces vices lui sont connus".

Pour etre de bonne foi, il faut donc que le possesseur se soit mis en possession en vertu d'un titre translatif de propriété : vente, donation, legs, échange, titre émanant d'une personne qui n'était pas propriétaire; ou encore, titre émanant du véritable propriétaire, mais entaché d'un vice qui rendait l'acte nul, tel qu'un défaut de forme ou l'incapacité de l'aliénateur.

2)Ignorance du vice entachant l'acte (erreur de droit, ou erreur de fait)

2° - Il faut, en second lieu, que le possesseur ait ignoré le vice du titre, c'est-à-dire ignoré que l'aliénateur n'était pas propriétaire, ou qu'il était un incapable. Peu importe d'ailleurs que son erreur soit une erreur de fait ou une erreur de droit, sauf, dit la Cour de Cassation, dans le cas où le vice consiste dans une infraction à une loi d'ordre public. (Cass. 11 Janvier 1885 -Sirey, 1887 I.285).

Le titre putatif

En doctrine, on considère généralement le titre putatif comme suffisant pour justifier l'acquisition des fruits par le possesseur.

Le titre putatif est un titre inexistant, mais à l'existence duquel le possesseur avait de justes raisons de croire. Le cas pratique serait celui de l'héritier qui se mettrait en possession des immeubles du défunt, ayant de justes raisons d'ignorer, soit qu'il existe un héritier plus proche que lui, soit que le défunt avait fait un testament qui, jusqu'à un certain moment, était resté inconnu. Ici, il n'y a pas de titre. L'héritier s'est mis en possession en vertu d'un titre simplement putatif, qu'il croyait exister, alors qu'il n'y en avait pas; la doctrine considère généralement que le titre putatif suffit à créer la bonne foi.

L'art. 550, alinéa 2, décide que le possesseur

Source : BIU Cujas

Disparition de la bonne foi

cesse d'être de bonne foi du moment où le vice de son titre lui est connu. Jusque là, il a pu conserver les fruits, les faire siens; à partir du jour où il connaît le vice de son titre, il cesse d'être de bonne foi et doit restituer les fruits qu'il percevra à l'avenir.

Présomption de la bonne foi

On admet généralement, tirant argument de l'art 2268, en matière de prescription, que la bonne foi se présume.

Acquisition des fruits par la perception

2° - Deuxième question : Quand les fruits seront-ils considérés comme acquis par le possesseur ?

D'après l'opinion générale, le possesseur de bonne foi n'acquiert les fruits que par la perception et cela, sans qu'il y ait à distinguer suivant qu'il s'agit de fruits civils ou de fruits naturels; différence avec l'usufruitier, qui acquiert les fruits naturels par la perception, et les fruits civils, jour par jour.

En effet, la loi n'attribue la propriété des fruits au possesseur de bonne foi que parce qu'elle présume qu'il les a dépensés. Or, cette présomption ne peut s'appliquer qu'aux fruits déjà perçus. Si donc le propriétaire revendique sa chose, il a droit aux fruits qui sont à percevoir, sans que le possesseur puisse y prétendre. Si donc le possesseur est assigné en revendication d'une maison louée, quelques jours avant le terme, par exemple, il n'a droit à aucune part des loyers. C'est tout au moins l'opinion qui prévaut.

Bien plus, on admet (mais ceci ne va pas sans contestation), que le possesseur n'a pas droit aux fruits échus avant l'assignation en revendication, dans le cas où il ne les aurait pas perçus avant la demande. Cette solution, dit-on, est imposée par le fondement que l'on reconnaît à la disposition de l'art. 549: si les fruits n'ont pas été perçus, ils n'ont pas été consommés ou dépensés; il n'y a donc pas lieu de craindre d'appauvrir le possesseur, en lui imposant la restitution de ces fruits.

Solution assez contestable, parce qu'il a pu compter sur ces fruits et engager des dépenses.

Il faut reconnaître d'ailleurs, que notre droit est encore plus généreux pour le possesseur que ne l'était le droit romain. Le droit romain ne dispensait le possesseur que de la restitution des fruits qui avaient été réellement consommés; mais s'il les avait perçus, il devait restituer les fruits qu'il n'avait pas consommés. Au contraire, le Code civil, qui s'inspire de notre ancienne jurisprudence, dispense

Source : BIU Cujas

le possesseur de restituer les fruits perçus, sans distinction, suivant qu'il les a consommés ou ne les a pas consommés.

Titre constitutif ou translatif d'usufruit

Deux remarques :

1) - La loi suppose que le possesseur a acquis en vertu d'un titre translatif de propriété (art.550) il faut admettre la même solution dans le cas où le possesseur aurait acquis en vertu d'un titre constitutif ou translatif d'usufruit dont il aurait ignoré le vice.

Définition des fruits

2) - Les fruits auxquels a droit le possesseur de bonne foi, doivent être entendus dans le sens habituel que la loi donne à cette expression, notamment en matière d'usufruit. Le possesseur a droit aux fruits que pourrait recueillir un usufruitier, mais il doit, au contraire, toujours restituer les produits ou leur valeur, bien entendu; il a exploité une carrière de pierres, il doit restituer, non les pierres, mais leur valeur; il n'y a aucun droit, même s'il est de bonne foi.

§ 3. - Acquisition de la propriété et des droits réels, par la prescription dite acquisitive, ou usucapion.

Définition

La prescription acquisitive, qu'on appelle aussi du nom romain usucapion, pour la distinguer de la prescription libératoire, est un mode d'acquérir un droit réel, par la possession prolongée. Nous allons l'étudier:

1) - en tant qu'elle s'applique à la propriété d'un immeuble;

2) - en tant qu'elle s'applique aux droits réels immobiliers, autres que la propriété.

I° - Prescription acquisitive de la propriété immobilière.

La prescription mode d'acquisition de la propriété

Le Code civil admet que lorsqu'une personne a possédé un immeuble pendant un certain nombre d'années, au maximum 30 ans, au minimum, 10 ans, cette personne en acquiert la propriété. L'art. 712 nous dit, en effet, qu'on acquiert la propriété par la prescription. La prescription est un mode d'acquisition de la propriété; nous verrons aussi qu'elle joue un autre rôle

Source : BIU Cujas

Il ne faut pas confondre la prescription acquisitive, dont il est seulement question ici, avec la prescription extinctive ou libératoire, qui entraine extinction d'une obligation et qui est étudiée en deuxième année.

Par exemple, un créancier reste trente ans sans réclamer sa dette au débiteur, la dette est prescrite, c'est-à-dire que l'action du créancier doit être repoussée. Le créancier a perdu sa créance, le débiteur est libéré par la prescription.

Les 2 éléments de la prescription acquisitive

La prescription acquisitive, ou usucapion, suppose, non seulement l'inaction de celui contre qui elle s'accomplit, mais encore, elle suppose un fait positif : la possession de la part de celui qui entend invoquer l'usucapion; tandis que la prescription extinctive des obligations n'exige aucun fait actif de la part du débiteur qui prescrit.

La prescription acquisitive des droits réels autres que la propriété

Il existe une prescription extinctive des droits réels autres que la propriété.

Nous verrons que le droit de propriété ne peut pas s'éteindre par la prescription, la propriété est perpétuelle; mais les droits réels, notamment l'usufruit, les servitudes, peuvent s'éteindre par la prescription; c'est une simple prescription extinctive; il n'est pas question, pour le moment, de la prescription extinctive des droits réels.

Justification de la prescription acquisitive

Il faut rechercher à quelle utilité répond la prescription acquisitive. Une objection peut être faite à l'admission de la prescription: déclarer propriétaire celui qui a possédé pendant un certain laps de temps, n'est-ce pas consacrer une usurpation ? La prescription n'est-elle pas immorale ?

On peut répondre que, même lorsqu'elle consacre une usurpation, la prescription se justifie par l'inaction du véritable propriétaire, et au contraire, l'activité du possesseur. Lorsque pendant 30 ans, une personne a exploité un immeuble, et peut être contribué à la production, il n'est pas mauvais, socialement que la loi consolide cette situation, qu'elle interdise désormais de troubler le possesseur. Le possesseur a, d'ailleurs, la faculté de ne pas invoquer la prescription, si sa conscience le lui interdit.

Mais on aurait tort, en tout cas, de voir dans la prescription, uniquement la consécration d'usurpations. Les usurpations sont rares. La prescription nous apparait, au contraire, avant tout, comme la meilleure sauvegarde de la propriété. Il faut même dire que, dans notre système foncier actuel, la prescription est une institution nécessaire.

Source : BIU Cujas

En effet, sans la prescription, la preuve du droit de propriété serait presque toujours impossible à faire. Dans notre droit, en effet, on n'est propriétaire d'un immeuble qu'à la condition d'avoir acquis la propriété d'une personne qui était elle-même propriétaire; et, pour démontrer que celui de qui on tient son droit, était lui-même propriétaire, il faut apporter la preuve que cet auteur avait lui-même acquis du véritable propriétaire, et ainsi de suite, en remontant indéfiniment.

Une seule lacune dans la chaîne des ayants droit, et toutes les transmissions postérieures seraient entachées de nullité.

La preuve de la propriété est une chose extrêmement difficile à faire. Si bien que la jurisprudence en est arrivée à se fier, en cette matière, à de simples probabilités; Fort heureusement, la prescription vient simplifier les choses. A qui voudra prouver sa propriété, il suffira d'établir qu'il a été en possession par lui-même, ou par ses auteurs, au maximum, pendant 30 ans. Son droit sera ainsi établi sans qu'aucune autre preuve soit nécessaire.

Au contraire, la prescription ne joue qu'un rôle secondaire là où existe le régime des libres fonciers; normalement, la prescription acquisitive n'existe pas; on ne peut jamais prescrire contre les énonciations du livre foncier.

Le double rôle de la prescription

1)Preuve de la propriété

La prescription a un double rôle au point de vue juridique;

I° - Elle est un mode de preuve de la propriété; elle fait bénéficier le propriétaire d'une véritable présomption de cause légitime d'acquisition, en le dispensant de la représentation d'un titre antérieur que le propriétaire ne pourrait produire.

Si un propriétaire ne peut pas produire des titres antérieurs, du moment qu'il a établi qu'il a possédé par lui-même ou ses auteurs pendant 30 ans, cela suffit; il bénéficie, du fait de la prescription, d'une présomption de cause légitime d'acquisition. C'est à cette fonction de la prescription que l'art. 1350,2° fait allusion, en classant la prescription parmi les présomptions légales. C'est une véritable présomption de la loi, en vertu de laquelle celui qui a possédé, dans les conditions requises, pendant le délai requis, est considéré comme ayant acquis en vertu d'un juste titre.

2)Mode d'acquisition de la propriété

2° - Deuxième fonction de la prescription: elle est un mode d'acquisition de la propriété (art.712) en ce sens qu'une personne qui tient son droit d'un

Source : BIU Cujas

autre, qui n'était pas le propriétaire véritable, verra son droit se consolider définitivement quand elle aura possédé pendant 30 ans, quelquefois pendant une moindre durée, dans les conditions requises par la loi.

La prescription vient, en quelque sorte, consolider une acquisition viciée dans son origine, par ce qu'on avait acquis a non domino, ou parce qu'on avait acquis en vertu d'un titre nul. Au bout d'un certain délai, la situation del'acquéreur sera consolidée.

Les 2 sortes de prescriptions acquisitives: prescription de droit commun et prescription abrégée

Notre législation connaît deux sortes de prescriptions acquisitives, en matière immobilière : l'usucapion ordinaire, qui se réalise par trente ans de possession, et l'usucapion abrégée, qui se réalise par dix à vingt ans, mais qui, outre la possession, suppose que celui qui prescrit avait juste titre et bonne foi.

A part les conditions de juste titre et de bonne foi, et les conditions de délai, elles sont soumises aux mêmes conditions. Nous allons étudier les conditions de la prescription acquisitive, et puis nous verrons quels sont les effets de la prescription accomplie.

I° - Conditions de la prescription acquisitive.

La prescription suppose quatre conditions :

4 conditions

I° - Elle suppose que l'immeuble possédé est dans le commerce.

2° - Que l'immeuble est possédé par quelqu'un et que la possession présente tous les caractères nécessaires pour mener à la prescription.

3° - Que la possession ait duré pendant un certain délai.

4° - Que le possesseur invoque la prescription.

Immeubles imprescriptibles comme étant hors du commerce

Il faut que l'immeuble possédé soit dans le commerce.

Art. 2226: " On ne peut prescrire le domaine "des choses qui ne sont point dans le commerce. Ain-"si sont imprescriptibles les biens du domaine public " de l'Etat, des départements, des communes, des éta-"blissements publics". Ces biens sont, en effet, inaliénables. Par contre, les biens du domaine privé de l'Etat et des personnes morales publiques peuvent être acquis à des tiers par la prescription. C'est ce que dit l'art. 2227.

Biens du domaine public

L'Etat et les personnes morales publiques ont, en effet, deux sortes de biens: ceux qui sont destinés

Source : BIU Cujas

à l'usage de tous, par exemple les routes, les fleuves, les rivières navigables ou flottables, ceux-là sont inaliénables et imprescriptibles, et d'autre part, ceux dont l'Etat est propriétaire comme peut l'être un particulier, et qui font partie de son domaine, tels que les successions en déshérence, ou les fortifications déclassées; pour ces choses, la prescription est possible de la part des particuliers.

Immeubles dotaux

Si nous considérons maintenant les biens appartenant à des particuliers, nous avons déjà vu que, dans certains cas, exceptionnels d'ailleurs, les biens des particuliers peuvent être inaliénables, mais il n'y a pas corrélation nécessaire entre l'inaliénabilité te l'imprescriptibilité. Dans certains cas, l'inaliénabilité emporte imprescriptibilité; c'est le cas, notamment de l'immeuble dotal; l'immeuble de la femme dotale est tout à la fois, inaliénable et imprescriptible. Mais la corrélation ne dure pas toujours; après la séparation de biens, l'immeuble reste bien inaliénable, mais il devient imprescriptible.

D'autre part, les biens grevés de substitution, ou les biens légués sous condition d'inaliénabilité, sont inaliénables, mais pas imprescriptibles. Les tiers peuvent acquérir sur eux des droits par la prescription.

2)la possession

Présomptions légales permettant de savoir si l'on est en présence d'un possesseur ou d'un détenteur

2° - Deuxième condition: la prescription suppose la possession; les simples détenteurs ou possesseurs précaires ne peuvent, en aucun cas, prescrire. Art. 2236: " Ceux qui possèdent pour autrui ne prescri-"vent jamais, par quelque laps de temps que ce soit. "Ainsi le fermier, le dépositaire, l'usufruitier, "ou tous autres qui détiennent précairement la chose "du propriétaire, ne peuvent la prescrire".

Lorsqu'une question de prescription se pose, il faut rechercher tout d'abord si l'on est en présence d'un véritable possesseur ou d'un simple détenteur précaire.

En cas de difficulté, la loi a posé certaines règles, art. 2230: " On est toujours présumé posséder " pour soi, et à titre de propriétaire, s'il n'est prou-"vé qu'on n'a commencé à posséder pour un autre". La présomption est donc en faveur de la possession: on est toujours présumé posséder pour soi, et à titre de propriétaire; or, le détenteur, c'est celui qui possède pour autrui. Par contre," lorsqu'il est établi "qu'on a commencé à posséder pour autrui, on est tou-"jours présumé posséder au meme titre, s'il n'y a "preuve du contraire," dit l'art. 2231.

Et l'art. 2237 ajoute: " Les héritiers de ceux

Source : BIU Cujas

qui tenaient la chose à quelqu'un des titres désignés par l'art. précédent, ne peuvent non plus prescrire". Les héritiers du détenteur sont des détenteurs eux-mêmes; ils n'ont pas d'autres droits que celui de leur auteur.

Cependant, l'art. 2231, après nous avoir dit que quand on a commencé à posséder pour autrui, on est toujours présumé posséder au même titre ajoute: "S'il "n'y a preuve du contraire", ce qui tend à indiquer que la précarité peut prendre fin; en un mot, la possession précaire, ou détention, peut se transformer en possession véritable. Voyons à quelles conditions.

De la transformation de la détention en possession. L'intervention du titre

Pour transformer une possession précaire en une possession véritable, il ne suffit pas de la simple volonté du possesseur précaire. L'art. 2240 a pris soin de nous le dire : " 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".

Il ne suffit pas que le fermier un jour dise: à partir d'aujourd'hui, je veux me considérer comme propriétaire. Si l'on est possesseur précaire, un simple acte de volonté ne peut pas vous transformer en possesseur véritable. Pour que la possession précaire puisse se transformer en possession véritable conduisant à la prescription, il faut que le titre du possesseur précaire soit interverti et transformé en titre de possesseur véritable.

A quelles conditions peut se produire cette interversion ? L'art. 2238 nous le dit : "Les personnes "énoncées dans les articles 2236 et 2237 peuvent pres-"crire si le titre de leur possession se trouve in-"terverti, soit par une cause venant d'un tiers, soit "par la contradiction qu'elles ont opposée au droit "du propriétaire".

Intervertion du titre venant d'un tiers

Donc, deux causes d'interversion:

1) - Le titre de possession peut être interverti par une cause venant d'un tiers; il faut supposer que celui qui était jusque-là possesseur précaire, locataire ou usufruitier, par exemple, fasse désormais acte de propriétaire, en vertu d'un titre qu'il tient d'un tiers. Par exemple, un immeuble a été loué; le propriétaire meurt; le locataire achète l'immeuble d'un tiers, qui passe pour héritier et qui, en réalité, n'est pas l'héritier; désormais, l'ancien locataire qui, jusque là, était possesseur précaire, va cesser de détenir pour le compte d'autrui; il se comportera en propriétaire de l'immeuble; il cessera de payer les loyers, et s'il possède ainsi pendant le délai légal, il pourra opposer la prescription au véritable

Source : BIU Cujas

propriétaire, le jour où celui-ci viendrait à revendiquer l'immeuble. Ici, il y a interversion de titre venant d'un tiers.

2°-Interversion du titre par la contradiction du détenteur

2° - Le titre de possession peut être interverti par la contradiction que le détenteur précaire a opposée aux droits du propriétaire.

Exemple: un locataire, que son bailleur somme de payer ses loyers, notifie au propriétaire qu'il refuse de payer, parce que, pour une raison ou une autre, il se considère comme le véritable propriétaire de l'immeuble. Le locataire oppose une contradiction au titre du véritable propriétaire. Si le propriétaire reste dans l'inaction, la prescription pourra s'opérer. Le titre du locataire, possesseur précaire, se sera transformé en titre de possesseur, parce que, en contredisant le droit du propriétaire, en prétendant être lui-même propriétaire, le locataire a transformé son titre. Mais il faut une contradiction formelle au droit du propriétaire, judiciaire ou extra-judiciaire, une simple abstention de payer les loyers, sans motif, ne suffirait pas.

Qualités que doit présenter la possession pour conduire à l'usucapion

Pour pouvoir conduire à la prescription, la possession doit d'ailleurs être exempte de vices. Art. 2229: " Pour pouvoir prescrire, il faut une possession "continue et non interrompue, paisible, publique, non "équivoque, et à titre de propriétaire". Il faut que cette possession présente les qualités prévues par l'art. 2229.

3°-Délai requis pour usucaper

3° - Troisième condition requise pour la prescription: il faut que la possession se soit prolongée pendant un certain délai. Ce délai peut être soit 30 ans, soit 10 à 20 ans.

Nous avons, en effet, deux prescriptions acquisitives: l'usucapion par trente ans, et l'usucapion par 10 à 20 ans.

La prescription par 10 à 20 ans, est une prescription privilégiée qui suppose des conditions particulières de juste titre et de bonne foi. Lorsque ces deux conditions ne sont pas réunies, la seule prescription possible est la prescription de 30 ans, délai ordinaire de la prescription, Art. 2262: "Les "actions tant réelles que personnelles sont prescri- "tes par 30 ans, sans que celui qui allègue cette "prescription soit obligé d'en rapporter un titre, "ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de "la mauvaise foi". Même le possesseur de mauvaise foi peut prescrire par 30 ans.

En ce qui concerne la prescription de 10 à 20 ans il ne suffit pas d'avoir possédé, il faut des

Source : BIU Cujas

a) Prescription de 10 à 20 ans, juste titre et bonne foi.

conditions particulières que nous devons étudier.

Art. 2265: " Celui qui acquiert de bonne foi et "par juste titre un immeuble, en prescrit la propriété "par 10 ans, si le véritable propriétaire 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."

Laissons de côté, pour le moment, la question de domicile.

La prescription de dix à vingt ans suppose essentiellement que le possesseur avait juste titre et bonne foi. Ce sont les conditions qu'exige la loi pour que le possesseur fasse les fruits siens. Par conséquent, l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi, d'une part, la prescription par dix à vingt ans, d'autre part, sont deux conséquences de la possession de bonne foi.

Comparaison entre le juste titre et la bonne foi en matière d'usucapion et en matière d'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi

Mais il y a des différences importantes dans ces deux cas. Dans l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi, le juste titre est un élément de la bonne foi L'art. 549 nous parle vant tout, de la bonne foi, et il ajoute que la bonne foi (art.550) consiste à posséder en vertu d'un titre translatif de propriété, dont on ignorait les vices.

Ici, par conséquent, le juste titre est un élément de la bonne foi, il est inclus, en quelque sorte, dans la bonne foi.

Dans le cas de l'usucapion abrégée, au contraire le juste titre est quelque chose de distinct. En un mot, il faut que le possesseur justifie tout à la fois, d'un juste titre et de la bonne foi. Il ne peut avoir la bonne foi sans juste titre.

La conception de la loi est la suivante. La loi estime qu'il est nécessaire d'abréger la durée de la prescription en faveur du possesseur de bonne foi; elle lui fait une faveur; mais encore estime-t-elle qu'il n'y a pas lieu de donner une prime aux erreurs trop faciles. La loi n'entend tenir compte de la bonne foi, qu'autant que celle-ci s'accompagne d'un juste titre, c'est-à-dire d'une cause légitime d'acquisition qui n'a manqué son effet, que parce qu'elle émanait d'un non propriétaire.

I°-Définition du juste titre en matière d'usucapion. Caractères qu'il doit présenter

Le juste titre est, en effet, un titre qui serait translatif de propriété, s'il émanait du véritable propriétaire.

De cette conceptinn de la loi vont découler les caractères que doit présenter le juste titre pour mener à la prescription par dix à vingt ans.

I° - Il faut que celui qui invoque la prescription abrégée ait acquis en vertu d'un titre normalement

Source : BIU Cujas

a) Titre normalement translatif de propriété

translatif de propriété: vente, échange, donation, legs, portant sur un immeuble dont le vendeur, l'échangiste, le donateur ou le testateur n'était pas en réalité propriétaire.

Le titre est, par lui-même, normalement translatif de propriété. Au contraire, celui qui se serait mis en possession en vertu d'un acte simplement déclaratif, tel qu'un partage, ne bénéficierait pas d'un juste titre; il faut que ce soit un titre translatif de propriété.

b) non entaché de nullité absolue

2) - Le Code décide que : ne constitue pas un titre suffisant pour permettre la prescription abrégée, le titre nul par défaut de forme. Différence avec l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi. Le possesseur de bonne foi qui s'est mis en possession, en vertu d'un titre nul, pour défaut de forme, fait les fruits siens; au contraire, le possesseur qui s'est mis en possession, en vertu d'un titre nul par défaut de forme, ne peut pas prescrire par dix à vingt ans. L'art. 2267 est formel.

D'autre part, on admet, au point de vue de la prescription par IO et 20 ans, que le titre entaché de nullité absolue n'est pas un juste titre. Par contre, on considère comme un juste titre le titre entaché de nullité simplement relative.

c) qui ne soit pas simplement putatif

Enfin, on admet généralement que le titre putatif c'est-à-dire celui qui n'existe pas, mais a l'existence duquel croit le possesseur, ne peut pas conduire à la prescription par dix à vingt ans, tandis que le titre putatif conduit à l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi.

Par exemple, le legs de la chose d'autrui en vertu d'un testament dont le légataire, ignorait la révocation; c'est un titre simplement putatif, qui ne compte pas pour la prescription de dix à vingt ans; au contraire, il permet au possesseur de bonne foi de faire les fruits siens.

Inutilité de la transcription

La question s'est posée de savoir si, dans le cas où le titre était sujet à transcription, par exemple une vente ou une donation, il est nécessaire que la transcription ait été opérée pour que la transcription puisse etre opposée au véritable propriétaire.

La jurisprudence de la Cour de Cassation décide que ce n'est pas nécessaire (Cassation, 25 février I905.Dalloz I908.I.334).

Deuxième condition pour pouvoir prescrire par dix à vingt ans: la bonne foi.

Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

2°-La bonne foi- croyance que l'aliénateur était propriétaire

La bonne foi consiste dans l'ignorance où était le possesseur du vice qui entachait son titre, et, en un mot, dans la croyance où il était que son auteur était propriétaire, en vertu d'un titre inattaquable.

Présomption de bonne foi

La bonne foi est toujours présumée, dit l'art. 2268. Mais, a jugé la Cour de Cassation, le doute est exclusif de la bonne foi. Un individu qui s'est mis en possession dans le doute, présumant qu'il y avait peut-être quelque chose d'irrégulier, n'est pas la bonne foi (Cassation, 11 mai 1909, Dalloz, 1909.I.312)

Existence de la bonne foi au moment de l'acquisition

Mais il suffit que la bonne foi ait existé au moment de l'acquisition ; art. 2269. C'était la solution romaine. Au contraire, dans l'ancien droit, on exigeait que la bonne foi fût continue pendant tout le cours de la prescription.

Lorsque le possesseur a juste titre et bonne foi, il peut prescrire par dix à vingt ans.

Délai de 10 ou 20 ans, suivant que le propriétaire est présent ou absent

Par dix ans, dit l'art. 2265, "si le véritable propriétaire habite dans le ressort de la Cour d'appel dans l'étendue de laquelle l'immeuble est situé.." C'est ce que l'on exprime en disant que, dans un pareil cas, le propriétaire est présent;"et par vingt ans, s'il est domicilié, hors du dit ressort"; c'est ce que l'on exprime en disant que, dans un pareil cas le propriétaire est absent. (sans prendre ce mot absent dans son sens juridique).

Pourquoi dix ans dans le premier cas ? C'est parceque le propriétaire étant sur place, ou presque , a pu surveiller son bien plus facilement et que sa négligence est considérée comme moins excusable que s'il habitait au loin. Voilà uniquement la raison de cette disposition archaique, écrite à une époque où l'on ne connaissait ni les chemins de fer, ni les automobiles.

La présence s'entend-elle du domicile ou de la résidente

Une première question fait difficulté. Faut-il s'attacher à la résidence ou au domicile ? Le texte est équivoque. Certains auteurs soutiennent qu'il faut s'attacher exclusivement au domicile, mais beaucoup d'autres - et cela paraît plus raisonnable - considèrent que la loi vise ici la résidence. C'est en effet, dans le cas où le propriétaire habite le ressort de la Cour, que la prescription est de 10 ans, parce que la surveillance de l'immeuble lui est facilitée. Telle était déjà l'opinion de Pothier.

Au cas où le propriétaire a été absent pendant une partie du délai - prescription, 10 à 20 ans

Autre difficulté qu'a résolue la loi, dans l'art. 2266. Il peut arriver que, pendant le délai de la prescription, le propriétaire change de résidence, qu'habitant d'abord le ressort de la Cour d'appel, il habite ensuite hors de ce ressort, ou inversement, qu'habitant hors de ce ressort, il vienne résider dans

Source : BIU Cujas

le ressort de la Cour, En pareil cas, l'art. 2266 décide: " si le véritable propriétaire a eu son domicile en différents temps dans le ressort et hors du ressort, 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.

La loi part du principe qu'une année de présence, c'est-à-dire une année de résidence dans le ressort de la Cour, vaut, au point de vue de la prescription, deux années d'absence; elle décide que, lorsque le propriétaire aura eu son domicile dans le ressort et hors du ressort, il faudra, pour compléter la prescription, ajouter à ce qui manque aux dix ans "un nombre d'années d'absence, double de celui qui manque".

Par exemple, le propriétaire a résidé dans le ressort de la Cour pendant cinq ans; puis, il transporte sa résidence en dehors de ce ressort. Les cinq ans de présence qui manquent, seront remplacés par dix ans d'absence. La prescription ne se réalisera donc que par I5 ans.

Autre exemple : le propriétaire a résidé 4 ans hors du ressort de la Cour; puis il vient résider dans le ressort. Les 4 ans d'absence ne valent que 2 ans de présence; il faudra encore, par conséquent, 8 ans de présence pour que la prescription soit réalisée. Finalement, celle-ci ne se réalisera que par I2 ans.

Voilà à quelles conditions on peut prescrire par I0 à 20 ans, ce n'est pas nécessairement I0 ans ou 20 ans, ce peut être un chiffre intermédiaire.

Toutes les fois que le possesseur n'a ni juste titre, ni bonne foi, ou lorsqu'une de ces conditions fait défaut, la prescription ne peut avoir lieu que par 30 ans.

En ce qui concerne le délai, différentes questions se posent, questions qui sont communes à la prescription trentenaire et à la prescription abrégée. Elles sont relatives :

1) - au calcul des délais de la prescription;
2) - à la jonction des possessions;
3) - à certaines causes qui peuvent retarder l'accomplissement de la prescription ou y mettre obstacle: ce sont l'interruption et la suspension de la prescription.

Computation du délai par jours

Calcul des délais: art. 2260 et 226I: " La prescription se compte par jours, et non par heures". Evidemment, il aurait été bien difficile de déterminer, à une heure près, le moment de la mise en possession.

Source : BIU Cujas

le point de départ du délai de prescription est donc le lendemain du jour de l'entrée en possession.

D'autre part, art. 2261: la prescription " est acquise lorsque le dernier jour du terme est accompli"

Possibilité pour le possesseur de joindre à sa propre possession celle de son auteur

Jonction des possessions. - Pour que la prescription s'accomplisse, il n'est pas nécessaire que ce soit la même personne qui ait possédé pendant le délai requis.

La prescription ne se serait pas produite souvent si on avait exigé que ce fût la même personne qui eût possédé pendant trente ans. La loi admet donc la jonction des possessions : art. 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 (succession ou legs), soit à titre lucratif ou onéreux" (donation ou vente).

Continuation par l'héritier de la possession de son auteur avec ses qualités et ses vices

Il importe d'abord de distinguer entre successeur universel et successeur à titre particulier. Le successeur universel, héritier ou légataire universel, continue la possession du défunt, avec tous ses vices et toutes ses qualités. C'est la conséquence meme de la succession à titre universel, le successeur recueillant les droits et obligations du défunt, tels qu'ils se comportaient dans le patrimoine de celui-ci.

C'est ce que dit l'art. 2237 pour les possesseurs précaires : " les héritiers de ceux qui tenaient la chose à quelqu'un des titres désignés par l'article précédent, ne peuvent, non plus prescrire".

De meme, si le de cujus avait juste titre et bonne foi, l'héritier prescrira par 10 à 20 ans, meme s'il est personnellement de mauvaise foi, et, à l'inverse, si l'auteur n'avait ni juste titre ni bonne foi, l'héritier ne peut prescrire que par 30 ans, quand bien meme il réunirait ces deux conditions.

Dans quelle mesure le successeur à titre particulier peut continuer la possession d'un auteur

Au contraire, la possession du successeur à titre particulier, donataire ou légataire, ou acheteur, peut être de nature différente de celle de son auteur. L'art. 2239 le dit pour la possession précaire : "Ceux à qui les fermiers, dépositaires et autres détenteurs précaires ont transmis la chose par un titre translatif de propriété, peuvent la prescrire".

Celui qui a acquis une chose d'un détenteur précaire peut devenir un possesseur; tandis que le successeur, à titre universel, d'un possesseur précaire, n'est jamais qu'un possesseur précaire. De même, si l'auteur était de mauvaise foi, le successeur particulier peut être de bonne foi, et inversement.

Premier cas. - l'auteur (vendeur, ou donateur)

Source : BIU Cujas

a) l'auteur à juste titre et bonne foi, l'ayant cause est de mauvaise foi

avait juste titre et bonne foi, mais le successeur particulier est de mauvaise foi. Le successeur particulier ne pourra prescrire que par 30 ans, mais il pourra ajouter à sa possession les années de possession de son auteur, parce que ce sont des années de bonne possession, avec juste titre et bonne foi.

b) auteur de mauvaise foi et ayant cause de bonne foi

2ème cas : l'auteur était demauvaise foi, et le successeur a juste titre et bonne foi. Le successeur peut prescrire par IO à 20 ans, mais il ne peut ajouter à son temps de possession les années de possession de son auteur. En d'autres termes, les années utiles pour la prescription trentenaire, la seule que pouvait invoquer l'auteur, ne peuvent pas servir à compléter la prescription de IO à 20 ans.

Dans ce cas, l'acquéreur peut avoir intérêt à achever la possession trentenaire commencée par son auteur, plutôt que d'attendre l'accomplissement de l'usucapion de IO ans. Il en sera ainsi s'il reste moins de IO ans pour l'achèvement de la possession de 30 ans.

Exemple : le vendeur était de mauvaise foi, il ne pouvait prescrire que par 30 ans; il avait possédé pendant 25 ans; il vend son immeuble; l'acquéreur a juste titre et il est de bonne foi; il peut prescrire par IO à 20 ans. Mais, dans ce cas, il vaut bien mieux qu'il achève les 5 ans de prescription trentenaire qui restaient à courir; il sera définitivement propriétaire au bout de 5 ans, après son acquisition.

Au contraire, si son vendeur n'avait possédé que pendant 5 ans, l'acquéreur qui a juste titre et bonne foi, aurait intérêt à invoquer la prescription de IO à 20 ans,

Causes qui peuvent retarder ou empêcher l'accomplissement de la prescription. Ces causes sont l'interruption et la suspension de la prescription. Le délai de la prescription soit 30, soit IO à 20 ans, peut se trouver allongé par des faits d'interruption ou de suspension. Il importe de bien distinguer l'interruption de la suspension.

Distinction entre interruption et suspension de la prescription

L'interruption est un obstacle qui brise la prescription, si l'on peut dire, en rendant inutile et non avenu le temps pendant lequel la prescription avait déjà couru. A la suite d'un fait interruptif, le possesseur peut, dans certains cas, recommencer à prescrire, mais il s'agit alors d'une nouvelle prescription; tout le temps qui s'était écoulé avant l'interruption, est non avenu.

La suspension est , au contraire, un obstacle temporaire qui s'oppose au cours normal de la

Source : BIU Cujas

prescription, mais sans rendre inutile le temps qui l'a précédé; si bien que, lorsque la prescription recommence à courir, le temps qui s'est écoulé avant la suspension doit être compté dans le délai.

Une personne a possédé pendant 20 ans, puis survient une cause de suspension. Lorsque la cause de suspension prend fin, la prescription recommence à courir, et les 20 ans antérieurs ne sont pas perdus; ils viennent s'ajouter à la prescription. Tandis que s'il y avait interruption, les 20 ans ne pourraient pas compter; il faudrait recommencer une autre prescription.

Les causes d'interruption et de suspension sont tout à fait différentes.

Causes d'interruption

L'interruption de la prescription. - L'interruption résulte, soit du fait que celui qui prescrit ne s'est pas maintenu en possession dans les conditions requises par la loi, soit de ce que le propriétaire a fait les diligences nécessaires pour sauvegarder son droit. L'interruption résulte soit du fait que le possesseur cesse de posséder, soit, du fait que le propriétaire a fait un acte emportant réclamation de son droit.

Interruption naturelle par interruption de la possession pendant plus d'un an

Tout d'abord l'interruption peut résulter du fait que le possesseur cesse de posséder; c'est ce que l'on appelle l'interruption naturelle : art.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".

L'interruption de la prescription se confond ici avec l'interruption de la possession; la possession est interrompue, et la prescription est interrompue également. Elle résulte du fait que le possesseur cesse de posséder pendant plus d'un an et est privé de la jouissance de la chose, soit par l'ancien propriétaire, soit même par le fait d'un tiers.

Mais pourquoi la loi n'attache-t-elle l'interruption qu'au fait que la possession a été interrompue pendant plus d'un an ? La raison de cette disposition tient à ce que le possesseur dépouillé de son droit a une année pour exercer l'action possessoire, à l'effet de se faire remettre en possession aux conditions prévues par l'art. 23 du C. Pr.C. S'il réussit dans son action, il est censé n'avoir jamais cessé de posséder, Par conséquent, la possession n'a pas été interrompue, et la prescription pas davantage.

Si, au contraire, le possesseur laisse écouler le délai d'un an sans exercer l'action possessoire, cette possession est définitivement perdue, et la

Source : BIU Cujas

prescription est désormais interrompue.

Interruption civile par citation en justice ou en conciliation valable en la forme, mais suivie devant un juge incompétent

L'interruption, en second lieu, peut être civile. Elle va résulter d'un fait du propriétaire: art. 2244 "Une citation en justice, un commandement ou une saisie, signifiée à celui qu'on veut empêcher de prescrire, forment l'interruption civile".

Laissons de côté le commandement et la saisie qui ne s'appliquent qu'à la prescription libératoire et ne retenons ici que la citation en justice. La citation en justice signifiée par le propriétaire au possesseur, citation par laquelle le propriétaire revendique son droit, constitue l'interruption civile de la prescription.

A la citation en justice, la loi assimile la citation en conciliation devant le juge de paix. En effet, tout procès de la compétence du tribunal civil, doit être précédé d'une tentative de conciliation devant le juge de paix. Mais il fallait bien, car le délai de prescription est peut être sur le point de s'accomplir, attacher à la citation en conciliation le même effet interruptif qui est attaché à la citation en justice. C'est pourquoi la loi décide que la citation en conciliation interrompra la prescription. Mais à une condition: c'est qu'elle soit suivie d'une assignation en justice, donnée dans les délais de droit (art. 2245) c'est-à-dire dans le délai d'un mois.

L'art. 2346 ajoute que "La citation en justice, donnée même devant un juge incompétent, interrompt la prescription". Comme les questions de compétence sont des procès difficiles, la loi se montre indulgente et attache à la citation en justice irrégulière, à raison de l'incompétence du tribunal, le même effet interruptif qui serait attaché à une citation régulière

Enfin, l'art. 2247 décide que, si l'assignation est nulle pour défaut de forme, la prescription n'est pas interrompue parce qu'ici, il y a nullité de l'assignation. Il en est de même, si le propriétaire se désiste de sa demande , s'il laisse périmer l'instance, ou si la demande est rejetée.

Reconnaissance par le possesseur du droit du propriétaire

L'interruption civile résulte encore de la reconnaissance que fait le possesseur du droit du propriétaire , (art. 2248) Quelle est la meilleure cause d'interruption que celle-là , puisqu'ici le possesseur reconnaît qu'il n'est pas propriétaire et reconnaît le droit du propriétaire ? Cette reconnaissance peut être judiciaire ou extra-judiciaire.

Effet de l'interruption

Il peut arriver, mais ce sera rare, qu'à la suite d'un fait interruptif, le possesseur recommence la prescription, par exemple, parce qu'il est rentré en

Source : BIU Cujas

possession de l'immeuble dont il avait été dépossédé pendant un an, ou encore parce qu'il est resté en possession malgré la reconnaissance qu'il a faite du droit du propriétaire. C'est bien peu pratique, mais cela peut arriver. En pareil cas, la nouvelle prescription recommence à courir, sans que le possesseur puisse invoquer les délais courus antérieurement au fait interruptif.

La prescription qui recommence à courir peut etre d'ailleurs de nature différente de l'ancienne. Par exemple si le possesseur a reconnu le drbit du propriétaire et s'il est malgré tout, resté en possession, il sera désormais un possesseur de mauvaise foi,qui ne pourra plus prescrire que par trente ans.

Caractère de faveur de la suspension de la prescription - son rapport avec l'interruption

La suspension de la prescription. - La suspension est une mesure de faveur prise à l'égard de personnes que la loi ne juge pas en état de défendre leurs droits contre un usurpateur. Tant que ces personnes se trouvent dans cet état, ou bien la prescription est suspendue, si elle a commencé à courir, ou bien la prescription est empechée de commencer.

On a dit, avec quelque raison, que la suspension bien que différente de l'interruption, est le corollaire de l'interruption, en ce sens qu'elle est admise en faveur de personnes que la loi ne juge pas en état d'interrompre le cours de la prescription qui court contre elles. La suspension est faite en faveur de certaines personnes jugées comme méritant une protection particulière, parce qu'on estime que ces personnes ne sont pas suffisamment défendues et qu'elles ne sont pas en état d'interrompre la prescription.

Caractère exceptionnel de la suspension- Personnes qui peuvent en profiter

Quelles sont les personnes qui peuvent invoquer la suspension de la prescription ? L'art. 2251 pose d'abord en principe que la suspension est quelque chose d'exceptionnel : ' La prescription court contre toutes personnes, à moins qu'elles ne soient dans quelque exception établie par une loi".

Voyons quels sont les cas prévus par la loi.

Art.2252: " La prescription ne court pas contre les mineurs et les interdits, sauf ce qui est dit à l'art. 2278, et à l'exception des autres cas déterminés par la loi."

a) Mineurs et interdits

La prescription estdonc toujours suspendue en faveur des mineurs, même émancipés; elle est suspendue aussi en faveur des interdits. Pourquoi ? Est-ce que ces mineurs et ces interdits ne sont pas défendus ? Malgré tout, la loi n'a pas voulu que ces mineurs ou ces interdits fussent victimes de l'incurie de leurs représentants légaux, qui n'auraient rien fait pour inter-

Source : BIU Cujas

rompre la prescription. Cette solution est assez peu défendable, parce que le mineur ou l'interdit a un recours contre son tuteur négligent ou son administrateur légal. La loi a cependant considéré qu'une mesure de protection devrait être prise en faveur des mineurs et des interdits: elle suspend la prescription, pendant le temps, bien entendu, de la minorité et de l'interdiction.

2° - L'art. 2254 décide que " la prescription court contre la femme mariée, encore qu'elle ne soit point séparée par contrat de mariage ou en justice, à l'égard des biens dont le mari a l'administration, sauf son recours contre le mari".

La prescription court contre la femme mariée. La femme mariée, qui était incapable au moment où le Code a été fait, n'a pas paru devoir bénéficier de la même protection que les mineurs ou les interdits. Le tiers qui possède l'immeuble appartenant à une femme mariée pourra prescrire contre elle.

b)la femme mariée dans 3 cas.

Mais il y a cependant trois cas dans lesquels la prescription est suspendue en faveur des femmes mariées Ils sont prévus par les art. 2255 et 2256, qui exigent la connaissance des régimes matrimoniaux et sur lesquels nous devons fournir quelques indications.

Premier cas : art. 2256: " La prescription ne court point pendant le mariage, à l'égard de l'aliénation d'un fonds constitué selon le régime dotal, conformément...." etc

La loi suppose que la femme est mariée sous le régime dotal. Or, sous le régime dotal, les immeubles dotaux sont inaliénables et ils sont, en même temps imprescriptibles jusqu'à la dissolution du mariage, ou jusqu'à la séparation de biens. C'est donc bien un cas dans lequel la prescription ne court pas contre la femme mariée. Disposition qui a été admise en conséquence du régime dotal, régime essentiellement protecteur de la femme.

Action de la femme ne pouvant être intentée qu'après qu'elle a opté sur l'amputation ou la répudiation de la communauté

2ème cas : art. 2256 : "La prescription est pareillement suspendue pendant le mariage :

1) - dans le cas où l'action de la femme ne pourrait etre exercée qu'après une option à faire sur l'acceptation ou la renonciation à la communauté".

Un exemple va permettre de comprendre cette disposition. Sous le régime de communauté, le mari peut aliéner à titre onéreux les biens communs, mais il ne peut pas en disposer à titre gratuit, et en tout cas, il ne peut pas donner les immeubles communs sans le

Source : BIU Cujas

concours de sa femme. Supposons que, malgré cette défense, le mari ait fait donation d'un immeuble commun. Si la loi n'avait rien prévu, la prescription aurait commencé à courir immédiatement au profit de l'acquéreur. Mais ici, au contraire, la loi suspend la prescription, parce que nous sommes dans un cas où l'action de la femme ne pourrait être exercée qu'après une option à faire sur l'acceptation ou la renonciation à la communauté. En effet, tout dépend, en ce qui concerne la validité de cette donation d'immeuble commun, du parti que la femme prendra à la dissolution de la communauté. Si la femme renonce à la communauté, elle n'a droit à aucun des biens communs, et par conséquent, la donation faite par le mari est valable. La femme ne serait appelée à contester la validité de la donation faite que si elle acceptait la communauté.

Mais comme il existe un autre principe, en vertu duquel une femme ne peut prendre parti qu'à la dissolution du mariage, il était logique d'admettre que la prescription serait suspendue tant que la femme n'aurait pas été en mesure d'exercer son option.

Quand l'action de la femme réfléchirait contre le mari

3ème cas : la prescription est suspendue pendant le mariage (art. 2256) "2°, 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."

Pour comprendre cette disposition, il faut encore se placer sous le régime de la communauté, mais envisager ici un immeuble propre de la femme. Le mari a vendu un immeuble propre de la femme, il était sans droit pour le faire, n'étant pas propriétaire. Par conséquent, l'acquéreur a acquis a non domino; la femme est donc fondée à demander la nullité de la vente faite par son mari. Mais si l'on avait appliqué le principe que la prescription court contre la femme mariée, il en serait résulté nécessairement que la femme aurait dû agir le plus tôt possible, et en tout cas pendant le mariage, pour demander la nullité de l'aliénation faite par son mari. Mais alors l'acquéreur se serait retourné immédiatement contre le mari vendeur de l'immeuble, pour exercer contre lui l'action en garantie. Il lui aurait demandé des dommages et intérets, lui imputant de lui avoir vendu un immeuble qui ne lui appartenait pas. Cette situation aurait pu entrainer la discorde dans le ménage; il y aurait eu des dissentiments entre la femme voulant exercer son action en nullité, et le mari menacé par le tiers de l'action en garantie. C'est pourquoi la

Source : BIU Cujas

loi a décidé que la prescription serait suspendue jusqu'à la dissolution du mariage. Après le mariage, la femme fera ce qu'elle voudra, mais la prescription n'aura pas couru au profit de l'acquéreur qui tient ses droits de son mari.

c) suspension de la prescription entre époux

3° - art. 2253: la prescription ne court point entre époux. La loi suppose que l'un des époux est possesseur d'un immeuble appartenant à l'autre époux. Ici encore, la prescription ne va pas courir; elle sera suspendue. Une des raisons qui expliquent cette cause de suspension, c'est que l'on a voulu assurer la paix du ménage, en évitant qu'un époux soit obligé d'assigner l'autre pour interrompre la prescription.

La règle contra non valentem non currit praescriptio - suspension de la prescription à raison d'un obstacle de fait ou de droit rendant impossible l'interruption

Voilà les seules causes de suspension admises par le C.C. en matière de prescription acquisitive. Mais la jurisprudence en a allongé la liste. La jurisprudence tend à maintenir en vigueur une règle qu'appliquait notre ancienne jurisprudence, et d'après laquelle la prescription est suspendue en faveur de toute personnequi, à raison d'un obstacle de fait ou de droit, est dans l'impossibilité d'interrompre la prescription.C'est une jurisprudence constante (Cass. 28 novembre 1938 D.H. 1938.99).Il s'agit d'une règle très ancienne, que nos anciens auteurs,exprimaient de la manière suivante : Contra non valentem agere non currit praescriptio ; la prescription ne court pas contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir pour l'interrompre.

Il en est ainsi notamment en cas de catastrophe quelconque: inondation, épidémie, guerre. Beaucoup d'auteurs protestent contre cette jurisprudence, qu'ils disent etre contraire au principe de l'art. 2251: " La prescription court contre toutes personnes à moins qu'elles ne soient dans quelque exception établie par une loi". La loi n'a nulle part, prévu qu'une cause de suspension fût attachée à l'impossibilité de fait ou de droit pour un propriétaire d'interrompre la prescription.

La jurisprudence est cependant formelle. Elle interprète l'art. 2251 en ce sens qu'il a voulu seulement limiter les causes de prescription édictées en faveur d'une personne et tenant à la condition de cette personne, parce que, autrefois, dans l'ancien droit, il y avait un grand nombre de causes de prescriptions édictées en faveur de certaines personnes, telles que les congrégations religieuses. Mais, dit la jurisprudence, on n'a jamais entendu supprimer les causes de suspension qui étaient admises couramment par notre ancienne jurisprudence et tenaient à l'impossibilité de fait ou de droit pour le propriétaire

Source : BIU Cujas

d'interrompre la prescription. Quoi qu'il en soit, au cours de la guerre de 1914, il n'y a pas eu de difficulté, parce que des dispositions sont venues pour déclarer expressément que la prescription serait suspendue.

Mais on a peut-être été un peu loin dans cette voie. Il a été autrefois soutenu, et même jugé, que l'ignorance de l'existence de son droit, de la part de celui qui aurait pu interrompre la prescription, s'il avait connu la convention, serait une cause de suspension de la prescription.

La Cour de Cassation semble être revenue, à cet égard, à une meilleure interprétation de la loi, notamment dans un arrêt du 11 juin 1918 (S.1922;I.217); arrêt dans lequel, elle considère que l'ignorance du droit de la part de celui contre qui court la prescription n'est pas une cause de suspension.

En effet, comme on l'a dit très justement, une telle solution détruirait presque entièrement la prescription, puisque généralement ce ne sont pas ceux qui connaissent leur droit qui le laissent prescrire, ce sont ceux qui l'ignorent. Tout ce que l'on peut admettre, peut-être, c'est que la prescription est suspendue lorsque l'obstacle qui empêche d'agir, vient de la loi.

La prescription court-elle contre celui dont la propriété est affectée d'une condition suspensive?

A cette hypothèse, se rattache une question longuement discutée autrefois, la question de savoir si la prescription court contre celui dont la propriété est affectée d'une condition suspensive.

Une personne est propriétaire sous condition suspensive, c'est-à-dire que sa propriété ne deviendra définitive que si la condition se réalise. Beaucoup d'auteurs considèrent que, même le propriétaire sous condition suspensive ne bénéficie pas d'une suspension de la prescription, parce que dit-on, il a toujours la possibilité de faire des actes conservatoires, et notamment d'interrompre la prescription.

La jurisprudence est en sens contraire. Elle admet la suspension de la prescription en faveur de celui qui est propriétaire sous condition suspensive; elle invoque, en ce sens, un texte, l'art. 2257, qui décide que " la prescription ne court point à l'égard d'une créance qui dépend d'une condition, jusqu'à ce que la condition arrive". Ce texte est écrit pour la prescription libératoire, mais la jurisprudence l'étend même à la prescription acquisitive.

Lorsque l'état de choses qui suspend la prescription prend fin, lorsque notamment, le propriétaire devient majeur, ou cesse d'être interdit, la prescription recommence à courir, et le possesseur peut renouer

Source : BIU Cujas

Effet de la suspension

la durée de la possession antérieure à la prescription qui recommence à courir. En d'autres termes, pour le calcul du délai de la prescription, on fait simplement abstraction du temps pendant lequel la prescription a été suspendue, mais on tient compte du délai qui avait couru antérieurement.

Nécessité pour que la prescription produise son effet, qu'elle soit invoquée par le possesseur

4ème et dernière condition pour que la prescription soit acquise, pour que la prescription s'accomplisse, il faut que le possesseur invoque la prescription. Comme la prescription peut constituer une usurpation, la loi laisse à la conscience de chacun le soin de savoir s'il doit ou non invoquer ce moyen pour repousser la prétention du propriétaire qui revendique son immeuble. Il appartient à chacun d'invoquer la prescription s'il l'estime opportun. C'est pourquoi l'art. 2223 dit que " les juges ne peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription. "Les juges, si le possesseur n'oppose pas la prescription, ne peuvent pas l'opposer d'office, pour rejeter la demande du propriétaire.

Par contre, la prescription peut être opposée en tout état de cause, même en appel, dit l'art; 2224. Mais on ne peut pas l'invoquer pour la première fois devant la Cour de Cassation.

Renonciation à une prescription acquise. Capacité requise

Au principe que la prescription doit être invoquée, se rattache étroitement, mais sans se confondre avec elle, la question de la renonciation à la prescription . L'art. 2220 dit qu'on ne peut d'avance renoncer à la prescription, disposition qui est écrite surtout pour la prescription libératoire, mais qui n'est guère susceptible d'application pratique en matière de prescription acquisitive. Par contre, on peut renoncer à la prescription acquise, du moment, par exemple, que les 30 ans sont écoulés, le possesseur peut très bien renoncer à la prescription acquise, y renoncer expressément, ou y renoncer tacitement.

Mais, tout possesseur ne peut pas renoncer à la prescription. L'art. 2222 décide : " Celui qui ne peut aliéner, ne peut renoncer à la prescription acquise". Par conséquent, un mineur ne peut renoncer à la prescription, un individu pourvu d'un conseil judiciaire, qui ne peut aliéner, ne peut renoncer à la prescription sans l'assistance de son conseil.

D'autre part, lorsqu'une personne a renoncé à la prescription, un créancier, ou toute autre personne, ayant intérêt à ce que la prescription soit acquise, peuvent l'opposer.

La loi n'admet pas qu'un individu qui a des créanciers et qui renonce à la prescription le fasse au

Source : BIU Cujas

détriment de ses créanciers. La renonciation n'est pas opposable à ces derniers.

Acquisition rétroactive de la propriété par la prescription

Quels sont les effets de la prescription accomplie? La prescription accomplie rend le possesseur propriétaire de l'immeuble. C'est un mode d'acquisition de la propriété. La propriété est acquise au possesseur, non pas seulement du jour où la prescription est accomplie, mais du jour où elle a commencé à courir. C'est ce que l'on exprime parfois en disant que la prescription opère avec effet rétroactif. Cette rétroactivité est attachée à toute prescription, qu'elle soit trentenaire, ou par 10 à 20 ans.

La loi fait application de ce principe, de la rétroactivité de la prescription, dans l'art. 1402, à propos de la communauté. Il faut savoir que, sous le régime de communauté, les immeubles acquis pendant la communauté, entrent en communauté: ce sont des acquêts. " Tout immeuble, dit l'art. 1402, est réputé acquet de communauté, s'il n'est prouvé que l'un des époux en avait la propriété ou possession légale antérieurement au mariage". Il faut supposer qu'un époux se marie sous le régime de la communauté. Il est à ce moment là possesseur d'un immeuble. Puis la prescription s'accomplit pendant la communauté. La loi, tenant compte de l'effet rétroactif de la prescription, décide que l'immeuble ainsi acquis ne sera pas un acquêt, n'entrera pas en communauté, parce qu'il est considéré comme ayant appartenu à l'époux, antérieurement au mariage, du jour où il est entré en possession de l'époux. Or, les immeubles que possédait un époux avant le mariage, lui restent propres.

Il résulte du meme principe que les droits réels constitués sur l'immeuble par le possesseur avant l'accomplissement de la prescription, sont rétroactivement validés.

Dans quelle mesure la prescription de la propriété produit un effet quant aux droits réels grevant l'immeuble

Par contre, la prescription de la propriété n'éteint pas, par cela même, les charges réelles qui grevaient l'immeuble. Notamment, le possesseur qui acquiert par prescription est tenu de respecter les servitudes qui grevaient l'immeuble, à moins cependant qu'il n'ait possédé un immeuble libre de toute servitude.

Mais encore, même dans ce dernier cas, faut-il faire une distinction : si le possesseur a possédé l'immeuble libre de toute servitude pendant 30 ans, il acquiert la propriété pleine et entière. Il ne peut pas se voir opposer les servitudes, parce que celles-

Source : BIU Cujas

ci sont éteintes par le non usage. Nous verrons, en effet, que le non usage, pendant 30 ans, est une cause d'extinction de la servitude. Si, au contraire, le possesseur a prescrit par 10 ou 20 ans, un immeuble grevé d'une servitude, l'expiration du délai lui fait bien acquérir la propriété, mais la prescription de la propriété ne libère pas l'immeuble de la servitude, parce que la servitude ne peut être éteinte que par le non usage pendant 30 ans.

Acquisition par prescription des droits réels autres que la propriété.

La possession prolongée d'un droit réel d'usufruit ou de servitude peut conduire à l'acquisition par l'usucapion de cet usufruit ou de cette servitude.

Le Code ne fait nulle mention de l'acquisition de l'acquisition de l'usufruit par prescription. Le silence du Code s'explique assez bien par cette raison que l'acquisition d'un usufruit par prescription est chose plutôt théorique. En effet, si une personne possède une chose dans les conditions légales, si elle use de cette chose, si elle en recueille les fruits pendant trente ans ou dix à vingt ans, ce n'est pas seulement l'usufruit qu'elle prescrira, c'est la propriété.

Pour qu'il y ait place pour la prescription de l'usufruit seul, il faudrait supposer quelque chose d'assez peu pratique : qu'une personne ait acquit un usufruit par contrat ou par testament d'un individu qui n'était pas propriétaire, et que cet acquéreur de l'usufruit ait joui de celui-ci pendant dix, vingt ou trente ans, suivant qu'il était de bonne ou de mauvaise foi. En pareil cas, il n'est pas douteux, malgré le silence des textes, qu'il ait acquis l'usufruit par prescription.

Acquisition par prescription de 30 ans des servitudes apparentes et continues

Plaçons-nous dans le cas beaucoup plus pratique de la prescription des servitudes. Il ne s'agit ici que des servitudes établies par le fait de l'homme. Il ne peut être question d'acquérir par prescription une servitude légale puisque cette servitude existe de plein droit.

Peut-on acquérir une servitude par prescription?

Le Code fait une distinction, que nous trouvons dans les art. 690 et 691. Il distingue suivant la nature de la servitude. On sait que l'on distingue: les servitudes continues et discontinues d'une part, les servitudes apparentes et non apparentes d'autre part, double distinction qui aboutit à l'existence de quatre sortes de servitudes : servitudes tout à la fois continues et apparentes, continues et non appa-

Source : BIU Cujas

rentes, discontinues et apparentes, discontinues et non apparentes. Nous allons retrouver ici une première utilité de cette classification. L'art. 690 décide que les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par titre ou par la possession de trente ans.

L'art. 691 ajoute que les servitudes continues non apparentes et les servitudes discontinues, apparentes ou non apparentes, ne peuvent s'établir que par titres. La possession même immémoriale ne suffit pas pour les établir.

Un propriétaire peut prescrire au profit de son fonds une servitude de vue sur le fonds voisin, parce que cette servitude est tout à la fois continue et apparente. Mais un propriétaire ne pourrait prescrire au profit de son immeuble une servitude continue et non apparente, comme la servitude de ne pas bâtir ; une servitude discontinue et apparente, comme le droit de passage quand il existe un chemin tracé ; ni une servitude discontinue et non apparente, comme la servitude de passage quand il n'existe pas de chemin tracé, ou comme la servitude de pacage. Seules donc les servitudes tout à la fois continues et apparentes peuvent être acquises par la prescription : exemple, la servitude de vue.

Le Code civil a pris un moyen terme entre la solution de certaines coutumes qui excluaient toujours la prescription en matière de servitudes, et d'autres coutumes qui admettaient toujours la prescription en cette matière, sans distinction.

Pourquoi le Code a-t-il exclu la prescription pour les servitudes qui ne sont pas tout à la fois continues et apparentes ? Cela s'explique pour certaines, cela s'explique moins pour d'autres.

Exclusion de la prescription des servitudes discontinues parce que les actes de simple tolérance ne peuvent fonder la prescription

Pour les servitudes discontinues, telles que la servitude de passage, on explique généralement l'exclusion de la prescription en disant que les actes qui constitueraient l'exercice de ces servitudes sont présumés par le législateur être simplement tolérés par le propriétaire du fonds sur lequel ils s'exercent.

Je suis votre voisin et depuis longtemps je vous laisse passer sur mon terrain parce que cela vous est plus commode pour sortir, ou encore je vous laisse puiser de l'eau à mon puits. Dans trente ans, pourrez-vous soutenir que vous avez acquis par prescription le droit de passage sur mon fonds ou le droit de puisage sur mon puits ? Non, dit le Code civil, parce que cette servitude de passage ou de puisage est une servitude discontinue : il y a besoin du fait de l'homme pour qu'elle s'exerce. Pourquoi exclut-on l'acquisition par prescription de la servitude ici ?

Source : BIU Cujas

Parce que je suis réputé avoir simplement toléré ces empiètements sur mon terrain, et cela pour user d'un bon procédé vis à vis d'un voisin. Ces empiètements je les ai d'autant plus facilement tolérés que, ne s'exerçant pas de façon continue, ils ne sont pas extrêmement gênants.

Supposez au contraire que la loi permette au voisin d'invoquer la prescription, en pareil cas je me serais bien gardé de tolérer le moindre passage de sa part, et cela au détriment des bonnes relations qu'il est désirable de voir entretenir entre voisins.

L'exclusion de la prescription en matière de servitudes discontinues s'explique donc parce que le droit de servitude serait en pareil cas possédé en vertu d'une simple tolérance. Or, l'art. 2232 décide que les actes de pure faculté et ceux de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession, ni prescription. La tolérance, en un mot, serait pour la possession des servitudes quelque chose d'analogue à ce qu'est la précarité pour la possession de la propriété ; l'une et l'autre interdiraient la prescription.

Exclusion de la prescription des servitudes non apparentes discontinues
Acte de tolérance

Et maintenant comment expliquer l'exclusion de la prescription en matière de servitudes non apparentes ? On a dit d'abord : la possession n'a pas le caractère de publicité exigé par la loi ; mais on peut dire encore ceci : en ce qui concerne les servitudes non apparentes, qui sont en même temps discontinues, comme la servitude de passage lorsqu'il n'y a pas chemin tracé, il faut s'en tenir ici à l'idée de l'acte de simple tolérance.

Exclusion de la prescription pour les servitudes non apparentes continues à raison de leur caractère négatif et parce qu'un acte de pure faculté ne peut fonder la prescription

Restent les servitudes non apparentes mais continues, comme la servitude de ne pas bâtir ; ou la servitude consistant pour le propriétaire du fonds servant sur lequel jaillit une source de laisser s'écouler l'eau sur les fonds inférieurs. Ici l'on conçoit très bien que la prescription soit impossible ; la solution s'impose même, parce qu'il s'agit de servitudes négatives. Une servitude négative ne comporte en effet aucun empiètement du titulaire sur le fonds d'autrui. Or, pour prescrire il faut posséder et posséder, c'est faire un acte sur la chose. Celui qui est titulaire d'une servitude négative, servitude de ne pas bâtir, celui-là n'a aucun acte à faire sur la chose ; il peut simplement exiger que le voisin s'abstienne. Les servitudes négatives échappent donc par leur nature à la possession, par conséquent à la prescription.

D'ailleurs qu'arriverait-il si l'on permettait de prescrire par exemple une servitude de ne pas bâtir ? Voici deux propriétaires voisins, l'un d'une maison,

Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

l'autre d'un terrain non bâti. Le propriétaire du terrain non bâti est resté plus de trente ans sans construire ; puis un jour il construit. Si l'on admettait la prescription, le voisin pourrait prétendre l'empêcher de bâtir sous prétexte qu'il a acquis vis à vis de lui une servitude de ne pas bâtir. Ce serait inadmissible, parce qu'en ne bâtissant pas le propriétaire du terrain non construit n'a fait qu'user de son droit : il a fait ce que l'on appelle un acte de pure faculté. Or, dit l'art. 2232, les actes de pure faculté et de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription.

La jurisprudence a eu l'occasion de faire application de ces principes ; par exemple, pour les servitudes discontinues, l'impossibilité de prescrire une servitude de passage (Chambre des requêtes, 15 mai 1906, Dalloz, 1907, 1,229) ; ou l'impossibilité d'acquérir par la prescription une servitude de ne pas bâtir (Cassation, 17 novembre 1919 ; Sirey, 1921, 1, 98).

Critique de la solution légale concernant les servitudes discontinues apparentes

La loi n'en est pas moins rigoureuse, tout au moins lorsqu'il s'agit de servitudes discontinues et apparentes. Pendant trente ans et plus, vous avez non seulement passé sur mon rerrain, mais vous avez pratiqué un sentier, que vous avez empierré, ou macadamisé ici la servitude est discontinue, mais elle est apparente. Ou bien pendant trente ans vous avez non seulement puisé de l'eau dans mon puits, mais vous y avez installé une pompe ; peut-on dire qu'il y a là simple acte de tolérance ? Ce serait excessif. Ici il y a véritablement emprise sur le terrain ou sur le bien d'autrui. Ici on comprendrait que la prescription fût acquise.

D'ailleurs en pratique on est arrivé dans certains cas à un résultat analogue et même plus complet que celui qu'on obtiendrait si la loi admettait la prescription en pareille matière. Il est arrivé qu'un propriétaire qui se voyait contester le droit de passage qu'il avait exercé pendant trente ans, a soutenu, non pas qu'il avait acquis le droit de passage par prescription, ce qui aurait été impossible, mais qu'il avait acquis la propriété, ou en tous cas la copropriété du terrain sur lequel il exerce le passage, du chemin qu'il avait empierré ou macadamisé, et cette prétention a été accueillie dans certains cas (Cassation, 7 février 1883, Dalloz, 1884,I,128).

Conditions de la prescription des servitudes apparentes et continues

Supposons que nous soyons en présence d'une servitude continue et apparente, qui peut être acquise par prescription. A quelles conditions la prescription s'opèrera-t-elle ? Aux trois conditions qui sont exi-

Source : BIU Cujas

gées pour la prescription de la propriété. Celui qui prétend avoir acquis la servitude doit :

possession qualifiée

1°- l'avoir possédée, c'est-à-dire avoir exercé le droit dans les conditions ordinaires pendant le délai légal ; la possession de ce droit doit présenter ici tous les caractères requis pour conduire à la prescription de la propriété : continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque, et être exercée à titre non précaire. En matière de servitudes, ce qui correspond à la précarité c'est la tolérance. Seulement lorsqu'il s'agit de servitudes continues et apparentes la tolérance ne se présume pas, tandis que pour toute autre servitude la tolérance est présumée légalement et empêche la prescription.

délai de 30 ans

2°- Il faut que la possession ait été prolongée pendant un certain délai, mais quel est ce délai ? D'après la majorité des auteurs et la jurisprudence, le seul délai admis en matière de prescription de servitude c'est le délai de trente ans. On tire argument de l'art. 690 qui nous dit que les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par titre, ou par la possession de trente ans. Il n'y a donc pas en cette matière de prescription de dix à vingt ans. Par conséquent celui qui aurait acquis a non domino une servitude ne pourrait prescrire que par trente ans, quand bien même il aurait juste titre et bonne foi. Il y a là une différence injustifiable avec l'acquisition de la propriété, mais cela paraît bien résulter de l'art. 690.

invoquer la prescription

3°- Pour pouvoir prescrire une servitude continue et apparente, il faut invoquer la prescription. C'est la règle générale en matière de prescription.

Acquisition de la propriété mobilière fondée sur la possession.

Faisons tout de suite un rapprochement avec la propriété immobilière. En matière immobilière nous savons que la possession bénéficie d'une protection particulière sous la forme des actions possessoires ; et d'autre part, en matière immobilière, la possession peut conduire à la propriété par la prescription, par l'usucapion, mais à la condition que la possession ait duré un certain temps, dix à vingt ans ou trente ans, suivant les cas. En matière mobilière, nous allons trouver des règles différentes.

Tout d'abord, pas de protection spéciale de la

Source : BIU Cujas

Absence de protection spéciale en matière mobilière

possession en matière mobilière, ce n'est pas utile ; cela ne veut pas dire que ce soit inconcevable, on peut concevoir la protection en matière mobilière. Certains disent : c'est inutile puisqu'il y a la règle "en fait de meubles possession vaut titre", mais cette règle ne s'applique que dans des conditions déterminées. En tout cas notre droit n'admet pas d'actions possessoires en matière de meubles.

L'acquisition de la propriété des meubles corporels par la seule possession

Par contre, le simple fait de la possession même non prolongée peut entraîner, en matière mobilière corporelle tout au moins, l'acquisition de la propriété, et cela de deux manières : 1° lorsque la possession porte sur une chose mobilière non appropriée, c'est-à-dire une chose qui n'avait jusque là appartenu à personne, ou une chose qui a été délaissée par son propriétaire, la possession fonde un mode d'acquisition de la propriété qu'on appelle l'occupation; celui qui s'empare de la chose avec la volonté d'être propriétaire acquerra la propriété par la seule prise de possession ; 2° lorsqu'il s'agit d'une possession d'une chose appropriée, la possession peut dans certaines conditions conférer la propriété en mettant le possesseur à l'abri de la revendication du véritable propriétaire, mais cela n'a lieu qu'à une condition : c'est que la possession soit de bonne foi.

Les deux effets de la possession de bonne foi. Art. 2279 1° et 2279 2° et 2280

A ce dernier point de vue la possession de bonne foi engendre deux effets : Tantôt la possession engendre elle-même la propriété et elle met obstacle à la revendication du propriétaire sans qu'il soit besoin d'aucun délai ; c'est la conséquence de la règle "en fait de meubles possession vaut titre" (art. 2279, alinéa 1). Tantôt la possession de bonne foi, sans mettre complètement obstacle à la revendication du propriétaire, apporte à cette revendication d'importantes restrictions, lorsqu'il s'agit de meubles corporels perdus ou volés et acquis par un possesseur de bonne foi (art. 2279, al. 2 et art. 2280). Il faut bien distinguer ces deux hypothèses qui n'obéissent pas aux mêmes règles.

Nous allons donc étudier : 1° la règle "en fait de meubles possession vaut titre (art. 2279, al. 1); 2° la revendication des meubles perdus ou volés ; 3° les règles particulières à certains meubles corporels qui sont soumis à une législation spéciale, et notamment les titres au porteur.

Source : BIU Cujas

I - La règle "en fait de meubles possession vaut titre".-

Là se borne en effet la disposition de l'alinéa 1er de l'art. 2279 : "En fait de meubles, la possession vaut titre".

C'est la reproduction d'un adage, d'un dicton employé par les praticiens du XVIIIème siècle. Mais qu'est-ce qu'il y a derrière ce dicton ? On peut le découvrir à l'aide de la tradition et de l'histoire.

Champ d'application de la règle : remise volontaire de la chose par le propriétaire Exemples. Sens de la règle

Il faut d'abord déterminer le champ d'application de la règle. Pour comprendre ce qui va suivre, il faut se rappeler qu'une chose mobilière peut se trouver hors des mains de son propriétaire à la suite de plusieurs évènements : 1° la chose a été remise à un tiers par le propriétaire lui-même ; 2° la chose a été dérobée au propriétaire, ou il l'a perdue. Laissons de côté le cas où le propriétaire l'a volontairement abandonnée ; il ne la réclamera pas.

La règle "en fait de meubles la possession vaut titre" s'applique exclusivement au premier cas, celui où la chose a été remise par le propriétaire à un tiers, à titre précaire. Par exemple, le propriétaire a remis un bijou en dépôt ou l'a prêté à une personne; chose prêtée, ou déposée chez un tiers ; chose remise à un ouvrier pour la façonner, la réparer ; un tableau confié à une personne pour le nettoyer, l'encadrer, peu importe.

A ce cas il faut assimiler celui où la chose a été aliénée par le propriétaire, vendue par exemple, mais où la vente a été résolue ou annulée. En pareil cas le vendeur de la chose peut émettre la prétention de revendiquer sa chose entre les mains de l'acquéreur.

C'est dans ces cas que s'appliquera la règle "en fait de meubles la possession vaut titre". Cela veut dire que celui qui est en possession du meuble en est réputé par la loi propriétaire comme s'il avait acquis la chose en vertu d'un titre ; la possession lui sert de titre ; en conséquence, le propriétaire est non recevable à exercer l'action en revendication contre lui. La possession met obstacle à cette revendication.

Mais il importe de savoir dans quels cas la règle s'applique exactement, de limiter son champ d'application.

Les deux séries de rapports à envisager

Pour cela il faut distinguer d'une part les rapports du propriétaire de l'objet avec celui à qui il l'a confié ou remis, d'autre part les rapports du propriétaire de l'objet avec le tiers acquéreur auquel cet objet aurait été vendu par celui auquel l'objet

Source : BIU Cujas

A. Rapports entre le propriétaire et celui à qui il a remis volontairement la chose.

avait été remis.

D'abord les rapports du propriétaire avec celui auquel l'objet a été confié. Vous avez remis un objet quelconque à une personne, à titre de location, de dépôt, de gage, de mandat, peu importe. En principe, dans les rapports du propriétaire de l'objet avec celui auquel l'objet a été confié, la règle de l'art. 2279 ne s'applique pas; et cela pour deux raisons : d'abord parce que la règle ne concerne que le possesseur ; or, celui auquel l'objet a été confié à titre de dépôt ou à titre de gage, ou à titre de location, celui-là n'est pas un possesseur, il est un simple détenteur précaire puisqu'il possède pour autrui. En second lieu, le propriétaire qui a déposé la chose qui l'a remise en gage, qui a confié cette chose, a une action personnelle en restitution résultant du contrat de dépôt, de gage ou de mandat, il n'a pas besoin de la revendication, il a son action personnelle.

Inapplication en principe de 2279 à condition que le propriétaire puisse démontrer le contrat à raison duquel il a remis la chose

La règle de l'art. 2279 ne s'appliquera certainement pas à supposer que le propriétaire qui a remis la chose puisse démontrer l'existence du dépôt, du gage ou du mandat, en un mot l'existence du contrat par lequel il a confié cette chose au possesseur. S'il ne peut pas faire cette preuve, nous allons voir jouer la règle "en fait de meubles la possession vaut titre" même dans les rapports du propriétaire avec le possesseur. C'est qu'en effet la preuve n'est pas toujours possible. Sans doute celui qui réclame la restitution du meuble sera généralement en état de prouver l'existence du louage, ou du dépôt ou du mandat, mais il peut arriver qu'il en soit autrement, et notamment la question s'est présentée en pratique dans le cas suivant.

Application en matière de don manuel

Une personne meurt ; cette personne possédait des objets mobiliers, des titres au porteur notamment ; elle en était propriétaire à un certain moment tout au moins. Mais à la mort de cette personne, un parent, ou un domestique, ou une concubine, est trouvé en possession des choses mobilières, valeurs ou bijoux, ayant appartenu au défunt. Les héritiers s'étonnent, réclament la restitution de ces choses. A quoi le possesseur répond généralement: ces choses m'ont été vendues, ou bien elles m'ont été données ; il y a eu un don manuel ; c'est le défunt qui avant sa mort m'avait donné ces choses, ces titres ou ces bijoux. Si les héritiers sont en mesure de faire la preuve qu'il n'y a pas eu don mais qu'en réalité ces choses avaient été remises à titre de dépôt ou de mandat, par exemple les titres

Source : BIU Cujas

pour toucher les coupons, ils pourront revendiquer sans difficulté, parce qu'ici le possesseur est un simple détenteur précaire. Mais si les héritiers sont hors d'état de faire cette preuve, nous allons voir intervenir la règle "en fait de meubles possession vaut titre". Celui qui est possesseur de ces objets va jouer le rôle de défendeur, il n'a aucune preuve à faire, la possession va lui servir au moins provisoirement de titre. C'est aux héritiers qu'il appartiendra de combattre cette présomption soit en démontrant le contrat de dépôt ou le contrat de mandat, soit en démontrant que la possession ne présente pas les caractères requis, qu'elle était clandestine ou équivoque. Ils renverseront la présomption tirée de la règle "en fait de meubles possession vaut titre" en démontrant notamment que la possession était clandestine : cette personne à qui on avait remis les titres n'a jamais touché les coupons, ou elle les faisait toucher par un tiers; ce qui démontre que son titre n'était pas clair : ou sa possession était équivoque. S'ils arrivent à démontrer au tribunal que la possession ne présentait pas les caractères requis pour être une véritable possession exempte de vices, il font tomber la prescription découlant de la règle "en fait de meubles possession vaut titre", et c'est alors au domestique ou à la concubine de démontrer l'existence du don manuel qu'il invoque.

Mais si les héritiers n'arrivent pas à le démontrer, c'est le possesseur qui l'emportera. On voit donc que même dans les rapports du propriétaire et de celui qui possède la chose, la règle joue un certain rôle, elle sert de présomption de propriété au profit du possesseur.

B. Rapports entre le propriétaire et le tiers acquéreur. Application de l'art. 2279

Etudions maintenant les rapports entre le propriétaire et un tiers acquéreur auquel l'objet aurait été vendu par exemple ou donné en gage. Voilà le véritable champ d'application de la règle "en fait de meubles possession vaut titre". Des bijoux ont été remis à un ouvrier, ou mis en dépôt chez une personne, celui à qui ces choses avaient été confiées les a vendues à un tiers, ou les a données en gage ; engagées par exemple au Mont de Piété ; il a commis au point de vue pénal un abus de confiance (violation du contrat de dépôt, du contrat de gage ou de mandat), il n'avait pas le droit de les aliéner, il l'a fait néanmoins, il sera poursuivi au pénal, condamné à des dommages-intérêts. Mais le propriétaire voudrait bien rentrer en possession de ces bijoux ou des objets qu'il a remis en gage, parce que l'auteur de

Source : BIU Cujas

l'abus de confiance est probablement insolvable ; le peut-il ? C'est ici que le tiers acquéreur lui opposera la règle "en fait de meubles la possession vaut titre" ; c'est pour cette hypothèse surtout que la règle a été écrite. Cette règle signifie que le tiers acquéreur ne peut être inquiété par l'action en revendication du propriétaire ; étant possesseur il est considéré comme propriétaire en vertu d'une sorte de présomption légale qui n'admet pas la preuve contraire. Evidemment il tenait ses droits d'un individu qui n'était pas le véritable propriétaire, mais la possession va en quelque sorte effacer le vice dont cette possession était entachée.

Conditions pour que le tiers acquéreur puisse invoquer 2279

Mais le tiers acquéreur pourra-t-il opposer sans conditions la règle "en fait de meubles la possession vaut titre" ? L'art. 2279 paraît en effet n'y mettre aucune condition. Cependant telle n'est pas la véritable solution légale, telle qu'elle se dégage de la tradition, de certains textes et telle qu'elle est interprétée en pratique.

La règle "en fait de meubles la possession vaut titre" ne peut être invoquée par le tiers acquéreur qu'à certaines conditions :

I. meuble corporel à condition qu'il ne soit pas hors du commerce ni soumis à une certaine publicité pour sa transmission

1°- Il faut d'abord qu'il s'agisse d'un meuble corporel ; la règle est inapplicable aux meubles incorporels, créances, droits sociaux, fonds de commerce, droits de propriété littéraire et artistique. Echappent également à l'application de la règle certains meubles corporels, ceux qui font partie du domaine public, qui sont par conséquent inaliénables, tels que les objets d'art d'un musée ou les livres d'une bibliothèque publique. De même les meubles historiques classés (loi du 31 décembre 1913, art. 18 et 20). Echappent encore à la règle les meubles dont les mutations sont soumises à une formalité de publicité : tels les navires, les bateaux de rivière dont le tonnage est d'au moins 20 tonnes, et les aéronefs, parce que ces meubles corporels sont traités en réalité comme des immeubles.

2. Bonnefoi (arg. a.1141)

A tous autres meubles corporels la règle s'applique.

2°- Pour pouvoir opposer la règle "en fait de meubles possession vaut titre", il faut avoir été de bonne foi. Cependant l'art. 2279 ne le dit pas expressément. Mais cette solution est certaine. La condition de bonne foi était exigée dans l'ancien droit et en outre elle est exigée dans un certain texte du Code civil qui fait application de la règle "en fait de meubles possession vaut titre", l'art. 1141, qui suppose que le même meuble corporel

2. Bonne foi (arg.a.1141)

Source : BIU Cujas

a été vendu successivement à deux personnes ; le texte nous dit que 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. La loi admet que la propriété est transférée par simple consentement, donc au premier acheteur ; mais il suffit que le second acheteur ait été mis en possession et qu'il soit de bonne foi pour pouvoir opposer la règle "en fait de meubles possession vaut titre".

Inutilité d'un juste titre

Mais la bonne foi suffit, le possesseur n'a pas à faire la preuve d'un juste titre. Ce titre est présumé, c'est la possession qui confère le titre.

Revendication contre le possesseur de mauvaise foi à moins qu'il ait possédé pendant 30 ans

Si au contraire le tiers acquéreur est de mauvaise foi, la revendication du propriétaire est ouverte contre lui, à moins que ce tiers acquéreur n'ait possédé pendant trente ans, auquel cas il a prescrit la propriété. Il y a donc une usucapion mobilière ; dans le cas où le possesseur est de mauvaise foi, il deviendra propriétaire au bout de trente ans, comme peut le faire le possesseur immobilier.

Telle est la véritable portée de la règle "en fait de meubles possession vaut titre".

Rôle de la règle: analogie avec la prescription immobilière par 10 à 20 ans

Le rôle de la règle est un rôle analogue à celui que joue l'usucapion par dix à vingt ans. Un meuble a été confié à une personne qui commet un abus de confiance, qui vend ce meuble et le livre à un tiers de bonne foi. En ce cas le titre d'acquisition est vicié, puisqu'il émane d'une personne qui n'était pas propriétaire, et cependant le possesseur de bonne foi pourra repousser la revendication en vertu de l'art. 2279. Ici il y a véritablement acquisition en vertu de la loi. La possession constitue à elle seule un titre de propriété puisque le titre de l'acquéreur est vicié ; la possession suffit à couvrir la nullité du titre qui émanait d'une personne qui n'était pas propriétaire. Encore une fois, la règle joue un rôle analogue à celui de l'usucapion par dix à vingt ans en matière d'immeubles, avec cette seule différence c'est que la possession suffit et qu'elle n'a pas besoin de durer un certain temps. On a dit quelquefois que l'art. 2279 admet une prescription instantanée.

Quelle est l'origine de la règle et comment se justifie-t-elle ?

Cette règle a son origine dans notre ancien droit, par réaction contre le droit romain. Le droit romain admettait la revendication des meubles, mais en droit romain la revendication des meubles était soumise à un délai plus court que celui de la reven-

Source BIU Cujas Reproduction interdite

dication des immeubles. La tradition française est au contraire hostile à la revendication des meubles. Seulement dans notre ancien droit il faut distinguer trois périodes.

Histoire de la règle

Absence de revendication du propriétaire : meuble n'a pas de suite

Jusqu'au XIIème siècle, sous l'influence du droit germanique, on refuse au propriétaire de meubles en cette seule qualité l'action en revendication, sauf dans deux cas : ceux où la chose a été "emblée" ou "adirée", c'est-à-dire perdue ou volée : "meubles n'ont pas de suite", dit l'adage ancien.

La renaissance du droit romain La revendication du propriétaire. Meubles n'ont pas de suite par hypothèque

Deuxième période : du XIVème au XVIème siècle, sous l'influence des études de droit romain on admet la revendication mobilière. Le droit de suite n'est plus refusé qu'au créancier hypothécaire. On admettait à cette époque l'hypothèque des meubles ; on disait : meubles n'ont pas de suite par hypothèque.

Suppression de la revendication ; en fait de meubles possession vaut titre

Troisième période : aux XVIIème et XVIIIème siècles, on revient à la règle originaire qui supprime la revendication des meubles, et cela pour assurer la sécurité des transactions. L'évolution se fait par voie de jurisprudence et notamment la jurisprudence du Châtelet de Paris qui rétablit la règle "en fait de meubles possession vaut titre". Au XVIIIème siècle le revirement est complet, et un auteur, Bourjon, écrit dans son Droit commun de la France, la maxime "en fait de meubles la possession vaut titre" ; il ne l'a pas inventée, il ne faisait que répéter la maxime qui était en usage dans les tribunaux, il l'a reproduite dans son ouvrage et elle a passé de là dans l'art. 2279.

Justification de la règle par la nécessité d'assurer la sécurité du commerce

Pourquoi avoir admis qu'en fait de meubles la possession vaille titre ? Quelle est la raison d'être de cette disposition, de cette atteinte apportée au principe que celui qui acquiert d'un non propriétaire ne devient pas propriétaire lui-même ?

Cette règle a été admise pour assurer la sécurité des transactions commerciales. Dans le commerce, lorsqu'on achète une chose mobilière, il n'est pas d'usage de demander à son vendeur de produire son titre de propriété. En matière immobilière, c'est normal ; en matière de meubles, l'exigence d'une pareille justification serait contraire à la rapidité des transactions commerciales ; en cette matière il faut se fier à une chose : la possession. L'on comprendrait mal, dès lors, qu'un acheteur qui, de bonne foi, s'est procuré une chose dans des conditions normales pût ensuite être inquiété par le véritable propriétaire qui viendrait à revendiquer sa chose. D'autre part, on ne peut songer en matière mobilière à instituer des formalités de publicité, au moins dans

Source : BIU Cujas

la plupart des cas. Le propriétaire qui a confié son meuble à quelqu'un a mal placé sa confiance, il doit en supporter les conséquences. Il a seulement son recours en dommages-intérêts contre l'auteur de l'abus de confiance.

2 - Seconde hypothèse : le cas de la revendication des meubles perdus ou volés. (art. 2279, al. 2, et 2280).

Du droit de revendication du propriétaire du meuble perdu ou volé

Dans ce cas, s'agissant de meubles perdus ou volés, la règle "en fait de meubles possession vaut titre" ne s'applique plus, et ceci en vertu d'une très ancienne tradition puisque dans notre très ancien droit on admettait la revendication du propriétaire d'une chose emblée ou adirée, perdue ou volée.

L'art. 2279 al. 2 dispose : "Néanmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose 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".

La revendication du propriétaire reste donc ouverte, mais avec des restrictions très sérieuses en faveur du tiers acquéreur de bonne foi.

Il faut entendre le mot "vol" dans le sens le plus strict, qui exclut l'abus de confiance et l'escroquerie ; le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui. Mais il faut encore bien limiter le champ d'application du principe posé par l'art. 2279, al. 2.

Revendication contre le voleur ou l'inventeur pendant 30 ans

Tout d'abord le texte ne s'applique pas dans les rapports du propriétaire et du voleur ou de celui qui a trouvé la chose perdue. Vis à vis du voleur ou de l'inventeur, le propriétaire garde sa revendication pendant trente ans : après trente ans, le voleur ou l'inventeur pourra en avoir acquis la propriété par prescription, mais jusque là la revendication du propriétaire reste possible.

Supposons maintenant que le voleur ou l'auteur de la trouvaille ait aliéné la chose ; le voleur qui a volé un tableau va le vendre à un antiquaire ; ou bien il la donne en gage à un tiers. Quelle est la situation de ce tiers ? Ici encore il faut distinguer suivant que le tiers est de bonne ou de mauvaise foi.

Revendication pendant 30 ans contre le tiers acquéreur de mauvaise foi.

Si le tiers est de mauvaise foi, il reste exposé à l'action en revendication pendant trente ans. La loi ne le dit pas, mais c'est la solution traditionnelle et elle est admise unanimement.

Au contraire, s'il est de bonne foi, l'alinéa 2

Source : BIU Cujas

de l'art. 2279 s'applique. Le tiers acquéreur de bonne foi reste exposé à la revendication du propriétaire, ici la possession ne vaut pas titre, mais la loi soumet la revendication du propriétaire à deux limitations fort importantes.

Revendication contre un possesseur de bonne foi. Double restriction a) limitation de la revendication à 3 ans

1°- La revendication n'est possible que pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, délai fatal, non susceptible d'interruption ni de suspension, à l'expiration duquel le possesseur peut opposer la prescription. Il n'est pas nécessaire que la chose entre les mains du possesseur y ait séjourné pendant trois ans. Le délai se compte à partir du jour de la perte ou du vol, trois ans pendant lesquels l'objet a pu changer de mains ; il suffit que trois ans se soient écoulés depuis la perte ou le vol pour que le propriétaire ait perdu définitivement son droit de revendiquer.

b) remboursement du prix si le possesseur a acheté la chose dans un marché ou chez un marchand de choses semblables

2°- Mais voici une autre limitation au droit du propriétaire. Art. 2280 : "Si le possesseur actuel de la chose volée ou perdue l'a achetée 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 remboursant au possesseur le prix qu'elle lui a coûté". Disposition extrêmement importante, car le plus souvent le tiers acquéreur de bonne foi aura acquis la chose dans ces conditions; il l'aura acquise dans un marché ou d'un marchand vendant des choses pareilles. J'achète un tableau chez un antiquaire ; puis un jour le propriétaire revendique ; ce tableau, soutient-il, lui a été volé il y a deux ans ou dix huit mois. J'ai acheté ce tableau chez un marchand vendant des choses pareilles, chez un antiquaire, je ne puis pas résister à la revendication du propriétaire puisque le délai de trois ans n'est pas écoulé, mais je puis invoquer l'art. 2280 et ne restituer la chose qu'à la condition que le propriétaire me restitue le prix que j'ai payé. Bien souvent le propriétaire n'aura pas intérêt à payer cette somme ou bien il n'aura pas les fonds suffisants pour payer le prix qu'elle a coûté ; c'est quelque chose d'équivalent à la protection résultant pour le possesseur de bonne foi de la règle "en fait de meubles possession vaut titre".

III - Législation spéciale à certains meubles corporels.

Non seulement les règles des art. 2279 et 2280 ne s'appliquent pas aux meubles incorporels, mais même elles sont sans applications vis à vis de cer-

Source : BIU Cujas

tains meubles corporels.

Meubles du domaine public Meubles classés à raison de leur caractère historique

Echappent d'abord à la règle les meubles qui font partie du domaine public et sont inaliénables et imprescriptibles. Il en est ainsi encore des objets mobiliers classés à raison de leur intérêt historique L'art. 18 de la loi du 31 décembre 1913 sur les monuments historiques décide que ces objets mobiliers classés sont imprescriptibles. En outre, ceux qui appartiennent à l'Etat sont inaliénables, ceux qui appartiennent à une personne morale publique ne peuvent être aliénés qu'avec l'autorisation du ministre des Beaux-Arts, et leur propriété ne peut être transférée qu'à l'Etat ou à une personne morale publique ou d'utilité publique. Si un objet de ce genre est aliéné en violation de ces dispositions, la nullité de l'aliénation peut être demandée par le ministre des Beaux-Arts.

Mais il peut arriver que la chose ait été aliénée au profit d'un sous-acquéreur et que ce sous-acquéreur soit de bonne foi. En pareil cas l'art. 20 de la loi du 31 décembre 1913 décide que cet acquéreur ou sous-acquéreur de bonne foi entre les mains duquel l'objet est revendiqué a droit au remboursement de son prix d'acquisition ; application est faite ici de la règle de l'art. 2280. Mais la revendication est possible, contrairement à la règle de l'art. 2279.

Il en est de même si l'objet a été perdu ou volé. S'il est parvenu entre les mains d'un sous-acquéreur de bonne foi, ce sous-acquéreur pourra être l'objet d'une revendication qui ne paraît pas pouvoir être prescrite, mais il obtiendra le remboursement de son prix d'acquisition.

Valeurs au porteur - Inconvénients de l'application des art 2279, 2280

Arrivons à la question des titres au porteur. Les dispositions des art. 2279 et 2280 ont subi depuis 1872 d'importantes dérogations en ce qui concerne les titres au porteur, lesquels sont assimilés à des meubles corporels. Jusqu'à la loi du 15 juin 1872 le propriétaire d'un titre au porteur qui en était dépossédé était soumis aux règles des art. 2279 et 2280, c'est-à-dire que la revendication du titre n'était possible contre un sous-acquéreur qu'en cas de perte ou de vol, mais non en cas d'abus de confiance ; mais meme en cas de perte ou de vol, comme le titre avait été généralement acheté en bourse ou en banque, c'est-à-dire sur un marché ou d'un marchand vendant des choses pareilles (pour employer les expressions de l'art. 2280), le propriétaire des titres était obligé de rembourser à l'acquéreur son prix d'achat, ce qui rendait souvent inutile son

Source : BIU Cujas

droit de revendication, à moins que le cours des titres n'eût monté considérablement entre le jour où le sous-acquéreur les avait achetés et le jour dela revendication.

Les lois de 1872 et 1902

A la suite des évènements de la guerre de 1870, période pendant laquelle beaucoup de titres avaient été perdus ou volés, et en présence de l'accroissement des valeurs mobilières qui, en France, sont répandues dans toutes les classes de la société, on jugea nécessaire d'améliorer la situation des porteurs de titres. De là la loi du 15 juin 1872, qui a été modifiée par une loi du 8 février 1902.

La loi de 1872 comprend deux catégories de dispositions, les unes relatives aux mesures à prendre par le propriétaire dépossédé vis à vis de l'établissement débiteur, c'est-à-dire la société qui a émis les titres ou la personne morale publique qui a émis les obligations, mesure destinée à éviter le paiement des coupons et du capital entre les mains d'un tiers porteur ; ces mesures ne nous intéressent pas ici; une deuxième catégorie de mesures, à l'effet de permettre au propriétaire de revendiquer son titre même entre les mains d'un tiers acquéreur de bonne foi. C'est ce qui nous intéresse ici ; nous sommes ici en présence d'une dérogation aux règles des art. 2279 et 2280.

Condition d'application: dépossession par un évènement quelconque

Tout d'abord la loi de 1872 peut être invoquée par tout propriétaire dépossédé par quelque évènement que ce soit, dit le texte, c'est-à-dire non seulement à la suite de perte ou de vol, mais même à la suite d'un abus de confiance ou d'une escroquerie. Donc ici plus de distinction à faire entre le cas de l'art. 2279, alinéa 1er, abus de confiance, et l'alinéa 2, perte ou vol.

Opposition à la société débitrice: publication au bulletin officiel des oppositions

Ce propriétaire ainsi dépossédé peut notifier au syndicat des agents de change de Paris un acte d'opposition par ministère d'huissier, acte d'opposition indiquant le nombre, la nature, la valeur nominale, le numéro des titres dont il a été dépossédé. Le syndicat des agents de change doit publier les numéros des titres frappés d'opposition dans un certain délai, dans un bulletin qu'il édite qu'on appelle le Bulletin des oppositions.

Inopposabilité au propriétaire de la négociation faite postérieurement à la parution du Bulletin. Re-

Deux cas peuvent alors se présenter.

Premier cas : le titre n'est négocié ou transmis par le voleur ou l'auteur de la trouvaille, ou celui à qui les titres avaient été confiés, que postérieurement au jour où le Bulletin des oppositions est parvenu ou aurait pu parvenir par la poste dans le lieu où la négociation a été faite. En pareil cas,

Source : BIU Cujas

endication endant 30 ans ême contre un iers de bonne oi, sans in- emnité

l'art. 12 décide que la négociation est sans effet vis à vis du propriétaire opposant, c'est-à-dire que, par dérogation aux articles 2279 et 2280, le propriétaire dépossédé qui a fait opposition en temps utile, pourra revendiquer ses titres entre les mains de tout tiers acquéreur, même de bonne foi, sans que ce tiers acquéreur puisse lui réclamer le remboursement de son prix d'achat. Cela pendant trente ans ; dérogation ici à l'art. 2279, al. 2 La revendication en cas de perte ou de vol n'est pas limitée à trois ans ; en cas d'abus de confiance la revendication est possible, alors qu'elle ne le serait pas s'il s'agissait d'un meuble corporel ordinaire.

En outre, dérogation à l'art. 2280 : le propriétaire opposant n'a rien à rembourser même au tiers acquéreur de bonne foi. Ce tiers acquéreur d'ailleurs n'est pas démuni de toute garantie : il aura un recours contre son vendeur et notamment contre l'intermédiaire, agent de change ou autre, qui lui aura livré des titres frappés d'opposition. Voilà donc le propriétaire qui est garanti ; il a fait opposition en temps utile

pposition postérieure à la négociation. pplication de 279 et 2280

Deuxième cas : le titre avait été négocié antérieurement à la publication de l'opposition, avant le jour où le Bulletin des oppositions est parvenu au lieu de la négociation ; l'opposition est tardive. En pareil cas (art. 14 de la loi de 1872) il faut s'en tenir purement et simplement aux articles 2279 et 2280. Si le propriétaire a été dépossédé par abus de confiance, aucune revendication n'est possible contre un tiers de bonne foi. S'il y a eu perte ou vol, la revendication est possible, même si le tiers acquéreur est de bonne foi, et il est souvent de bonne foi parce qu'il a acheté les choses dans une banque ou par l'intermédiaire d'un agent de change à la Bourse. La revendication sera possible pendant trois ans, mais le propriétaire dépossédé devra rembourser au tiers acquéreur le coût de son acquisition, ce qui lui enlèvera presque toujours tout intérêt à exercer la revendication.

La possession peut devenir une source d'acquisition de la propriété mobilière sous la forme de l'occupation.

L'occupation.-

éfinition.

L'occupation c'est l'acquisition par voie de

Source : BIU Cujas

Application de l'occupation en matière mobilière

prise de possession d'une chose n'appartenant à personne. Théoriquement l'occupation pourrait s'appliquer aussi bien aux immeubles qu'aux meubles, mais dans notre droit elle ne s'applique qu'en matière mobilière. On considère généralement, par application de l'art. 713, qu'un immeuble abandonné par son propriétaire appartient à l'Etat. L'art. 713 nous dit en effet : "Les biens qui n'ont pas de maître appartiennent à l'Etat". Il semblerait même, à lire ce texte, que l'occupation ne put s'appliquer aux meubles, puisque la formule de l'art. 713 est générale : " les biens qui n'ont pas de maître appartiennent à l'Etat", et que d'autre part les art. 711 et suivants ne mentionnent pas l'occupation parmi les modes d'acquisition de la propriété. Néanmoins, il résulte des travaux préparatoires du Code que la formule de l'art. 713 est trop absolue et le Code a lui-même prévu dans les art. 714 et suivants certains cas d'occupation.

L'occupation ne s'applique qu'aux meubles. C'est l'acquisition de la propriété par prise de possession d'un meuble qui n'appartient à personne. Les meubles qui n'appartiennent à personne peuvent être rangés suivant une distinction très ancienne, déjà faite par les Romains, en choses qui n'ont jamais eu de maître, res nullius, et choses volontairement abandonnées par leur propriétaire, res derelicta. Ces choses deviennent la propriété du premier occupant.

res nullius le gibier

Parmi les res nullius, il faut faire une mention spéciale du gibier et du poisson qui sont acquis par voie d'occupation par le chasseur ou le pêcheur. Il y aurait à parler ici des questions juridiques qui se posent à l'occasion de l'acquisition du gibier ou du poisson parle chasseur ou le pêcheur , mais le temps nous fait défaut.

res derelicta

Quant aux res derelicta, rien de spécial à en dire, si ce n'est que l'application la plus pratique et journalière de l'acquisition des res derelicta par voie d'occupation est celle qui résulte de l'industrie des chiffonniers.

L'invention des choses trouvées dont le propriétaire est inconnu

Mais on considère généralement comme acquise par voie d'occupation la propriété des choses trouvées, dont le propriétaire est inconnu ; on donne à ce fait une dénomination particulière : l'invention au sens étymologique, celui qui trouve la chose étant l'inventeur. En réalité, il y a là quelque chose de distinct de l'occupation, parce que la chose égarée par son propriétaire et trouvée notamment sur la voie publique n'est ni une res nullius ni une res derelicta ; la meilleure preuve, c'est que l'art. 2279 permet au propriétaire de la chose, qui a égaré cette

Source : BIU Cujas

chose, qui l'a perdue, de la revendiquer pendant trois ans contre les tiers de bonne foi et pendant trente ans contre les tiers de mauvaise foi.

Cependant on comprend que les auteurs fassent rentrer ce mode d'acquisition de la propriété dans celui de l'acquisition par voie d'occupation, parce que très souvent le propriétaire de la chose perdue et trouvée sur la voie publique restera inconnu et qu'au bout d'un certain délai l'auteur de la trouvaille deviendra propriétaire comme s'il s'agissait d'une res derelicte.

L'invention donne lieu à deux applications pratiques : l'acquisition du trésor et l'acquisition des épaves.

Application au trésor Définition

Le trésor : il est défini par l'art. 716 "toute chose cachée ou enfouie sur laquelle personne ne peut justifier sa propriété et qui est découverte par le pur effet du hasard".

Conditions pour qu'il y ait trésor

A quelles conditions y a-t-il trésor ? 1°) il doit s'agir tout d'abord d'une chose mobilière, quoique le texte ne le dise pas, mais c'est une solution traditionnelle. Un immeuble n'est pas un trésor, cela a été jugé notamment pour une mosaïque ancienne qui présentait les caractères d'un immeuble (Cassation 13 décembre 1881, Dalloz, 1881, 1,55).

2°) Le trésor est une chose cachée ou enfouie. Ce n'est pas une chose que l'on trouve à la surface du sol ; la chose trouvée à la surface du sol est une épave. La chose peut être cachée dans le sol ou dans un mur ou dans un meuble ; il arrive qu'un individu qui achète un meuble à la salle des ventes a l'agréable surprise de trouver des billets de banque ou des pièces d'or dans un tiroir plus ou moins secret de ce meuble.

3°) Ce qui caractérise le trésor et le différencie des res nullius c'est que la chose a été autrefois appropriée, mais sur elle personne ne peut plus justifier de son droit de propriété.

La loi dit qu'il faut que ce trésor ait été découvert par le pur effet du hasard. C'est sans intérêt, ce n'est même pas vrai. car il y aura trésor même si le propriétaire du sol a fait faire des fouilles dans l'espoir de trouver ce trésor; auquel cas le hasard n'a aucun rôle.

Attribution du trésor: distinction selon qu'il a été trouvépar le propriétaire du

A qui sera attribué le trésor ?

1°) Art. 716 : "La propriété d'un trésor appartient à celui qui le trouve dans son propre fonds ; si le trésir est trouvé dans le fonds d'autrui, il appartient pour moitié à celui qui l'a découvert, et pour l'autre moitié au propriétaire du fonds"

« Les Cours de Droit »
3 Place de la Sorbonne, 3
Source : BIU Cujas
Répétitions écrites et orales
Reproduction Interdite
Y

fonds ou par un tiers

Le trésor appartient en principe au propriétaire du fonds dans lequel la chose était enfouie, et cela même si le trésor a été découvert par un ouvrier ou par une personne quelconque que le propriétaire du sol avait chargée de découvrir le trésor. Le propriétaire du sol a engagé des ouvriers dans le but de rechercher et de découvrir le trésor, le propriétaire seul a droit au trésor, les ouvriers n'y ont aucun droit, ils n'ont droit qu'à leur salaire.

2°) Le trésor a été découvert par un autre que le propriétaire et sans que ce propriétaire ait engagé la personne qui a découvert pour faire des recherches. Cette découverte est l'effet du hasard : il y a lieu à partage ; la moitié du trésor ira à celui qui a découvert le trésor, par exemple à l'ouvrier qui creusait les fondations, et l'autre moitié au propriétaire du sol. Mais si le tiers qui a découvert le trésor avait fait des travaux sans aucune autorisation du propriétaire, on s'accorde à lui refuser toute espèce de droits sur le trésor.

Revendication du propriétaire s'il vient à se révéler

Si le propriétaire se révélait, quels seraient ses droits, s'il justifiait de sa propriété ? L'action en revendication lui serait ouverte pendant trente ans à dater de la découverte. Il ne peut être question ici de la revendication de l'art. 2279, qui n'est ouverte que pendant trois ans lorsqu'il s'agit de choses perdues ou volées, car il ne s'agit pas ici d'une chose perdue ou volée ; le propriétaire a donc trente ans pour revendiquer sa chose et le délai de trente ans ne court que du jour de la découverte ; on ne peut pas faire courir la prescription avant la découverte, car le droit de propriété ne se perd pas par le non usage.

Parlons maintenant des épaves. On appelle épave toute chose perdue ou égarée. On distingue les épaves maritimes, les épaves fluviales et les épaves terrestres. Pour les épaves maritimes et les épaves fluviales il y a des textes spéciaux qui attribuent en principe ces épaves à l'Etat.

En ce qui concerne les épaves terrestres, il existe dans certains cas des textes ; par exemple pour les choses abandonnéeschez les ouvriers et les industriels : une montre abandonnée chez un horloger, à qui on l'avait donnée à réparer, ou bien les choses abandonnées chez les hôteliers ou aubergistes. Dans ces cas la loi prescrit la vente aux enchères de la chose abandonnée, le prix étant déposé dans une caisse publique et réservé au propriétaire, l'ouvrier bien entendu ayant le droit de se faire payer de ce qui lui

Source : BIU Cujas

est dû. L'adjudicataire devient propriétaire de la chose par une véritable acquisition en vertu de la loi.

Acquisition des épaves terrestres à défaut de textes spéciaux. Prescription de 30 ans par l'inventeur Application au tiers acquéreur de bonne foi de 2279

Que décider dans les cas où il n'existe pas de disposition semblable ? Une personne a trouvé un bijou ou un portefeuille sur la voie publique ; à qui appartient cette épave ? Elle n'appartient pas à l'Etat, bien qu'on ait soutenu autrefois le contraire ; elle devient la propriété de l'inventeur, mais à quel titre ? Ce n'est pas par voie d'occupation, car il ne s'agit pas d'une res derelicta; celui qui a perdu la chose en reste propriétaire, l'inventeur ne deviendra propriétaire que par la prescription, mais quelle prescription ? On a proposé parfois d'appliquer ici la prescription de trois ans de l'art. 2279 al. 2. Cette solution doit être rejetée, car l'inventeur n'est pas de bonne foi, il sait fort bien que la chose ne lui appartient pas ; or, la revendication est ouverte pendant trente ans contre l'inventeur, et d'une manière générale contre tout tiers acquéreur de mauvaise foi. La seule prescription applicable par conséquent est la prescription de trente ans.

Cependant, et ici nous retombons dans l'art. 2279, si l inventeur avait vendu la chose et si celle-ci était entre les mains d'un sous-acquéreur de bonne foi, on se trouverait alors dans le cas de l'art. 2279 al. 2 ; le propriétaire ne pourrait revendiquer que pendant trois ans contre ce sous-acquéreur.

Dépôt entre les mains de l'administration des objets trouvés

Mais voici une question qui se pose en pratique et sur laquelle on est fort mal renseigné dans le public. Dans un grand nombre de villes, les règlements municipaux imposent à l auteur de la trouvaille de faire une déclaration à l'autorité et de remettre l'objet. Si dans un certain délai, souvent un an, l'objet n'a été réclamé par personne, on le remet à l'inventeur. N'en doit-on pas conclure que cette remise suffit à rendre l'inventeur propriétaire ? Certainement non. La déclaration rend l'inventeur de bonne foi au point de vue pénal, mais non au point de vue civil. Par conséquent, en principe il faudrait admettre qu'il ne deviendra propriétaire qu'au bout de trente ans. Cependant, il est une opinion qui a été soutenue d'après laquelle la remise de la chose par l'administration à l'inventeur au bout d'un an suffirait à intervertir son titre et à le faire désormais considérer comme un possesseur de bonne foi contre lequel la revendication ne pourrait plus être exercée que conformément à l'

Source : BIU Cujas

art. 2279, al. 2, c'est-à-dire pendant trois ans à dater de la perte. En législation ce serait assurément la meilleure solution.

Chapitre IV

PROTECTION DE LA PROPRIETE ET DES AUTRES DROITS REELS PRINCIPAUX

Dans ce chapitre, nous ne nous occuperons que de la protection de la propriété immobilière. Nous n'avons pas à nous occuper de la protection dela propriété mobilière ; il n'y a pas d'actions possessoires en matière mobilière. D'autre part, le propriétaire d'un meuble voit souvent son action en revendication entravée par la règle de l'art. 2279. Il vaut par conséquent mieux que nous nous attachions uniquement à étudier la protection de la propriété immobilière et sur ce point nous serons très brefs.

Nous n'avons pas à étudier ici la protection de la propriété immobilière contre les empiètements possibles de l'administration. Nous ne nous occupons que dela question des droits du proprétaire contre les empiètements émanant de particuliers. A ce point de vue les droits du propriétaire sont garantis d'abord par les actions possessoires, en second lieu parles actions pétitoires ; enfin, dans certains cas par l'action en dommages-intérêts fondée sur l'art. I382 et suivants du Code civil.

Quelques mots des actions possessoires et des actions pétitoires.

Les actions possessoires.- On donne ce nom aux actions qui protègent la possession pour elle-même. Ce qui différencie l'action possessoire de l'action pétitoire c'est que dans l'instance possessoire la seule question à débattre est celle de savoir si le demandeur possédait l'immeuble dans les conditions prescrites par la loi. Cette preuve étant faite il doit être maintenu dans sa possession. Dans l'instance pétitoire, au contraire, on agite la question de l'existence du droit de propriété. Pour le moment nous ne nous occupons que de la protection de la propriété immobilière ; nous dirons

Source : BIU Cujas

quelques mots par la suite de la protection des droits réels autres que la propriété.

Nous avons déjà dit qu'en protégeant la possession on protège souvent la propriété. Il est plus facile de défendre sa possession que sa propriété.

Les actions possessoires diffèrent à différents points de vue des actions pétitoires. Les actions possessoires sont de la compétence du juge de paix, et en appel du tribunal de première instance ; l'action pétitoire est de la compétence du tribunal civil et en appel de la cour d'appel. D'une façon générale nous avons vu que les actions possessoires peuvent s'exercer plus facilement que les actions pétitoires. En particulier les administrateurs de biens d'autrui tels que le tuteur exercent sans aucune autorisation les actions possessoires, tandis que le tuteur a besoin de l'autorisation du conseil de famille pour intenter une action pétitoire immobilière.

Les 3 actions possessoires

Il existe dans notre droit trois actions possessoires, qui sont énumérées dans les lois sur la justice de paix, loi de 1838 et loi du 12 juillet 1905. Ces actions, qui nous viennent de l'ancien droit, portent des noms singuliers. Elle s'appellent : la complainte, la dénonciation de nouvel oeuvre, et la réintégrande.

La complainte c'est l'action possessoire par excellence. Elle est exercée par le possesseur contre toute personne qui le trouble dans sa possession. Par exemple, une personne est en possession d'un champ, et voici que le voisin laboure et ensemence une parcelle de ce champ en bordure ; il trouble le possesseur du champ, qui est souvent le propriétaire; celui-ci exercera une action en complainte contre le voisin qui a empiété en labourant une parcelle que le possesseur possédait depuis un certain temps.

Condition pour pouvoir intenter la complainte

A quelles conditions peut-on exercer la complainte ?

Il faut, 1°) être possesseur ; 2°) avoir une possession exempte de vices, présentant les qualités prévues par l'art. 2279 ; 3°) il faut avoir été en possession depuis un an au moins avant le trouble ; la protection possessoire, la complainte n'est pas accordée à celui qui ne possède pas depuis un an ; 4°) enfin, il faut que l'action soit formée dans l'année du trouble. Si ces conditions sont réunies le possesseur obtiendra du juge de paix un jugement qui ordonnera à celui qui trouble le possesseur de mettre fin à ses agissements.

Source : BIU Cujas

La dénonciation de nouvel oeuvre, est une variété de la complainte qui ne présente pas un intérêt particulier. C'est une action possessoire ayant pour objet de faire ordonner la suspension de travaux qui, lorsqu'ils seraient achevés, seraient susceptibles de troubler le possesseur.

La réintégrande en cas de possession violente accordée en jurisprudence même au simple détenteur

Quant à la réintégrande, qui a son origine dans le droit canonique, elle a, tout au moins d'après notre jurisprudence, une nature tout à fait particulière. La réintégrante suppose une dépossession violente. Par exemple, le propriétaire voisin d'un champ détruit une partie des récoltes qui sont sur le champ voisin, il place des fils de fer barbelés en soutenant que cette parcelle lui appartient. La réintégrande est ouverte contre l'auteur de cette dépossession violente.

La réintégrande, - d'après la jurisprudence tout au moins, car tout cela a été controversé - est admise beaucoup plus facilement que la complainte. Sans doute, comme toute action possessoire, elle doit être exercée dans l'année du trouble, mais elle n'exige pas que le possesseur ait été en possession depuis un an. Ici il s'agit d'un acte grave, il faut faire cesser cet acte de nature à troubler l'ordre public. En outre, solution extrêmement importante, consacrée par la Cour de Cassation, la réintégrande est accordée même au simple détenteur, au possesseur précaire. Il y a une jurisprudence abondante sur ce point. De ce fait la réintégrande cesse d'être une action possessoire. Elle apparaît, dit la Cour de cassation, comme une mesure d'ordre et de paix publique qui procède du principe que nul ne peut se faire justice à soi-même. Elle est ouverte même au profit des simples détenteurs, au profit d'un fermier par exemple; le fermier ne pourrait pas exercer la complainte, c'est le propriétaire qui peut l'exercer. Mais le fermier dont les récoltes ont été détruites, ou qui se heurte à une dépossession violente, peut exercer la réintégrande. "Spoliatus ante omnia restituendus", dit le droit canonique. Le mot réintégrande s'explique parce que le canon qui annonçait cette action commençait par le mot :"Redintegranda".

Les actions pétitoires.- En matière de propriété immobilière, les actions pétitoires sont l'action en revendication et l'action négatoire.

L'action négatoire, c'est celle parlaquelle le propriétaire entend faire juger que son immeuble est exempt et libre de tout droit réel, et de servitude.

définition

L'action en revendication est l'action par laquelle une personne entendfaire reconnaître son droit

Source : BIU Cujas

de propriété sur une chose et obtenir la restitution de cette chose. Elle est dirigée contre le détenteur ou le possesseur. La revendication existe en matière mobilière comme en matière immobilière, sauf en matière mobilière à se heurter à la règle "en fait de meubles possession vaut titre", ou à la restriction de l'art. 2279, al. 2.

Nous ne parlons que de la revendication immobilière. Ici une difficulté considérable. Le demandeur à l'action en revendication doit justifier de son droit de propriété ; c'est à lui qu'incombe la charge de la preuve, et là nous apparaît une des utilités de la possession, le possesseur jouant le rôle de défendeur à la revendication.

La preuve de la propriété; utilité à cet égard de la prescription

Mais comment faire la preuve de la propriété ? Dans les pays où existe le livre foncier, c'est facile . Le propriétaire est celui qui est inscrit au livre foncier et qui tient ses droits d'une personne inscrite au livre foncier, même si ce n'est pas le véritable propriétaire. Dans notre droit la transcription ne joue pas le même rôle ; on aura beau avoir transcrit son acquisition, si l'on tient son droit d'une personne qui n'est pas le véritable propriétaire, l'acquisition est sans valeur.

Alors, comment faire la preuve de la propriété si la transcription ne nous sert à rien à ce point de vue là ? Nos anciens auteurs disaient que la preuve de la propriété était une preuve diabolique, presqu'impossible à faire ! Heureusement, la prescription vient rendre un service éminent en cette matière. Il suffira en effet au revendiquant de démontrer que par lui-même ou par ses auteurs il a possédé pendant le temps de la prescription et il fera ainsi la preuve de son droit de propriété.

Mais ce n'est pas toujours possible, soit parce que la possession ne présente pas les qualités requises pour la prescription, soit parce qu'il y a eu des causes d'interruption ou de suspension, ou encore, parce que les éléments de preuve font défaut. Comment le revendiquant pourra-t-il faire la preuve de son droit de propriété ?

Preuve à défaut de prescription Caractère relatif de cette preuve

Théoriquement il ne lui suffit pas de présenter un titre constatant que la propriété lui a été vendue ou donnée ; il faudrait démontrer encore que son auteur tenait lui-même sa propriété du véritable propriétaire, et ainsi de suite en remontant. Il a donc été nécessaire de chercher un système de solution pratique. Voici comment on a raisonné.

Les juges chargés de trancher un procès de revendication n'ont pas à rendre une décision d'une

Source : BIU Cujas

portée absolue : ils doivent se placer à un point de vue purement relatif, celui des deux parties en cause, le demandeur et le défendeur à la revendication Il ne s'agit pas, dit-on, de savoir quel est du demandeur ou du défendeur qui a un droit de propriété absolue, opposable à tous ; peut-être, après tout, aucun d'eux n'est-il réellement propriétaire. La question est de savoir, suivant la formule d'Aubry et Raud reproduite par certains arrêts, quel est celui des deux qui a un droit meilleur ou plus probable que celui de l'autre. qui offre les plus grandes probabilités. Ici il ne s'agit pas de faire une preuve scientifique absolue, il s'agit de quelque chose de très relatif; quel est celui des deux, du demandeur ou du défendeur, qui offre les présomptions les plus vraisemblables ? C'est celui-là qui l'emportera dans le procès en revendication.

Mais c'est une question de fait alors ? Oui, dans une large mesure. Cependant la Cour de cassation a posé en cette matière un certain nombre de principes, car les juges auraient pu se laisser abandonner à des solutions arbitraires. Finalement, la jurisprudence établit en cette matière un système de preuve dont voici les principaux éléments.

Il faut distinguer trois cas.

I- aucune des deux parties ne possède de titre

1°- Premier cas : aucune des parties, demandeur ou défendeur, n'invoque un titre à l'appui de son droit de propriété prétendu.. Bien que cela semble devoir être rare, il y en a encore un exemple tout récent. Le défendeur invoque sa possession actuelle, mais qui n'est pas étayée sur un titre ; le demandeur allègue des faits de possession anciens, des présomptions tirées de l'état des lieux, et autres circonstances. Comment trancher la question ? La Cour de cassation décide que si la possession du défendeur est une possession utile, c'est-à-dire présentant les qualités requises pour l'usucapion, l'action du demandeur doit être rejetée. Il faut donner raison au possesseur du moment que sa possession présente les qualités requises pour mener à la prescription.

Mais il peut en être autrement ; si le défendeur n'a pas une possession utile pour la prescription et si le demandeur n'invoque que des faits de possession anciens, les juges devront décider d'après les présomptions de fait, empruntées aux documents et circonstances de la cause, d'après une enquête ou un état des lieux ou des éléments fournis par le cadastre, ou la position d'une borne. Un procès curieux a eu lieu récemment entre l'Etat, propriétaire de la forêt de Marly et un propriétaire

Source : BIU Cujas

dont la propriété bordait ladite forêt, au sujet d' une parcelle de terrain. Ni l'Etat ni le propriétaire n'avaient de titre, et ils n'avaient ni l'un ni l'autre une possession véritable. Le tribunal s'est décidé d'après l'état des lieux, certaines circonstances de fait, certaines constatations ; finalement c'est l'Etat qui a gagné le procès (Cassation, 29 mars 1933, Sirey, 1933, I, 224).

2. Conflit entre le titre du demandeur et la possession du défendeur

2°- Deuxième cas : le demandeur seul a un titre, le défendeur se borne à invoquer sa possession. Le titre du demandeur suffira-t-il à faire gagner son procès au demandeur ? Pas forcément, dit la Cour de cassation ; si la possession du défendeur remonte à une date antérieure à celle du titre produit, la revendication doit échouer (Cassation, 14 juin 1904 ; Dalloz 1905, 1, 8). Le demandeur triomphera au contraire si le titre est antérieur en date à la possession du défendeur.

3. Conflit entre les titres des deux parties

3°- Troisième cas : le défendeur et le demandeur invoquent l'un et l'autre un titre. Pas de difficulté si les deux titres émanent du même auteur, parce qu'ici le conflit se tranchera d'après l'antériorité de la transcription, ou s'il s'agit d'actes non soumis à transcription d'après l'antériorité des titres eux-mêmes. Mais lorsque les titres émanent d'auteurs différents, la transcription en pareil cas ne peut être d'aucune utilité; elle ne peut servir qu'à trancher le conflit existant entre ayants-cause d'un même auteur. Certains arrêts de cours d'appel ont jugé qu'il fallait ici donner la préférence au titre le plus ancien. Mais la Cour de cassation a condamné cette solution dans un arrêt du 12 novembre 1907 (Dalloz 1908, 1, 313, avec note de M. Ripert). Il résulte de cet arrêt, qui a surtout une portée négative, que ce n'est pas forcément le titre le plus ancien qui doit l'emporter. En particulier le défendeur, quoiqu'ayant le titre le plus récent, devra être maintenu en possession s'il peut invoquer en même temps une possession antérieure au titre du demandeur et une possession utile pour l'usucapion.

Ce qu'il faut entendre par titre

Quand on parle de "titre" en cette matière ; de quel titre s'agit-il ? S'agit-il nécessairement d'un titre translatif de propriété, d'une vente, d'une donation ? Pas nécessairement, comme titre on peut très bien invoquer un partage qui est un acte déclaratif. Cela s'explique parce que le titre que l'on produit n'est invoqué qu'à titre de simple présomption de nature à renforcer la conviction du juge.

Lorsque le propriétaire a réussi dans sa reven-

Source : BIU Cujas

dication, la chose doit lui être restituée, mais le possesseur de bonne foi n'a pas à restituer les fruits, tout au moins jusqu'au jour de la demande. La question des impenses se pose également, impenses nécessaires, impenses utiles, impenses voluptuaires. Une autre question peut également se poser quant aux constructions qui ont pu être élevées par le possesseur (art. 555) ; c'est un cas d'accession immobilière, précédemment étudié.

Protection des droits réels immobiliers autres que la propriété.-

Nous retrouvons ici la distinction du possessoire et du pétitoire.

Celui qui possède un droit de servitude ou un droit d'usufruit immobilier dans les conditions prévues parla loi peut exercer une action possessoire pour se faire maintenir en possession.

D'autre part celui qui prétend être titulaire d'une servitude sans être possesseur peut exercer une action pétitoire à laquelle on a conservé le nom romain d'action confessoire.

protection possessoire des droits réels Usufruit

Occupons-nous d'abord de la protection possessoire des droits réels immobiliers.

Pas de difficulté en ce qui concerne l'usufruit L'usufruitier n'est pas possesseur en tant qu'il s'agit de la propriété, mais il possède son droit d'usufruit. Si donc il est troublé dans l'exercice de son droit, il peut exercer l'action possessoire, complainte ou réintégrande.

Servitudes - Limitation de l'action possessoire aux servitudes apparentes et continues et aux servitudes non apparentes et discontinues quand il y a titre

La question de la protection possessoire est plus complexe en ce qui concerne les servitudes. Aucun texte à cet égard. Mais la jurisprudence fait une distinction qui a pour base les textes du Code en matière de prescription de servitude. Or, nous savons que peuvent seules être acquises par la prescription les servitudes tout à la fois continues et apparentes. D'où la jurisprudence a conclu que seules les servitudes continues et apparentes peuvent donner lieu à une action possessoire. Celui qui possède une servitude continue et apparente dans les conditions prévues par la loi, possession exempte de vices, possession depuis un an, peut exercer l'action possessoire, pour se faire maintenir dans l'exercice de la servitude.

Mais il en est autrement des servitudes continues non apparentes et des servitudes discontinues. Par exemple celui qui exerce un droit de passage, servitude discontinue et qui est troublé dans l'exercice de son droit, n'est pas recevable à exercer

Source : BIU Cujas

l'action possessoire pour se faire maintenir en possession. Il ne peut acquérir par prescription ; la jurisprudence en a conclu qu'il ne peut pas exercer l'action possessoire ; il en est réduit à agir au pétitoire, à exercer l'action confessoire, s'il prétend être titulaire d'une servitude de passage (Cassation, 13 juillet 1897, Dalloz, 1898, 1, 245). La jurisprudence considère qu'en pareil cas le droit s'exerce à titre de simple tolérance; et qu'en conséquence la possession est entachée de précarité.

Mais la cour de cassation apporte à ce principe un large correctif. Elle décide que l'action possessoire est recevable, même à l'égard d'une servitude discontinue et non apparente (telle qu'une servitude de passage quand il n'y a pas de chemin) lorsque le demandeur produit un titre qui prouve que la servitude a été constituée à son profit, ou qui au moins rende l'existence de cette servitude vraisemblable. Le titre ici n'est pas apporté à l'appui de la preuve de la servitude, le titre ne peut être invoqué qu'au pétitoire ; or, nous sommes ici au possessoire ; mais le titre fait tomber la présomption de précarité. Si je prétends être titulaire d'une servitude de passage et si j'exerce l'action possessoire, on me repousse, en disant : "si vous avez passé, c'est à titre de tolérance" ; mais si au contraire, j'appuie mon action possessoire d'un titre qui prouve qu'il y a une servitude ou la rende vraisemblable, je fais tomber la présomption de précarité et l'action possessoire est possible. Mais le juge de paix n'aurait pas le droit de juger que je suis titulaire de la servitude; il ne peut que me maintenir en possession.

servitudes légales

La question se pose aussi pour les servitudes légales telles que la servitude de passage en cas d'enclave. En ce cas, cas d'enclave, la jurisprudence autorise l'action possessoire, à la seule condition de prouver l'exercice de la servitude pendant un an et en outre que le demandeur prouve la réunion des conditions exigées pour l'exercice de la servitude c'est-à-dire l'enclave. L'enclave va servir ici de titre légal, elle fera tomber la présomption de précarité, qui sans cela pourrait être opposée au demandeur.

La protection pétitoire;l'action confessoire. Preuve par titre ou par prescription

Envisageons maintenant la protection pétitoire des droits réels immobiliers. Celui qui prétend être titulaire d'un droit réel immobilier peut, à l'effet de faire reconnaître son droit, agir par l'action confessoire C'est au demandeur, comme en matière de revendication de propriété, qu'il incombe de faire la preuve de son droit, et pour ce faire il devra ou

Source : BIU Cujas

bien produire le titre constitutif de son droit ou bien démontrer qu'il a acquis le droit par prescription, lorsque l'acquisition par prescription est possible; et l'on sait qu'elle ne l'est pas toujours en matière de servitude.

La destination du père de famille

Mais en matière de servitude, le Code a admis une règle particulière. L'art. 692 décide que la destination du père de famille vaut titre à l'égard des servitudes continues et apparentes. Lorsqu'il s'agit de servitudes continues et apparentes, il y a trois modes d'acquisition des servitudes : le titre, acte constitutif de servitude ; la prescription de trente ans ; et la destination du père de famille, dont il va être question. S'il s'agit au contraire de servitudes qui ne sont pas continues et apparentes tout à la fois, en principe et sauf controverse, il n'y a que le titre qui puisse être invoqué à l'appui d'une action pétitoire.

Hypothèse - fondement de l'acquisition par distinction du père de famille. La destination du père de famille vaut titre

La destination du père de famille suppose que deux immeubles qui appartiennent aujourd'hui à des propriétaires différents ont autrefois appartenu au même propriétaire, qui a aménagé entre eux un état de choses constitutif de servitude. Deux immeubles appartenant aujourd'hui à des propriétaires différents ont autrefois appartenu au même propriétaire, qui a aménagé entre eux un état de choses constitutif de servitude ; par exemple il a établi sur un de ses immeubles une fenêtre placée à une distance de l'autre immeuble moindre que la distance légale. A la suite d'un évènement quelconque, vente ou partage, les deux immeubles ont cessé d'appartenir au même propriétaire et sont passés aux mains de propriétaires différents. Ce que veut dire la loi c'est que le service ainsi établi par le propriétaire entre ses deux immeubles (qui n'était pas une servitude au temps où il n'y avait qu'un seul propriétaire) va, même après la séparation, subsister à titre de servitude existant au profitd'un des immeubles et grevant l'autre. Il n'est pas besoin que, dans l'acte qui a consommé la séparation des deux fonds, il soit fait mention de l'existence de la servitude. Celle-ci n'en existe pas moins.

La destination du père de famille repose sur une présomption de volonté ; la loi présume qu'au moment de la séparation des deux fonds les propriétaires respectifs ont décidé de maintenir l'état de choses établi par le propriétaire antérieur. C'est pourquoi la loi nous dit que la destination du père de famille vaut titre, elle remplace le titre absent ou qui n'a rien dit. Elle vaut titre. Il suf-

Source : BIU Cujas

fit par conséquent au propriétaire du fonds dominant de démontrer que l'état de choses a été aménagé par l'ancien propriétaire ; cela résulte de la définition de l'art. 693. Mais si l'état de choses avait été créé par un autre que le propriétaire, tel un usufruitier ou un locataire, cela ne compterait pas, il n'y aurait pas constitution de servitude par destination du père de famille.

Au cas où l'état de choses a été aménagé par un ancien propriétaire, la jurisprudence assimile un autre cas très voisin : le cas où le propriétaire unique n'a fait que maintenir un état de choses existant avant la réunion des deux immeubles. Par exemple il y a eu autrefois une servitude entre deux immeubles, puis les deux immeubles ont été réunis entre les mains du même propriétaire qui a maintenu l'état de choses, ensuite, les immeubles ont été de nouveau séparés. On considère en jurisprudence qu'il y a là destination du père de famille, bien que l'état de chose n'ait pas été aménagé par le propriétaire unique des deux immeubles.

Servitudes pouvant être acquises par destination du père de famille. Conciliation entre 692 et 694

La destination du père de famille ne vaut titre qu'à l'égard des servitudes continues et apparentes (fenêtre).

Mais voici une difficulté résultant de l'art. 694, d'après lequel il semblerait résulter que la destination du père de famille pourrait être invoquée même à l'égard des servitudes simplement apparentes, fussent-elles discontinues, par exemple une servitude de passage avec chemin tracé. L'art. 694 parle en effet des servitudes simplement apparentes. On a donc été embarrassé : faut-il que la servitude soit tout à la fois continue et apparente, ou bien suffit-il qu'elle soit simplement apparente ? La jurisprudence française a fait la distinction suivante.

L'art. 692 qui nous parle de servitudes continues et apparentes vise le cas où le titre qui a séparé les deux fonds est perdu ou ne peut être représenté , ou bien n'a peut être jamais existé ; on ne peut pas représenter le titre ; en pareil cas, la destination du père de famille ne vaut titre que si la servitude est tout à la fois continue et apparente.

L'art. 694, qui se contente de la simple apparence, vise au contraire le cas où le titre qui a séparé les deux fonds peut être représenté. La jurisprudence décide que, si ce titre ne contient pas de clause contraire, la servitude est considérée comme existante, pourvu qu'elle soit apparente,

Source : BIU Cujas

alors même qu'elle ne serait que discontinue. En effet dans ce cas il existe un titre, et un titre qui ne dit rien de contraire à la servitude. Dans ce cas là présomption de volonté qui est à la base de l'acquisition par destination du père de famille est confirmée puisqu'il y a un titre qui n'y est pas contraire. Au contraire, dans le premier cas, il y a un doute : la loi se montre plus difficile et exige que la servitude soit à la fois continue et apparente.

Chapitre V

EXTINCTION DE LA PROPRIETE ET DES AUTRES DROITS REELS.

Nous ne nous occuperons ici que de la propriété immobilière.

1 - Extinction de la propriété.

Le caractère perpétuel de la propriété. La propriété ne peut se perdre par le non usage

Nous avons conservé à cet égard la conception romaine de la propriété, qui est un droit perpétuel; c'est une conséquence de son droit absolu. Sans doute la propriété change de mains par suite de contrats ou de dévolutions successorales, mais c'est toujours la même propriété qui est transmise.

Cependant la propriété peut être perdue, soit d'une manière absolue, soit d'une manière relative. D'une manière absolue, c'est la destruction matérielle, cas bien rare, lorsqu'il s'agit de propriété immobilière ; le sol ne se détruit pas sauf dans certains cas où il y a véritablement un cataclysme. Il peut y avoir aussi destruction juridique, c'est le cas de l'expropriation pour cause d'utilité publique.

Enfin la propriété se perd d'une manière relative quand le droit passe du patrimoine de son titulaire dans le patrimoine d'un autre.

Mais c'est un principe résultant du caractère perpétuel de la propriété que celle-ci ne peut se perdre par le non usage.

Supposons que le titulaire de la propriété soit resté trente ans sans exercer son droit ; ce droit est-il éteint ? Il faut distinguer. Si l'immeuble a été pendant ce délai possédé par un tiers dans des

Source : BIU Cujas

conditions telles que la prescription ait pu s'accomplir au profit de ce dernier, le propriétaire voit son droit éteint et transmis au possesseur qui a usucapé. Si au contraire l'immeuble n'a pas été possédé par un tiers dans des conditions susceptibles de mener à l'usucapion, on décide généralement que la propriété n'est pas perdue. En d'autres termes, la propriété ne se perd pas par le non usage. Le propriétaire, quoique plus de trente ans se soient écoulés, conserve le droit de revendiquer son immeuble du moment que personne n'a possédé cet immeuble dans les conditions requises pour mener à la prescription.

La question a été discutée autrefois de savoir si la propriété pouvait se perdre par le non usage, mais la jurisprudence a admis sur ce point la négative (Cas. I2 juillet 1905 - Dalloz, 1907, 1, 141).

Au contraire les droits réels autres que la propriété peuvent se perdre par le non usage. C'est ce que nous allons voir en étudiant les causes d'extinction des démembrements de la propriété.

2 - Extinction des démembrements de la propriété.-

Nous n'aurons à parler ici que des servitudes. En effet, nous avons déjà étudié l'extinction de l'usufruit à l'occasion de ce droit.

Cause d'extinction des servitudes

Les causes d'extinction des servitudes sont prévues par les articles 703 et suivants du Code civil, dont l'énumération n'est d'ailleurs pas complète, mais contient les modes d'extinction les plus importants.

Impossibilité d'exercice

Un premier mode d'extinction des servitudes c'est l'impossibilité d'exercice. L'art. 703 décide que les servitudes cessent lorsque les choses se trouvent en tel état qu'on ne peut plus en user : par exemple une servitude de puisage sur un puits qui vient à être tari ; ou une servitude de passage sur un chemin comprenant un pont qui vient à être détruit.

L'art. 704 décide que les servitudes revivent si les choses sont rétablies de manière qu'on puisse en user. On a fait des travaux pour ramener de l'eau dans le puits ; ou le pont a été reconstruit. A moins, cependant, dit le texte, qu'il ne se soit déjà écoulé un espace de temps suffisant pour faire présumer l'extinction de la servitude, c'est-à-dire si l'on est resté trente ans sans user de celle-ci.

Source : BIU Cujas

Confusion

Un autre cas d'extinction de la servitude c'est la confusion (art. 705), lorsque le fonds grevé de la servitude et le fonds dominant viennent à être réunis entre les mains d'un même propriétaire.

Extinction de toutes les servitudes par non usage de 30 ans Point de départ différent du délai selon que la servitude est continue ou discontinue

Enfin l'extinction de la servitude peut se produire par le non usage pendant trente ans (art. 706). Le non usage est un mode d'extinction général de tous les démembrements de la propriété. La loi l'admet notamment pour l'usufruit (art. 617). C'est une différence avec la propriété qui, comme nous venons de le voir, ne se perd pas par le non usage. L'extinction par le non usage s'applique à toutes les servitudes du fait de l'homme sans exception. En principe, les servitudes légales ne s'éteignent pas par le non usage. Peu importe que le non usage soit volontaire ou provienne d'un cas de force majeure.

En ce qui concerne le point de départ de la prescription, la loi distingue entre les servitudes continues et les servitudes discontinues ; c'est un intérêt spécial à la distinction des servitudes continues et discontinues. "Les trente ans, dit l'art. 707, commencent à courir, selon les diverses espèces de servitudes. ou du jour où l'on a cessé d'en jouir, lorsqu'il s'agit de servitudes discontinues, ou du jour où il a été fait un acte contraire à la servitude, lorsqu'il s'agit de servitudes continues".

Par conséquent, s'il s'agit de servitudes discontinues, le point de départ du délai de trente ans court du jour du dernier acte de jouissance. S'agissant d'une servitude de passage discontinue, le délai de trente ans court du jour du dernier acte de passage. S'il s'agit au contraire d'une servitude continue, le délai de trente ans court seulement du jour où il a été fait un acte contraire à la servitude.

S'il s'agit d'une servitude de vue, le délai de trente ans courra du jour où il y aura un acte contraire de la part du propriétaire du fonds servant, notamment du jour où le propriétaire du fonds servant aura obstrué la fenêtre en élevant une construction.

La durée de la prescription extinctive - car il s'agit ici d'une prescription extinctive - est uniformément de trente ans. Il n'est pas question ici de prescription par dix à vingt ans.

Extinction partielle de la servitude par non usage partiel

Une servitude peut s'éteindre partiellement quand il y a non usage partiel. Art. 708 : "Le mode de la servitude peut se prescrire comme la servitude même et de la même manière ". Voici une servitude qui comprend le droit de passer à pied et en voiture; le titulaire depuis plus de trente ans n'a plus passé en voiture ; il semblerait donc qu'il ne puisse

Source : BIU Cujas

plus que passer à pied. Cependant la jurisprudence distingue, tout au moins en matière de servitudes discontinues. Il n'y a pas d'extinction partielle, dit-elle, si l'usage restreint résulte de la libre volonté du propriétaire du fonds dominant. En un mot, le titulaire de la servitude peut user de celle-ci à sa convenance et suivant ses besoins. Le titulaire de la servitude ne passait plus en voiture, peut-être parce qu'il n'avait plus de voiture, mais à supposer qu'il reste trente ans sans pratiquer ce mode d'exercice, il ne perdra pas pour cela la servitude. Pour que l'extinction partielle se produise, il faut que l'exercice de la servitude se trouve réduit par suite d'un obstacle matériel, par suite d'un changement dans l'état des lieux qui rende impossible un usage complet de la servitude. Par exemple, il y a eu un éboulement ou un changement dans l'état des lieux tel que le passage à pied est seul désormais possible. Du moment qu'un travail était nécessaire pour remettre les lieux en état et que trente ans se sont écoulés, il ne sera plus possible que d'user partiellement de la servitude (Cassation, 3 décembre 1929, Sirey, 1930, 1, 251).

En ce qui concerne l'extinction des servitudes par le non usage, signalons simplement la disposition de l'art. 709 et de l'art. 710, qui décident que si parmi les titulaires de la servitude (il peut s'agir d'une servitude qui appartient en commun à plusieurs) il y a une personne en faveur de qui la prescription est suspendue, un mineur par exemple (art. 710), la suspension va bénéficier à tous. De même (art. 709), il suffit que l'un exerce la servitude dans son entier pour empêcher l'extinction par prescription à l'égard de tous.

"Les Cours de Droit" Y Répétitions Ecrites et Orales
3, PLACE DE LA SORBONNE, 3 Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

Chapitre VI

ETUDE DE CERTAINES FORMES PARTICULIERES DE LA PROPRIETE

LE REGIME DES EAUX - LA COPROPRIETE.

---

§ 1 - Le régime des eaux.-

Le régime juridique des eaux a pour une grande part un caractère purement administratif ; il relève donc pour toute cette partie du droit administratif. Nous n'envisagerons cette question que dans la mesure où elle intéresse le droit civil.

Les trois espèces d'eaux

Il faut avec la loi civile - et la loi administrative d'ailleurs - distinguer les eaux pluviales, les eaux de source et les cours d'eau.

Droit du propriétaire sur l'eau qui tombe sur son sol

1°- Les eaux pluviales tombant sur un terrain privé appartiennent au propriétaire de ce terrain (art. 641). Certains disent qu'il en devient propriétaire par voie d'occupation, d'autres par voie d'accession, la question n'a pas grande importance. Le propriétaire du terrain peut donc disposer entièrement des eaux pluviales qui tombent sur son terrain.

Servitude légale d'écoulement des eaux suivant la pente naturelle du terrain

Si le propriétaire n'use pas complètement de ces eaux, il peut les abandonner à la pente naturelle du terrain, le propriétaire du fonds inférieur est obligé de les recevoir ; il est soumis sur ce point à une servitude naturelle. "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. Le propriétaire inférieur ne peut point élever de digue qui empêche cet écoulement. Le propriétaire supérieur ne peut rien faire qui aggrave la servitude du fonds inférieur". (art. 640)

D'ailleurs, le propriétaire qui reçoit l'eau de pluie ou l'eau de source - car la règle est la même pour les deux - peut aujourd'hui dans certains cas

Source : BIU Cujas

aggraver pour les besoins de son fonds la servitude naturelle qui pèse sur les propriétaires des fonds inférieurs, mais dans ce cas il leur doit une indemnité. Mais du moment qu'il abandonne l'eau à la pente naturelle, les fonds inférieurs sont obligés de la recevoir, ils ne peuvent rien faire pour empêcher cet écoulement et n'ont droit à aucune indemnité.

Droit de propriété du propriétaire du terrain d'émergence sur la source

2°- Les eaux de source.- Sous le Code de 1804 on admettait que l'eau de source appartient au propriétaire du fonds sur lequel elle jaillit (art. 641 ancien). Le propriétaire du fonds sur lequel jaillissait la source était propriétaire de la source, il pouvait en user à sa volonté, disait le texte.

En est-il de même aujourd'hui depuis la loi du 8 avril 1898 sur le régime des eaux ? Cette loi a inséré dans l'art. 642 du Code civil un texte qui, sur la nature du droit du propriétaire du fonds sur lequel jaillit la source, prête à équivoque. "Celui qui a une source dans son fonds, dit l'alinéa 1er, peut toujours user des eaux à sa volonté dans les limites et pour les besoins de son héritage". N'est-ce pas dire que désormais le propriétaire du fonds d'émergence ne peut plus user d'une manière absolue de l'eau de source, qu'il ne peut en user que dans les limites des besoins de son immeuble, et que pour le reste il doit abandonner la source à sa pente naturelle ? La question s'est posée, mais on la tranche généralement par la négative. On considère, en s'appuyant sur les travaux préparatoires de la loi de 1898, et c'est l'avis de la jurisprudence, que cette loi n'a rien changé au principe antérieur qui fait du propriétaire du terrain d'émergence le propriétaire de la source.

La solution est grosse de conséquences. Si le propriétaire du terrain est en même temps le propriétaire de la source, il peut absorber toute l'eau pour les besoins de son immeuble ; il peut aveugler la source, en faire tel usage qui lui plaît, il peut céder cette source à un tiers, notamment à une ville qui entend la capter (Cassation, 25 avril 1928 ; Sirey 1928, 1, 205). Tout cela au détriment des usagers inférieurs qui peuvent se voir privés de l'eau dont ils ont besoin.

Atténuations à l'usage du droit de propriété

Mais le danger n'est pas considérable et d'ailleurs, la loi a apporté des atténuations très sérieuses au droit de disposition du propriétaire de la source. Ces atténuations sont au nombre de trois.

a) en cas d'acquisition d'une servitude par

1) "Le propriétaire d'une source ne peut plus en user au préjudice des propriétaires des fonds inférieurs qui depuis plus de trente ans ont fait et

Source : BIU Cujas

les propriétaires des fonds inférieurs

terminé sur le fonds où jaillit la source des ouvrages apparents et permanents destinés à utiliser les eaux ou à en faciliter le passage dans leur propriété" (art. 642). La loi se place dans le cas où, depuis plus de trente ans, les propriétaires des fonds inférieurs ont fait sur le fonds d'émergence des travaux de manière à utiliser les eaux de la source ; en pareil cas ils ont acquis le droit à l'usage des eaux de source par la prescription. C'est une véritable servitude qu'on appelle la servitude "aquam non retinendi" ; le propriétaire d'émergence ne peut plus retenir l'eau au détriment des usagers inférieurs ; il peut s'en servir pour les besoins de son fonds, mais il ne peut pas la retenir entièrement ou la céder à un tiers.

2) au cas où cette eau est nécessaire aux usages domestiques des habitants d'un hameau ou village. Droit à indemnité

"Le propriétaire de la source ne peut 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". Ce texte (art. 642) est inspiré par l'intérêt général qui commande de ne pas priver les habitants d'une localité de l'eau qui leur est nécessaire. D'après ce texte le propriétaire de la source ne peut en disposer de manière à priver les habitants de l'eau qui leur est indispensable. Le propriétaire ne peut pas en user au détriment de ces habitants, non seulement les en priver par des travaux quelconques, mais il ne peut même pas en user de telle manière qu'il rende l'eau impropre à la consommation. Cela revient à décider que dans ce cas le propriétaire du terrain n'est plus le propriétaire de l'eau. Seulement le propriétaire peut réclamer une indemnité, à moins que les habitants de la commune ou de la localité n'aient usé de l'eau depuis plus de trente ans et n'en aient prescrit l'usage.

Il faut du reste que l'eau soit nécessaire aux habitants de cette commune, village ou hameau, nécessaire pour les usages domestiques, c'est ainsi qu'on interprète le texte, mais non pour les usages agricoles ou industriels. Si d'ailleurs l'agglomération possède de l'eau en quantité suffisante, le droit à la source n'existe pas quand bien même il serait plus commode pour les habitants de la localité d'user de l'eau de cette source. Du moment qu'ils ont de l'eau en quantité suffisante, même en un lieu plus éloigné ou moins commode d'accès, ils ne peuvent invoquer la disposition de l'art. 642.

3) eaux publi-

3) Enfin, dernière atténuation au droit du pro-

Source : BIU Cujas

ques et courantes

priétaire de la source, innovation de la loi de 1898, art. 643 : "Si, dès la 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". Disposition conforme à l'intérêt général. La loi ne veut pas que le propriétaire du terrain d'émergence puisse disposer de la source au préjudice des usagers établis en aval. La loi se place dans le cas où dès sa sortie du fonds la source forme un cours d'eau, ce qui arrive dans certains pays. En pareil cas, le propriétaire du terrain d'émergence ne peut pas disposer de la source au préjudice des usagers qui sont établis en aval. Quand la source forme-t-elle un cours d'eau offrant le caractère d'eau publique et courante ? C'est une question à apprécier par les tribunaux ; question de fait, a dit la Cour de cassation.

Distinction

3°- Les cours d'eau.- La loi de 1898 fait une distinction fondamentale entre les cours d'eau navigables ou flottables et ceux qui ne présentent pas ces caractères, qui ne sont ni navigables, ni flottables

A. Cours d'eau navigables ou flottables. Domaine public

Les cours d'eau, qui sont navigables ou flottables, font partie du domaine public depuis le point où ils commencent à être navigables ou flottables jusqu'à leur embouchure (art. 34 de la loi du 8 avril 1898).

Le lit fait partie du domaine public

Ils font partie du domaine public tout d'abord en ce qui concerne le lit du fleuve ou de la rivière. Le lit fait partie du domaine public. Le Code civil en fait l'application aux îlots qui peuvent se former dans le lit d'une rivière navigable ou flottable ; il nous dit dans l'art. 560 que ces îlots appartiennent à l'Etat. Ces îlots font partie du domaine public comme le lit de la rivière lui-même.

L'eau - Occupations temporaires accordées par l'administration

Quant à l'eau elle-même de ces cours d'eau navigables ou flottables, les riverains n'ont sur elle aucun droit d'usage. Toutefois l'administration peut autoriser certaines occupations temporaires de l'eau dans l'intérêt de l'agriculture ou de l'industrie ; elle peut autoriser des dérivations, prises d'eau artificielles, dit l'article 35, mais il faut une autorisation ou concession de l'administration, concession toujours révocable et sans indemnité.

Servitudes de hâlage et de marche-pied

Les riverains de ces rivières navigables ou flottables sont grevés de deux servitudes : servitudes de hâlage et de marche-pied. Les propriétaires riverains, dit l'art. 46 de la loi de 1898 des fleuves et rivières navigables et flottables sont tenus dans

Source : BIU Cujas

l'intérêt du service de la navigation et partout où il existe un chemin de hâlage de laisser le long des cours d'eau un espace libre de 7 m 80 de largeur ; ils ne peuvent planter des arbres ni se clore par haies ou autrement sur une distance de 9 m 75 du côté où les bateaux se tirent, de 3 m. 25 sur le bord où il n'existe pas de chemin de hâlage. Ce sont deux servitudes légales d'utilité publique.

droit des riverains aux alluvions et relais

Par compensation, les riverains ont droit aux alluvions et relais (art. 556 et 557). Ces alluvions profitent aux propriétaires riverains même s'il s'agit d'une rivière navigable ou flottable.

B. Cours d'eau ni navigables ni flottables

Voyons maintenant la situation des cours d'eau qui ne sont ni navigables, ni flottables.

La loi de 1898, par une innovation qu'on a critiquée, fait en ce qui les concerne une distinction entre le lit de la rivière et l'eau.

Le lit appartient aux propriétaires des deux rives (art. 3 de la loi de 1898 : "Le lit des cours d'eau non navigables et non flottables appartient aux propriétaires des deux rives. Si les deux rives appartiennent à des propriétaires différents, chacun d'eux a la propriété de la moitié du lit, suivant une ligne que l'on suppose tracée au milieu du cours d'eau."

Le lit est donc dans le domaine particulier des riverains. Si les propriétaires des deux rives sont différents, chacun d'eux est propriétaire de la moitié du lit suivant une ligne qu'on suppose tracée au milieu du cours d'eau. En conséquence, au point de vue des îles, les îles appartiennent aux propriétaires riverains (art. 561).

Droit d'usage du riverain sur l'eau

En ce qui concerne l'eau, elle n'appartient pas au propriétaire riverain ; les riverains n'ont sur elle qu'un droit d'usage ; situation assez confuse : les riverains sont bien propriétaires du lit, mais ils n'ont qu'un droit d'usage sur l'eau qui appartient à tout le monde. Le lit est en quelque sorte grevé d'une servitude de passage au profit de l'eau. Les riverains n'ont sur l'eau qu'un simple droit d'usage, et encore sous la surveillance de l'administration (art. 2 de la loi de 1898). Ce droit d'usage est un droit patrimonial d'ailleurs ; différence avec les cours d'eau qui sont navigables ou flottables sur lesquels les riverains ne peuvent obtenir qu'une concession précaire.

Caractère commun de l'eau

L'eau est traitée comme chose commune, dont tout le monde peut se servir, mais dont personne ne peut devenir propriétaire exclusif. Toute personne par

Source : BIU Cujas

conséquent, s'agissant d'une rivière ni navigable ni flottable, peut puiser de l'eau, y abreuver des bestiaux, y laver du linge, s'y promener en bateau, mais à la condition de ne pas porter atteinte aux droits des riverains.

Interdiction pour les riverains de clore la rivière

D'ailleurs ces derniers ne sont nullement tenus de laisser un passage pour donner accès à la rivière. Mais les riverains ne peuvent clore la rivière au moyen de chaînes ou de grilles pour empêcher le passage en bateau. Du moment que l'on peut avoir accès à la rivière, toute personne peut mettre un bateau à l'eau et se promener sur la rivière sans que les riverains aient la possibilité de s'y opposer par des travaux quelconques (tribunal d'Etampes 20 novembre 1930, Sirey, 1931, 11, 66).

Les riverains ont donc le libre usage de l'eau à la condition de se conformer aux règlements administratifs.

Mode d'usage de l'eau; distinction suivant que la rivière borde ou traverse la propriété

L'usage de l'eau diffère d'ailleurs, suivant que la propriété est traversée par le cours d'eau ou qu'au contraire celui-ci borde deux propriétés. Lorsqu'une propriété est traversée par le cours d'eau, le propriétaire peut s'en servir pour tous usages, il peut même changer le lit du cours d'eau dans la traversée de son immeuble, mais sans pouvoir diminuer le volume de l'eau au détriment des riverains inférieurs. Au contraire le propriétaire dont le fonds est simplement bordé par le cours d'eau ne peut modifier le cours de l'eau au détriment du riverain d'en face ; chacun des propriétaires peut se servir de l'eau pour des besoins agricoles ou industriels, il peut faire des prises d'eau, même établir un barrage, à la condition, en principe (nous verrons que le contraire est possible dans certains cas) de ne pas prolonger le barrage jusqu'à la rive opposée.

Les règlements d'eau: administratifs et judiciaires

L'administration a donc un droit de surveillance sur l'usage de l'eau des rivières ni navigables, ni flottables : elle peut faire des règlements, règlements préfectoraux, règlements généraux. Mais, en outre il existe en cette matière des règlements d'intérêt privé. Il peut arriver en effet qu'il y ait contestation entre les riverains ; par exemple, les riverains inférieurs se plaignent qu'un riverain supérieur ne laisse qu'une quantité d'eau insuffisante pour leurs besoins ; en pareil cas, la contestation est portée devant le tribunal civil, qui peut établir ce que l'on appelle un règlement d'eau, dans laquelle le tribunal, dit l'art. 645, doit concilier l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété. Ce règlement d'eau a les caractères d'un

Source : BIU Cujas

véritable jugement ; il ne s'impose qu'entre les parties qui ont été en cause ; mais ce règlement d'eau, à la différence des jugements ordinaires, n'a pas l'autorité de la chose jugée ; c'est un règlement qui peut être modifié suivant les circonstances.

La question de la houille blanche; la loi de 1919 et le régime des concessions

C'est à propos des cours d'eau non navigables ni flottables que s'est posée en ces cinquante dernières années la question dite de la houille blanche. Le mouvement des cours d'eau dégage une énergie d'une extrême puissance, susceptible d'être transformée en énergie électrique. Dans certaines régions, en particulier les régions de montagne, on a utilisé cette énergie hydraulique. Mais on s'est immédiatement trouvé en présence d'un problème grave, tout à fait semblable à celui qu'il a fallu résoudre depuis longtemps pour les gisements miniers. S'agissant de cours d'eau non navigables ni flottables on s'est demandé si la force motrice de l'eau est la propriété des riverains, de même que l'on s'est demandé si le gisement minier est la propriété du propriétaire de la surface.

Si l'on avait admis l'affirmative, on aurait entravé l'utilisation de l'énergie hydraulique, qui, comme l'exploitation des mines, doit être faite sur une grande échelle. Une entreprise qui voulait utiliser l'énergie hydraulique se heurtait aux prétentions des riverains qui refusaient de lui céder leurs droits ou qui n'entendaient le céder qu'à des conditions très onéreuses. On a donc pensé à soumettre l'utilisation de l'énergie hydraulique à des conditions particulières, à faire en un mot de cette énergie un bien distinct des autres formes d'utilisation de l'eau.

De là la loi du 16 octobre 1919, qui décide que nul ne peut disposer de l'énergie des marées, des lacs et des cours d'eau, quel que soit leur classement, par conséquent même s'il s'agit de cours d'eau non navigables ni flottables, sans une autorisation ou une concession de l'Etat. Le propriétaire de la rive ne peut utiliser l'énergie hydraulique sans une concession de l'Etat de même, que le propriétaire d'un terrain ne pourrait exploiter le sous-sol minier sans une concession de l'Etat.

On s'est demandé si la loi de 1919 avait fait passer l'énergie hydraulique dans le domaine de l'Etat. Il semble bien qu'il en soit ainsi, comme pour la propriété du sous-sol. Les riverains ne sont pas expropriés théoriquement, mais comme ils ne peuvent disposer, même pour l'utiliser personnellement, de l'énergie du cours d'eau sans une concession, que

Source : BIU Cujas

d'autre part l'Etat accorde à qui bon lui semble le droit d'utiliser l'énergie des cours d'eau, pratiquement on peut considérer que les riverains sont expropriés. Ils ont droit d'ailleurs à une indemnité, de même que le titulaire de la surface a droit à la redevance tréfoncière.

Pour en terminer avec le régime des eaux, il reste à signaler qu'il existe sur ce point certaines servitudes créées postérieurement au Code civil pour faciliter les unes l'irrigation des terrains, et les autres l'écoulement des eaux nuisibles et notamment le drainage.

Loi de 1845 sur l'irrigation. Servitude positive de passage pour les eaux d'irrigation

En ce qui concerne d'abord l'irrigation, une loi du 29 avril 1845 (art. 1er) décide que tout propriétaire qui veut se servir pour l'irrigation de ses propriétés des eaux naturelles ou artificielles dont il a le droit de disposer peut obtenir le passage de ses eaux sur le fonds intermédiaire ; c'est une servitude légale, à la charge d'une juste et préalable indemnité pour les propriétaires grevés de la servitude. C'est une de ces servitudes positives qui donnent lieu à indemnité, telle la servitude de passage en cas d'enclave ; c'est une sorte de servitude de passage pour les eaux d'irrigation. Cependant, les maisons, cours, jardins, parcs et enclos ne peuvent être grevés de cette servitude; elle ne peut s'appliquer qu'aux champs.

Servitude d'écoulement des eaux d'irrigation

La même loi admet l'existence d'une servitude légale pour l'écoulement des eaux d'irrigation. Il ne suffit pas de les amener, il faut encore les faire écouler quand on s'en est servi ; les propriétaires des fonds inférieurs doivent recevoir les eaux qui s'écoulent des terrains ainsi arrosés, sauf l'indemnité qui pourra leur être due, dit le texte. Ici la loi n'impose pas l'indemnité au profit des propriétaires des fonds grevés ; c'est parce que ces propriétaires dans certains cas bénéficieront des travaux et pourront eux-mêmes se servir des fossés ou des tuyaux d'écoulement pour écouler leurs eaux nuisibles ; dans ce cas-là, ils n'auront droit à aucune indemnité.

la servitude d'appui

La loi du 11 juillet 1847 admet en cette matière une autre servitude ; la servitude d'appui, toujours en faveur de l'irrigation. Tout propriétaire qui veut se servir pour l'irrigation de ses propriétés des eaux dont il a le droit de disposer, notamment de l'eau d'un cours d'eau ni navigable ni flottable, peut obtenir la faculté d'appuyer sur la propriété du riverain opposé des ouvrages d'art nécessaires, par exemple un barrage, mais seulement pour

Source : BIU Cujas

l'irrigation. Sont exceptés de cette servitude les bâtiments, cours ou jardins attenant aux habitations.

D'ailleurs le riverain opposé peut acquérir la mitoyenneté de ce barrage s'il en a besoin lui-même, à la condition de contribuer pour moitié aux frais d'établissement et d'entretien, auquel cas aucune indemnité ne lui est due, bien entendu.

Dispositions tendant à faciliter l'écoulement des eaux et le drainage

D'autres servitudes ont été admises par la loi pour faciliter l'écoulement des eaux, pour faciliter le drainage notamment. Loi du 10 juin 1854, art. 1er; ou encore l'art. 640, qui nous dit que les fonds inférieurs sont assujettis à recevoir les eaux de source ou les eaux de pluie qui découlent naturellement, sans que la main de l'homme y ait contribué, Mais la loi du 8 avril 1898 permet à ceux sur le terrain desquels jaillit une source ou tombent des eaux de pluie d'aggraver la servitude naturelle d'écoulement des eaux, auquel cas ils doivent une indemnité aux propriétaires des fonds inférieurs (art. 641).

Les eaux minérales

Il existe toute une législation sur les eaux de sources minérales, loi du 14 juillet 1855. Les sources d'eau minérale ne peuvent être exploitées qu'en vertu d'une autorisation administrative. Mais lorsqu'elle a été déclarée d'utilité publique, la source, même appartenant à un particulier, bénéficie de certaines mesures de protection, de certaines servitudes, à l'encontre des propriétaires des fonds voisins. D'abord la loi crée autour de la source un périmètre de protection dans lequel on ne peut faire ni travaux souterrains, ni sondages sans autorisation. D'autre part, le propriétaire de la source peut occuper les terrains voisins, à l'exception des maisons et cours, pour effectuer les travaux nécessaires au captage et à l'aménagement de la source.

Puits artésiens

Enfin il y a une législation sur les puits artésiens. Un décret assez curieux, un décret-loi du 8 août 1935, a interdit de creuser aucun puits ou de faire des sondages de plus de 80 mètres de profondeur dans les départements de Seine, de Seine-&-Oise, et de Seine-&-Marne, sans autorisation préalable de l'administration, ceci en raison de l'intérêt public qui s'attache à la conservation et à l'utilisation rationnelle des ressources en eaux souterraines.

§ 2 - La copropriété.-

Définition

Il y a copropriété ou indivision lorsqu'une même chose appartient à plusieurs personnes de telle sorte

Source : BIU Cujas

que le droit de chacun des copropriétaires ou indivisaires porte sur l'ensemble de la chose et ne s'exprime que par une quote part idéale ou abstraite telle que le tiers, le quart ou la moitié. Chaque propriétaire est propriétaire de l'ensemble, mais seulement pour un tiers, un quart ou une moitié.

L'indivision est chose relativement fréquente. Le cas pratique est celui de la personne qui meurt laissant plusieurs héritiers, ou encore l'indivision qui existe entre les époux et leurs héritiers à la dissolution de la communauté.

L'indivision peut être conventionnelle ; deux personnes peuvent acheter un immeuble en commun, dont elles restent copropriétaires.

L'état de copropriété est considéré par le Code civil comme un état purement temporaire. L'article 815 décide que nul n'est tenu de rester dans l'indivision ; à tout instant l'un des copropriétaires peut demander le partage.

Droits des copropriétaires Distinction du droit de chaque copropriétaire sur sa part ou sur la chose même

Quels sont les droits des copropriétaires pendant l'indivision ? Il faut distinguer le droit de chaque copropriétaire sur sa quote-part idéale et ses droits sur la chose considérée matériellement. Une personne recueille une succession pour un tiers ; il y a trois héritiers à parts égales ; l'un des copropriétaires peut disposer certainement de sa part, du tiers dont il hérite, céder cette part à un tiers, hypothéquer cette part dans la mesure où il y a des immeubles dans la succession ; mais le sort de l'hypothèque restera subordonné au résultat du partage ; en vertu de l'effet déclaratif du partage, l'hypothèque tombera si l'immeuble est mis dans le lot d'un autre que le constituant.

Par contre, sur la chose elle-même, chacun des copropriétaires ne peut faire seul un acte matériel ou juridique emportant exercice du droit de propriété. Le copropriétaire ne pourrait aliéner la chose pour le tout, la grever de droits réels pour le tout ; il ne pourrait seul y faire des innovations matérielles, y faire des travaux ; seul, il ne peut même faire aucun acte d'administration, il ne peut pas donner à bail par exemple.

Au point de vue de l'usage de la chose, chaque copropriétaire peut bien user de celle-ci, mais à la condition de ne rien faire qui soit susceptible d'empêcher les autres d'user également de la chose suivant leur droit.

C'est donc au point de vue économique un état fâcheux que l'indivision telle qu'elle est conçue dans notre droit. Elle met obstacle à la bonne ex-

Source : BIU Cujas

ploitation des biens et c'est pourquoi l'art. 815 décide que nul ne peut être contraint de demeurer dans l'indivision.

Des conventions d'indivision. Leur caractère en principe temporaire

Mais il est des cas où la loi permet de maintenir l'indivision. On permet en général, et pour cinq ans seulement, sauf à renouveler, de rester dans l'indivision, à la condition que tout le monde soit d'accord ; si une personne réclame le partage, la convention d'indivision est impossible. Quoiqu'il en soit, les particuliers qui conviennent de rester dans l'indivision peuvent organiser celle-ci, donner à certains d'entre eux notamment le pouvoir de faire tout au moins les actes d'administration nécessaires. Quelquefois même ces personnes qui restent dans l'indivision constituent entre elles une société. Le maintien de l'indivision ne peut être convenu pour une durée supérieure à cinq ans, sauf renouvellement.

Mais des exceptions ont été apportées sur ce point : 1° par la législation sur les habitations à bon marché et le bien de famille (loi du 13 février 1937), 2° pour les petites et moyennes exploitations agricoles, qui peuvent rester dans l'indivision dans les conditions prévues par un décret-loi du 17 juin 1938, qui a ajouté certaines dispositions à l'art. 815 du Code civil.

Mais notre droit connaît, dans certains cas où cela est utile et même nécessaire, des indivisions perpétuelles et forcées. C'est tout le contraire de l'art. 815 ; il s'agit de cas dans lesquels les personnes sont tenues de rester dans l'indivision ; le partage est impossible.

C'est d'abord le cas de la mitoyenneté. C'est aussi le cas de certaines parties de maisons qui sont soumises à un régime spécial. Il s'agit de maisons divisées par étages ou par appartements et appartenant à des propriétaires distincts. Il y a dans ces maisons ou appartements des choses communes qui sont nécessairement dans l'indivision, telles que les cours, la loge du concierge, le toit, le sol, les escaliers.

Autre exemple d'indivision forcée. qui se voit surtout à la campagne, mais aussi en ville : certaines portions de terrains peuvent servir à l'exploitation de plusieurs immeubles contigus, des allées, des ruelles, des cours, des fosses ou des puits communs ; tout cela est dans l'indivision et doit rester nécessairement dans l'indivision ; il y a ici indivision forcée et perpétuelle. On considère dans notre droit que la destination commune de ces choses s'oppose à ce qu'on puisse en demander le partage ; l'indivision

Source : BIU Cujas

s'impose par nécessité.

Ces indivisions perpétuelles comportent d'ailleurs des règles particulières. D'une façon générale les droits appartenant à chaque copropriétaire sont plus étendus qu'en cas d'indivision ordinaire. Chaque copropriétaire peut user de la chose comme lui appartenant en propre, à la condition de ne pas porter atteinte aux droits des autres copropriétaires. Par exemple le copropriétaire d'une cour commune peut pratiquer toutes espèces de portes ou de fenêtres sur cette cour ; ici il n'est pas question de distance ; il peut y envoyer ses eaux pluviales et même ses eaux ménagères. Mais la jurisprudence dit qu'il ne peut y établir un dépôt permanent de fumier. D'autre part chaque copropriétaire doit participer en proportion de son intérêt aux charges de la chose commune, à l'entretien de la cour, de la fosse, du puits commun, de l'abreuvoir commun, etc...

Choses appartenant divisément à plusieurs personnes

Telles sont les règles générales de l'indivision. Mais avec l'indivision il ne faut pas confondre l'état d'une chose qui appartient divisément à plusieurs personnes. Une même chose, un immeuble par exemple, peut appartenir divisément à plusieurs personnes. En voici des exemples.

C'est d'abord le cas des maisons divisées par appartements ou étages appartenant à des propriétaires différents. Ici chacun est propriétaire exclusif de son appartement ; sans doute il y a des choses communes, choses qui sont dans l'indivision forcée, mais il y a aussi ici propriété exclusive de l'appartement ou de l'étage. La maison n'est pas dans l'indivision véritable.

Il arrive encore que la propriété d'un terrain soit divisée suivant la hauteur entre diverses personnes, que l'une soit propriétaire du sol et l'autre du sous-sol. C'est prévu par l'art. 553. En principe, le propriétaire du sol est propriétaire du sous-sol, mais il peut y avoir exception, et notamment il peut y avoir acquisition par la prescription d'une cave située sous la propriété d'autrui.

Il peut y avoir aussi deux propriétaires distincts pour le sol et pour les constructions ou les plantations qui y sont adhérentes. En principe le propriétaire du sol devient propriétaire par voie d'accession des constructions ou des plantations, mais la loi réserve la possibilité d'une situation contraire. Lorsqu'on est dans cette situation, qu'une personne est propriétaire du sol et une autre des constructions ou des plantations, nous avons deux droits de propriété ; droit de propriété du sol, et

Source : BIU Cujas

droit de propriété des constructions ou des plantations qu'on appelle le droit de superficie. Le droit de superficie est un véritable droit de propriété immobilière, et un droit qui peut être perpétuel. En ce cas le droit du propriétaire du sol se réduit à rien tant que les constructions demeurent. Cependant la Cour de cassation a décidé qu'il n'y a pas de partage possible, puisqu'il y a deux propriétés et qu'il n'y a pas indivision, et la Cour de cassation a même décidé que la propriété du droit de superficie ne peut pas se perdre par le non usage ; alors même que les bâtiments tombent en ruines, le propriétaire du droit de superficie, si les choses sont restées en état pendant trente ans, ne perd pas son droit.

Le droit de superficie peut être simplement temporaire . Le cas pratique est celui du bail avec permission de bâtir. Par exemple un industriel ou un commerçant loue un terrain, un terrain nu ; il est autorisé par le bailleur à construire des hangars ou des ateliers avec stipulation qu'il sera propriétaire de ces constructions. Le bail doit avoir soin de prévoir le sort des constructions à l'expiration de la location, soit que le preneur s'engage à les démolir, soit qu'elles deviennent la propriété du bailleur, avec ou sans indemnité.

Nous devons étudier deux applications de l'indivision forcée :d'une part la mitoyenneté, d'autre part le cas d'un immeuble dont les étages ou appartements appartiennent à des propriétaires différents.

Définition de la mitoyenneté; forme particulière de la copropriété

La mitoyenneté.-

La mitoyenneté peut être définie : la co-propriété avec indivision forcée d'un mur, d'un fossé ou d'une haie, et en général d'une clôture, servant de séparation entre deux immeubles.

La mitoyenneté est une forme particulière de l'indivision. En un mot. le droit de chacun des propriétaires porte sur chaque parcelle, sur chaque molécule, peut-on dire, dont l'ensemble constitue la chose ; chaque propriétaire n'a pas, dans ce mur, une propriété divise sur la moitié matérielle du mur considéré comme coupé dans le sens de la hauteur, suivant un plan vertical ; chaque propriétaire a un droit sur chacune des parties dont le mur se compose, il est propriétaire de chacune de ces parties pour moitié.

Seulement, alors que l'indivision est un état temporaire, gênant au point de vue de la bonne administration des biens, un état que la loi s'efforce de faire cesser le plus tôt possible, la mitoyenneté

Source : BIU Cujas

est au contraire un état perpétuel, un état qui dure aussi longtemps que la clôture et auquel l'un des propriétaires voisins ne peut mettre fin en demandant le partage.

Raison d'utilité justifiant cette institution. Règles spéciales quant à la durée, à la preuve, à l'acquisition de la mitoyenneté et quant aux droits respectifs des propriétaires

La faveur avec laquelle la loi traite la mitoyenneté s'explique parce que, grâce à la mitoyenneté; il est possible de n'établir entre deux immeubles qu'une seule clôture. Sans la mitoyenneté, chaque propriétaire devrait construire, à la limite de son terrain, sans pouvoir se servir du mur construit par le voisin à la limite de son propre terrain. Une personne, propriétaire d'un terrain nu et voulant construire, ne pourrait se servir, comme point d'appui, du mur construit par le voisin; elle devrait elle-même construire un mur, de telle sorte qu'on aurait deux murs à côté l'un de l'autre, d'où perte de terrain inutile et perte d'argent. Il faudrait deux murs là où un seul suffirait à la condition qu'il fût assez solide. La mitoyenneté a précisément pour but d'éviter cette perte de terrain et d'argent en permettant d'établir entre deux fonds une seule clôture commune aux deux propriétaires et dont chacun d'eux pourra se servir au besoin en la faisant consolider, notamment pour y appuyer des constructions. La mitoyenneté est donc une institution d'intérêt général. Ainsi s'expliquent les règles spéciales à cette copropriété : règles spéciales quant à la durée d'abord : la mitoyenneté est perpétuelle ; aucun propriétaire ne peut demander le partage ; elle ne peut cesser que par la destruction de la clôture ou encore par l'abandon que l'un des copropriétaires fait de sa part indivise à l'autre. Règles spéciales encore quant à la preuve : la loi institue un système de preuves spéciales à la mitoyenneté. Règles spéciales encore quant à la manière d'acquérir la mitoyenneté : l'acquisition peut être imposée par le propriétaire voisin à celui qui a construit le mur, et qui en était resté jusque là propriétaire exclusif. Il s'agit d'une sorte d'expropriation pour cause d'utilité privée, acquisition forcée de la mitoyenneté.

Enfin, il y a des règles spéciales à la mitoyenneté quant aux droits respectifs des propriétaires, chacun d'eux pouvant modifier la clôture, l'exhausser, la consolider, à la condition de ne pas nuire aux droits du propriétaire.

Les règles du Code Civil sur la mitoyenneté ont été empruntées à la coutume de Paris. Le droit romain ne fournissait ici aucun précédent, il ignorait la mitoyenneté. En principe, à Rome, les maisons étaient isolées, sans contiguïté ; de là le nom

Source : BIU Cujas

d'insulae, îles, qui leur était donné.

Mitoyenneté 1) des murs, 2) des autres clôtures

D'après le Code civil, toute clôture peut être mitoyenne, mais le Code traite d'une façon différente la mitoyenneté des murs et celle des autres clôtures.

I - Mitoyenneté des murs

I - Un mur qui sépare deux fonds n'est pas nécessairement mitoyen : il peut appartenir exclusivement à l'un des propriétaires. Mais, lorsqu'il en est ainsi, le propriétaire voisin peut acquérir après coup la mitoyenneté, acquisition forcée

Preuves de la mitoyenneté

A quoi reconnaîtra-t-on d'abord qu'un mur est ou n'est pas mitoyen ? Pas de difficulté. S'il existe un titre d'où résulte la mitoyenneté. Notamment en vertu de l'art. 663, dans les villes et faubourgs, un propriétaire peut contraindre son voisin à participer à la construction d'un mur d'une clôture : la loi fixe même la hauteur. Ce mur sera un mur mitoyen, en vertu d'un titre ; il interviendra généralement une convention.

prescription de 30 ans

Mais bien souvent, il n'y a pas de titre, il n'y en a jamais eu, ou le titre a été détruit et le mur existe de longue date. Dans ce cas, la prescription peut quelquefois jouer un rôle, soit en faveur, soit contre la mitoyenneté. Si les deux propriétaires ont possédé le mur en commun pendant 30 ans, la mitoyenneté sera acquise par la prescription. A l'inverse, si l'un des propriétaires a possédé exclusivement pendant 30 ans le mur, ce mur lui appartiendra exclusivement, ce qui n'empêchera pas l'autre d'acquérir la mitoyenneté quand il le voudra.

présomption de mitoyenneté. Murs auxquels s'applique cette présomption

Mais à défaut du titre, de prescription, la loi présume l'existence de la mitoyenneté.

L'art. 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 et même entre enclos dans les champs, est présumé mitoyen s'il n'y a titre ou marque du contraire.

La loi part de cette idée que, le mur étant utile dans ces cas-là aux deux propriétaires, il est infiniment probable qu'il a dû être construit à frais communs, ou bien, s'il a été construit par l'un d'eux, que l'autre a dû acquérir la mitoyenneté à un certain moment.

En tout cas, la loi est favorable à la mitoyenneté, elle présume la mitoyenneté à défaut de titre ou de prescription.

Mais à quels murs s'applique cette présomption de la mitoyenneté ? D'abord aux murs servant de séparation entre bâtiments. Si les bâtiments sont d'inégale hauteur, le mur n'est présumé mitoyen que jusqu'à l'héberge, c'est-à-dire jusqu'à hauteur du

Source : BIU Cujas

point du bâtiment le moins élevé.

La présomption s'applique encore au mur qui sépare cour et jardin, et enfin elle s'applique au mur servant de séparation entre enclos dans les champs.

Cette présomption n'existe plus au contraire lorsqu'un seul des terrains est clos ; en ce cas, le mur ne profite qu'au propriétaire du terrain clos et il n'y a pas lieu de supposer que l'autre a dû contribuer aux frais de la construction.

De même la présomption de mitoyenneté ne s'applique pas au mur qui sépare un bâtiment et une cour ou un jardin ; dans ce cas, le mur est présumé appartenir au propriétaire du bâtiment.

Preuves contraires à la présomption résultant d'un titre ou d'une marque contraire

Mais la présomption de mitoyenneté cède d'abord devant un titre et aussi lorsqu'il y a marque du contraire, dit l'art. 653. La présomption de mitoyenneté tombe lorsqu'il y a marque de non-mitoyenneté.

Marques de non mitoyenneté

Quand en est-il ainsi ? Il y a marque de non mitoyenneté, dit l'article 654, d'abord lorsque la sommité du mur est droite et aplomb d'un côté et présente de l'autre un plan incliné. En pareil cas, en effet, l'eau pluviale se déverse exclusivement du côté d'un seul propriétaire. Le mur est censé appartenir exclusivement au propriétaire du côté duquel est l'égoût du mur, c'est-à-dire se déverse l'eau pluviale.

Il y a encore marque de mitoyenneté, dit l'art. 654, alinéa 2, lorsqu'il n'y a que d'un coté, ou un chaperon, ou des filets corbeaux de pierre qui y auraient été mis en bâtissant le mur. Le chaperon, c'est une espèce de toit placé en haut du mur. Le filet, c'est la partie du chaperon qui déborde le mur, de manière à empêcher les dégradations qu'entraînerait la chute de l'eau. Or, s'il n'y a chaperon et filets que d'un seul côté, il y a marque de non mitoyenneté parce que l'eau ne se déverse que d'un seul côté ; le mur est censé appartenir au propriétaire du côté duquel se déverse l'eau de pluie. C'est une constatation que chacun peut faire ; il y a généralement une marque de mitoyenneté lorsque le mur a un chaperon qui déverse l'eau des deux côtés; le mur est mitoyen. L'entrepreneur a soin de mettre ce petit chapeau. Si au contraire le chaperon est construit de sorte que l'eau ne se déverse que d'un seul côté, il y a marque de non-mitoyenneté.

Enfin, il y a encore marque de non-mitoyenneté lorsqu'il existe d'un seul côté des corbeaux de pierre qui auraient été mis en bâtissant le mur. Les corbeaux sont des pièrres en saillie destinées à servir de points d'appui à des poutres pour le cas

Source : BIU Cujas

où on viendrait à adosser une construction au mur. Si l'on n'a mis des corbeaux que d'un seul côté, c'est qu'un seul propriétaire a le droit d'adosser des constructions au mur, c'est donc que le mur lui appartient à lui seul.

Acquisition par le voisin de la mitoyenneté d'un mur bâti et la limite de l'autre fonds

Supposons maintenant que nous soyions en présence d'un mur qui ne soit pas mitoyen, qui appartienne exclusivement à l'un des propriétaires. En ce cas, l'art. 661 du Code civil permet au propriétaire voisin joignant le mur d'acquérir la mitoyenneté en tout ou en partie. Le propriétaire, qui était jusque là propriétaire exclusif du mur, est obligé de céder la mitoyenneté. Il en deviendra simplement copropriétaire ; c'est une véritable expropriation privée qu'il subit et ainsi s'explique que la loi ait classé la mitoyenneté parmi les servitudes légales ; c'est plutôt une obligation, une charge réelle, telle que l'obligation de participer à la clôture ou l'obligation de bornage.

La cession de la mitoyenneté est une vente, mais une vente forcée. Cette cession doit être transcrite pour être opposable aux tiers. Cette cession n'a lieu d'ailleurs que moyennant indemnité. Le voisin qui acquiert la mitoyenneté du mur doit rembourser au propriétaire du mur la moitié de sa valeur ou la moitié de la valeur de la portion qu'il veut rendre mitoyenne et la moitié de la valeur du sol sur lequel le mur est bâti.

Grâce à cette faculté d'acquisition de la mitoyenneté, le voisin qui veut construire pourra adosser sa construction au mur déjà existant, sans avoir besoin de construire un nouveau mur qui viendrait se coller au mur voisin.

L'acquisition de la mitoyenneté n'est possible que de la part du propriétaire joignant un mur, ce qui suppose que le mur a été bâti à l'extrême limite de la propriété. Il résulte de là que si une personne a construit un mur en retrait de son terrain, ne fût-ce que d'un centimètre, le voisin ne peut exiger d'acquérir la mitoyenneté (Cass. 26 mars 1862, Dalloz 1862-1-162).

Droit d'élever des constructions et y faire des plantations contre le mur mitoyen

Voyons maintenant quelles sont les obligations respectives des propriétaires d'un mur mitoyen :

1°- Art. 657 - "Tout co-propriétaire peut faire bâtir contre un mur mitoyen et y faire placer des poutres dans toute l'épaisseur du mur, sans préjudice du droit qu'a le voisin de faire réduire à l'ébauchoir la poutre jusqu'à la moitié du mur dans le cas où il voudrait y asseoir lui-même une poutre ou y adosser une cheminée".

Source : BIU Cujas

Donc, chacun des propriétaires du mur peut user du mur, à condition de ne pas empêcher le voisin d'en user lui-même. Notamment chacun des propriétaires peut apposer des espaliers contre le mur, de son côté bien entendu.

exhaussement du mur mitoyen

2°- En vertu de l'article 658, tout co-propriétaire peut faire exhausser le mur mitoyen, mais il doit payer seul la dépense de l'exhaussement, les réparations de l'entretien au-dessus de la hauteur de la clôture commune, et en outre l'indemnité de la charge en raison de l'exhaussement, car le mur supportera une charge supérieure et sera détérioré plus rapidement.

Si le mur mitoyen n'est pas en état de supporter l'exhaussement, celui qui veut l'exhausser doit le faire reconstruire en entier à ses frais et l'excédent d'épaisseur doit se prendre de son côté, mais le voisin qui n'a pas contribué à l'exhaussement peut en acquérir la mitoyenneté à son tour en payant la moitié de la dépense qu'il a coûté et la moitié du sol fourni pour l'excédent d'épaisseur.

En tout cas, d'après l'art. 662, l'un des voisins ne peut pratiquer dans le corps du mur mitoyen aucun enfoncement, ni y appliquer ou appuyer aucun ouvrage sans le consentement de l'autre ou sans avoir fait régler par experts les moyens nécessaires pour que le nouvel ouvrage ne soit pas nuisible aux droits de l'autre.

Il semblerait que cet article 662 interdise à chaque co-propriétaire de se servir du mur. Il faut interpréter ce texte en ce sens que le propriétaire qui veut pratiquer un enfoncement dans le mur ou y adosser une construction doit s'entendre avec le voisin pour les précautions à prendre, sinon faire régler tout cela par expert.

Nous avons vu que les co-propriétaires des murs mitoyens ne peuvent pratiquer des ouvertures, même de simples jours.

Quelles sont maintenant les obligations des co-propriétaires ?

Réparation et reconstruction du mur mitoyen Le droit d'abandon

L'art. 655 décide que la réparation et la reconstruction du mur mitoyen sont à la charge de tous ceux qui y ont droit, et proportionnellement aux droits de chacun.

Par conséquent, le mur doit être réparé, entretenu à frais communs, en proportion du droit de chacun, parce que l'un des voisins peut avoir une partie du mur qui est sa propriété exclusive.

En tout cas, la réparation est à frais communs. Cependant, dit l'art. 655, tout co-propriétaire d'un

Source : BIU Cujas

mur mitoyen peut se dispenser de contribuer aux réparations et constructions en abandonnant le droit de mitoyenneté, pourvu que le mur mitoyen ne soutienne pas un bâtiment qui lui appartienne.

La loi ouvre, pour un des co-propriétaires qui ne veut pas participer aux frais, le droit d'abandon ; il peut abandonner sa mitoyenneté. Faculté assez curieuse, elle s'explique par ce fait que le co-propriétaire du mur est tenu des réparations à cause de son droit de co-propriété, propter rem, il se dispense de son obligation en abandonnant son droit de mitoyenneté. Il pourra d'ailleurs par la suite acquérir de nouveau la mitoyenneté en vertu de l'art. 661, quand il sera devenu plus riche par exemple. La faculté ne se prescrit pas. Une fois que l'un des deux aura fait la réparation à ses frais, quelques années après si le propriétaire qui avait abandonné sa mitoyenneté est devenu plus riche, il pourra l'acquérir de nouveau.

La faculté d'abandon n'est cependant pas toujours possible.

Elle n'est pas possible, nous dit l'art.656, lorsque le mur mitoyen soutient un bâtiment appartenant au propriétaire qui refuse de contribuer aux réparations. En pareil cas en effet, l'abandon permettrait au propriétaire de se décharger de ses obligations tout en continuant à profiter de l'utilité que lui procure le mur.

Supposez qu'il y ait par exemple un mut mitoyen entre un bâtiment et un jardin. Le co-propriétaire du jardin a le droit de refuser de contribuer aux réparations, à condition qu'il fasse abandon de sa mitoyenneté. S'il s'agit au contraire d'un mur qui sépare deux immeubles construits, l'un des propriétaires ne peut pas se soustraire aux obligations puisque son immeuble continuera à bénéficier de l'appui du mur.

La faculté d'abandon doit cesser aussi, semble-t-il, dans les villes et faubourgs. En effet, dans les villes et faubourgs, le propriétaire pourrait être contraint de contribuer à l'établissement d'un mur neuf s'il n'en existait pas ; on doit pour la même raison décider qu'il peut être contraint de réparer celui qui existe. Cependant tel n'est pas l'avis de la jurisprudence qui admet la faculté d'abandon même en ce cas (Cass. 26 juillet 1882, Sirey 1884-1-79).

2- Clôtures autres que les murs

Nous en arrivons à la mitoyenneté des clôtures autres que les murs.

Les clôtures autres que les murs sont des haies,

Source : BIU Cujas

palissades, fossés; treillages, etc...

Présomption de mitoyenneté à moins qu'il n'y ait titre, prescription ou marque contraire

Ici encore, la loi présume l'existence de la mitoyenneté (art. 666).

Du moment qu'il s'agit d'immeubles clos, toute clôture qui sépare ces héritages est réputée mitoyenne, à moins qu'il n'y ait titre, prescription ou marque contraire. C'est la même règle que pour les murs.

Marque de non-mitoyenneté des fossés

Seulement, quand y aura-t-il marque de non-mitoyenneté ? La loi n'en prévoit qu'une seule et seulement pour les fossés. Pour les fossés, il y a marque de non-mitoyenneté, lorsque la levée ou le rejet de la terre se trouve d'un côté seulement du fossé. La terre a été rejetée seulement d'un côté, ce qui indique que le fossé appartient au propriétaire du côté duquel la terre a été rejetée.

Laloi n'indique pas de marque de non-mitoyenneté pour les autres clôtures et notamment les haies. C'est une question d'appréciation pour les juges.

L'art. 667 décide que la clôture mitoyenne doit être entretenue à frais communs, mais le voisin peut se soustraire à cette obligation en renonçant à la mitoyenneté . Ici encore la faculté d'abandon est admise. Par contre, pour la même raison qui a été indiquée précédemment à l'occasion du mur, la faculté d'abandon cesse du moment qu'il s'agit d'un fossé qui sert habituellement à l'écoulement des eaux, parce qu'ici le fossé sert aux deux propriétaires voisins ; l'un d'eux ne peut pas refuser de participer à l'entretien du fossé puisqu'il en bénéficie comme l'autre propriétaire.

La loi n'admet pas, en ce qui concerne les clôtures autres que les murs, l'acquisition forcée. (art. 668). La mitoyenneté n'est pas ici d'un intérêt aussi général que la mitoyenneté des murs.

Mitoyenneté des haies; fruits de la haie

En ce qui concerne la mitoyenneté des haies, l'art. 669 décide que les produits en appartiennent aux propriétaires par moitié. Quant aux arbres qui se trouvent dans la haie, ils sont mitoyens comme la haie elle-même, et même les arbres plantés sur la ligne séparative de deux fonds sont réputés mitoyens: les fruits sont recueillis à frais communs et partagés par moitié, mais chaque co-propriétaire a le droit d'exiger que les arbres mitoyens soient arrachés. Il n'y a donc pas d'indivision forcée en ce qui concerne les arbres.

L'indivision en cas de division d'un immeuble par étages ou appartements appartenant à des propriétaires différents.-

Source : BIU Cujas

Ancienneté de cette pratique. Son développement après la guerre. Difficultés auxquelles elle a eu lieu. La loi du 28 juin 1938

C'est une situation qui est connue de longue date. L'art. 664 du Code civil prévoyait cette situation mais ce texte s'est révélé tout à fait insuffisant.

Pendant longtemps cette forme de co-propriété n'existait que dans certaines régions, notamment en Bretagne, mais la crise du logement consécutive à la guerre a développé cette forme de co-propriété dans des régions où elle était totalement inconnue, et notamment à Paris. A Paris, il y a aujourd'hui un assez grand nombre de maisons dont chaque appartement appartient à un propriétaire différent.

C'est une situation qui a donné lieu à bien des déboires, surtout lorsqu'il s'agissait de constructions. D'une part, les personnes, qui ont constitué des sociétés civiles en vue de la construction de l'immeuble, ont été obligées parfois de faire des versements complémentaires extrêmement onéreux. Par ailleurs, les sociétés elles-mêmes qui ont fait ces constructions se sont heurtées à la mauvaise volonté, à la mauvaise foi de certains des associés qui refusaient de verser leur part.

Une autre difficulté était le règlement de cette co-propriété ; il y a des parties communes, des frais communs. Il y avait par conséquent pas mal de difficultés à résoudre. De là une loi du 28 juin 1938, qui a eu pour objet de régler le statut de la co-propriété des immeubles divisés par appartements.

Cette loi s'occupe d'abord d'édicter des dispositions régissant les sociétés de construction. Ces dispositions n'intéressent pas le cours de droit civil de 1ère année.

Mais la loi contient en outre des dispositions qui nous intéressent : elle fixe la situation des co-propriétaires. Quelle est la situation de chaque co-propriétaire ?

Situation de chaque co-propriétaire. Drdt exclusif de chacun d'eux sur son appartement. Copropriété des parties communes

Chaque co-propriétaire est propriétaire exclusif de son étage ou de son appartement, mais il existe par ailleurs des parties communes qui sont en état d'indivision forcée perpétuelle.

Quelles sont ces parties communes ? Il appartient en principe au règlement des propriétaires qui doivent intervenir de les déterminer. Mais (art. 5 de la loi du 28 juin 1938) à défaut pour le règlement de les fixer, les parties qui sont présumées être la copropriété de tous les bâtiments sont : le sol d'abord, puis toutes les parties du bâtiment qui ne sont pas affectées à l'usage exclusif de l'un des propriétaires, telles que les cours, murs, toitures et gros oeuvre des planchers, les escaliers et as-

Source : BIU Cujas

censeurs, la loge du concierge, les passages et corridors, le calorifère, les canalisations de toutes sortes, à l'exception de celles qui se trouvent à l'intérieur de chaque appartement et qui sont présumées appartenir au propriétaire de l'appartement . De même pour les coffres, gaines et têtes de cheminées. Quant aux cloisons séparatives de deux appartements qui seraient situés sur le même étage, elles sont mitoyennes.

L'art. 6 ajoute : à défaut de convention contraire, chacun des co-propriétaires , pour la jouissance de sa fraction divise, peut user librement de sa partie commune sans faire obstacle au droit des co-propriétaires. C'est la règle en matière de co-propriété avec indivision forcée.

participation aux charges d'entretien et d'administration des parties communes

D'autre part, chaque co-propriétaire est tenu de participer aux charges d'entretien etd'administration des parties communes de l'immeuble, eu égard à leur étendue.

La loi prévoit qu'il intervient dans cette matière un règlement de propriété. A défaut de ce règlement d'ailleurs, la loi décide que les propriétaires sont obligatoirement groupés en un syndicat qui pourra prendre des décisions à la majorité.

transcription du règlement de propriété

Sans entrer dans les détails de cette règlementation, que le règlement de propriété doit être transcrit au bureau des hypothèques.

L'art. 8 décide que le règlement oblige les ayants cause à titre particulier des parties que s'il a été transcrit. Par exemple, l'un des co-propriétaires vend son appartement ; le règlement de propriété ne sera obligatoire pour l'acquéreur que si ce règlement a été transcrit avant que la vente de l'appartement fût elle-même transcrite.

- FIN DU COURS -

-:-

Addition.-

Une loi du 20 mai 1939 décide qu'il devra être fait mention du jugement ou arrêt de divorce, non seulement en marge de l'acte de mariage, mais aussi en marge de l'acte de naissance de chaque époux.-

---

Cours terminé d'imprimer le 30 Mai 1939.

Source : BIU Cujas