

A Messieurs Henry Michel, Professeur
à la Faculté de Droit de Paris,
Hommage de son dévoué collègue
Léon Tranchesi

29220

PRÉCIS
DE DROIT CIVIL

I



29.220⁵

PRÉCIS
DE
DROIT CIVIL

CONTENANT

dans une première partie

L'EXPOSÉ DES PRINCIPES

et dans une deuxième

LES QUESTIONS DE DÉTAIL ET LES CONTROVERSESES

PAR

G. BAUDRY-LACANTINERIE

Doyen et professeur de Droit civil à la Faculté de Droit de Bordeaux.

TOME PREMIER

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

CINQUIÈME ÉDITION

Revue et mise au courant de la législation, de la doctrine et de la jurisprudence.



PARIS

LIBRAIRIE

DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS

ET DU JOURNAL DU PALAIS

L. LAROSE, ÉDITEUR

22, RUE SOUFFLOT, 22

1894



17,615. — Bordeaux, V^e Cadoret, impr., rue Montméjan, 17.

PRÉFACE DE LA CINQUIÈME ÉDITION

La première édition du *Précis de droit civil* a été achevée en 1884 ; nous publions aujourd'hui la cinquième. L'empressement avec lequel le public a bien voulu accueillir les quatre premières éditions me confirme dans la pensée que les idées de méthode et de vulgarisation, qui ont inspiré cet ouvrage, ont été goûtées des professeurs comme de la jeunesse de nos écoles. Aussi, malgré les changements importants introduits dans cette nouvelle édition, non seulement pour la mettre au courant de la législation, de la doctrine et de la jurisprudence, mais encore pour rendre plus lucide l'exposition de certaines théories, le caractère et l'ordonnance générale de l'œuvre primitive ont-ils été scrupuleusement respectés.

Il est à propos de les rappeler.

En écrivant le *Précis de droit civil*, j'ai voulu faire une œuvre classique, destinée principalement aux étudiants et composée en vue de les initier rapidement, par un procédé aussi simple que logique, à la connaissance d'une science réputée difficile.

Les notions juridiques, qu'il faut posséder pour réussir dans l'ensemble des examens, n'occupent pas toutes le même plan au double point de vue de l'importance et de la difficulté. De ces notions, les unes correspondent à la licence, les autres, plus abstraites, ou plus complexes, supposent des intelligences déjà exercées, et sont réservées au doctorat. Parmi celles qui regardent la licence, il y en a qui sont indispensables, parce qu'elles ont la valeur de principes, qu'elles étendent au loin le domaine de leurs conséquences et qu'elles sont comme les assises mêmes de la science du droit. Après ces notions fondamentales, sur lesquelles on ne saurait trop attirer l'attention des commençants, viennent des notions d'un autre ordre, questions de

détail, controverses, données historiques, dont la connaissance, très utile assurément, n'est pas nécessaire au même degré.

Ce qui caractérise le *Précis de droit civil*, ce qui le distingue des livres élémentaires publiés jusqu'à ce jour, c'est le classement de ces trois ordres de notions, la subordination des unes aux autres, mise en relief et rendue saisissante par un signe matériel, par une différence typographique. Les notions-principes sont imprimées en gros caractères, les autres, en caractères plus fins; un astérisque indique les numéros ou alinéas écrits en vue des aspirants au doctorat et que les élèves de licence peuvent omettre parce qu'ils sont consacrés à l'étude des questions les plus délicates.

Et maintenant voici la manière de mettre notre méthode en action. On se bornera à lire une première fois la partie de l'ouvrage imprimée en gros caractères, qui, à elle seule, forme un tout complet. La seconde lecture comprendra, outre la partie déjà lue, les passages imprimés en petit texte, à l'exception des numéros ou alinéas marqués d'un astérisque, qui sont plus spécialement écrits en vue des aspirants au doctorat. Toutefois les élèves laborieux, qui préparent leur licence, mais qui auront le louable désir de conquérir plus tard le diplôme de docteur, ce couronnement des études de droit sérieusement menées, feront bien de se livrer à une troisième lecture, qui s'étendra cette fois à la totalité du livre. Ils y puiseront une science plus profonde du droit civil, avec d'autant moins de peine qu'ils s'y seront graduellement élevés.

Ce procédé d'initiation offre l'avantage de mieux graver dans la mémoire, de rendre plus familier par une double ou triple lecture ce qui a besoin d'être mieux connu, ce qui forme la base des connaissances juridiques, c'est-à-dire les principes et le sens des textes. Il permet en outre aux étudiants qui suivent les cours de prendre avant la leçon du maître un aperçu des matières qu'il doit traiter : ils n'auront qu'à lire d'avance la partie générale, ce qui ne leur demandera que quelques instants.

Ainsi, grâce à sa disposition matérielle, le *Précis de droit*

civil renferme en quelque sorte trois ouvrages réunis en un seul, trois ouvrages parfaitement distincts et qu'on peut lire séparément suivant le degré de ses connaissances acquises ou de celles qu'on veut acquérir. On a souvent émis le vœu que les études de droit fussent précédées d'une introduction générale aussi brève que possible et restreinte à l'énoncé des principes avec leurs motifs et leur enchaînement. La partie du *Précis* imprimée en gros caractères constitue cette introduction, cet exposé élémentaire des règles générales. Si l'on joint à cette première partie celle imprimée en petit texte moins les passages précédés d'un astérisque, on a un résumé de droit civil, bien suffisant pour permettre à ceux qui l'auront étudié avec soin de subir avec succès tous les examens de licence. Enfin l'ensemble forme un traité complet de droit civil, qui condense en trois volumes seulement presque autant de matière réellement utile que les vastes publications dont le code civil a fait l'objet et qui sont l'honneur de notre littérature juridique.

De plus, la méthode que j'ai adoptée me semble répondre à une tendance naturelle de l'esprit, à une nécessité de l'enseignement. « Nous aimons dans nos études, dit M. Testoud (1), avoir tout d'abord une notion d'ensemble du sujet, et commencer par des notions simples et certaines, pour n'arriver qu'ensuite et insensiblement à des théories plus abstraites et plus douteuses. Cette tendance existe surtout chez l'étudiant, qui pourrait être rebuté dès la première entrevue par une science dont les abords n'ont rien d'engageant. Il importe surtout de ne pas l'effrayer par des controverses qui peuvent le mettre en défiance et incliner son intelligence vers le doute. Mieux vaut à coup sûr lui proposer quelques principes incontestés qui seront la base de ses connaissances futures et serviront de point d'appui à ses raisonnements personnels ». Ce sentiment est aussi le mien, et j'ai voulu lui donner satisfaction en composant le *Précis de droit civil*. L'étudiant novice, qui se bornera à lire la partie imprimée en gros caractères, ne rencontrera que des

(1) *Revue critique de législation et de jurisprudence*. 1884, p. 633.

idées générales, des notions simples et certaines dégagées des difficultés et des détails qu'il n'abordera que dans la seconde et la troisième lectures.

Tels sont les avantages de la disposition typographique que j'ai adoptée. Elle a soulevé cependant une critique que je ne puis passer sous silence. « N'est-il pas à craindre, a-t-on dit, que l'étudiant en préparant sa licence ne se cantonne trop volontiers, comme on l'y invite, dans le gros texte ? (1) » Je n'ai pas eu cette pensée et n'ai pas besoin de m'en excuser. Mon seul but a été de faciliter la tâche aux bons étudiants, en leur proposant une méthode d'initiation qui leur permit de s'élever graduellement et sans fatigue jusqu'aux sommets de notre science, et nullement de favoriser les instincts des mauvais en leur offrant dans le gros texte le *minimum* des connaissances nécessaires pour réussir dans les examens de licence. Si quelques-uns font de mon livre un usage auquel il n'est pas destiné, on ne saurait m'en accuser. Après tout, la partie de mon *Précis* imprimée en gros caractères présentera plus de garanties que la plupart de ces manuels trop répandus hélas ! dans nos écoles, où le nombre des erreurs semble croître avec la brièveté des explications et contre lesquels « l'Université poursuit une campagne qui, pour n'avoir pas un caractère religieux ou politique, n'en est pas moins ardente (2) ». Dût mon livre n'avoir pas d'autre résultat que d'en diminuer le crédit, je croirais encore avoir fait une œuvre utile.

Dans ces dernières années, notre législation civile a reçu des modifications et des compléments dont on ne peut méconnaître l'importance ni l'étendue. Il est nécessaire que les livres d'enseignement destinés à la préparation aux examens, soient rigoureusement au courant de ces changements législatifs. Le *Précis de droit civil* doit à la date de sa publication le facile, mais précieux mérite de les indiquer ; on y trouve, avec l'explication du code civil, celle de toutes les lois, même les plus récentes, qui s'y rattachent.

(1) *La France judiciaire*, livraison de mars 1882, bulletin bibliographique.

(2) Compte-rendu de M. Testoud, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1884, p. 633.

Ainsi, pour ne parler que des dispositions nouvelles qui se réfèrent aux matières contenues dans le premier volume, une loi du 27 février 1880, conséquence nécessaire d'une révolution économique, a comblé une lacune de notre législation en exigeant de nouvelles garanties pour l'aliénation des valeurs mobilières appartenant aux mineurs et aux interdits. L'année suivante, les règles du code civil sur la mitoyenneté des clôtures, sur les plantations, les droits de passage en cas d'enclave (plus de 12 articles du second livre) ont été diversement modifiées par une loi du 25 août 1881, fragment détaché de ce code rural que la France prépare depuis 80 ans et qui sera un chef-d'œuvre si sa valeur doit se mesurer au temps dépensé pour le faire. L'institution du mariage a subi dernièrement une modification considérable : une loi du 27 juillet 1884 a rétabli le divorce, en modifiant sur quelques points l'organisation consacrée par le code civil de 1804 ; la loi du 18 avril 1886, sur la procédure du divorce et de la séparation de corps, a complété l'innovation en simplifiant les formes suivies jusqu'alors ; enfin la loi du 6 février 1893 a introduit une modification profonde dans l'état de la femme séparée de corps en lui restituant le plein exercice de sa capacité civile. Ces diverses lois, aussi remarquables par la portée que par le nombre de leurs dispositions, ont été commentées avec de grands développements. J'ai donné aussi une place importante à la loi du 26 juin 1889 *sur la nationalité*, modifiée tout récemment par la loi du 22 juillet 1893, qui est venue remanier de nombreux articles du code civil, à la loi du 9 mars 1891, sur les droits du conjoint survivant, à celle du 8 juin 1893 qui touche à une foule de matières et notamment aux actes de l'état civil, et à la loi du 24 juillet 1889 *sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés*, grâce à laquelle se trouvent comblées d'importantes lacunes de nos lois civiles relativement à la puissance paternelle. Enfin nous donnons, en l'accompagnant d'explications détaillées, le texte de deux nouvelles lois sur le code rural, les lois des 4 avril et 15 juillet 1889, cette dernière relative principalement aux droits de parcours et de vaine pâture.

Je me suis conformé au plan suivi par les rédacteurs du code civil, sans m'astreindre toutefois à observer l'ordre des articles compris dans une division déterminée. Je n'ignore pas les critiques qu'on a adressées à la méthode de la loi; mais j'ai pensé qu'il y aurait de graves inconvénients à la modifier d'une manière trop sensible. L'auteur, qui substitue ses classifications, fussent-elles plus logiques, à celles du code, s'expose à faire perdre de vue le texte, qu'on ne saurait mettre assez fréquemment sous les yeux des étudiants. C'est aussi pour ce motif que le *Précis de droit civil* reproduit les articles en caractères italiques et entre guillemets. J'ai employé cette notation, quoique peu usitée en imprimerie, pour mettre mieux en relief le texte de la loi.

Persuadé que la jurisprudence fournit des éléments très précieux pour l'interprétation des lois, j'indique sur la plupart des questions controversées le sens dans lequel elle s'est ou paraît s'être fixée. Mais, pour ne pas enlever à mon ouvrage son caractère de *précis*, je me suis borné à citer les arrêts les plus récents et de préférence ceux qui constituent des décisions de principe. Toutefois j'ai analysé d'une manière complète la jurisprudence des quinze dernières années.

Je me suis fait une règle de ne pas rapporter les noms des auteurs à l'appui des opinions que j'adopte ou que je combats. A ceux qui pourraient s'en étonner, je ferai observer que, dans un livre où l'on se propose moins de tout dire que de donner des solutions exactes et de poser les fondements d'une science, tout peut rester à l'état de notions impersonnelles. Les doctrines tirent leur force des raisons qu'elles invoquent, et non des jurisconsultes qui les soutiennent. Il est bon d'habituer de bonne heure la jeunesse à la pratique de ce précepte trop souvent oublié : *non exemplis, sed legibus judicandum*.

On m'a reproché de n'avoir pas placé en marge du *Précis* un questionnaire, correspondant aux matières traitées dans le corps de l'ouvrage. Ce procédé permettrait aux étudiants de s'interroger sur ce qui fait l'objet de leurs études, et faciliterait la préparation aux examens. J'ai cru qu'il leur serait plus profitable encore de rédiger eux-mêmes ce question-

naire; pour cela j'ai fait imprimer cette cinquième édition sur papier collé avec des marges suffisantes. Ce travail, auquel je les convie, les contraindra à se recueillir et à résumer sous forme de questions les pages qu'ils auront lues. Excellent moyen de vérifier et de rendre plus solides les connaissances qu'ils y auront puisées.

Avant de finir, je veux acquitter une dette en remerciant ceux de mes lecteurs qui ont eu la bonne pensée de me faire part de leurs observations. J'en ai tenu compte avec conscience, dans la mesure qui m'a paru vraie. C'est ainsi que, comblant une lacune qui m'avait été signalée à diverses reprises, j'ai consacré dans mon tome II certains développements aux *assurances sur la vie* qui occupent aujourd'hui dans la pratique une place si importante et dont il est si difficile de déterminer le fondement juridique. J'accueillerai de même avec reconnaissance toutes les observations qui me seront adressées dans l'avenir, même par des étudiants. Je ne me dissimule pas que le *Précis de droit civil* présente encore des imperfections à réparer; je fais appel à la bienveillance de tous pour me les signaler. Un livre né depuis peu a tous les défauts inséparables de son âge; il reste ensuite à le corriger, le redresser, le compléter, l'améliorer. C'est une éducation à faire, et cette tâche est plus longue et plus pénible que la première. Ce sera la constante occupation de ma vie; mais pour réussir j'ai besoin que la critique vienne activer, éclairer et féconder mes efforts personnels.

Bordeaux, 1^{er} novembre 1893.

G. BAUDRY-LACANTINERIE.

TABLEAU DES ABRÉVIATIONS

D.....	Digeste.
C.....	Code de Justinien.
L.....	Loi.
C. civ.....	Code civil.
C. pr.....	Code de procédure civile.
C. co.....	Code de commerce.
C. I. cr.....	Code d'instruction criminelle.
C. pén.....	Code pénal.
Cass.....	Arrêt de la cour de cassation.
D., 89. 2. 67.	Recueil périodique de Dalloz, année 1839, deuxième partie, page 67.
S., 77. 1. 74.	Recueil périodique de Sirey, année 1877, première partie, page 74.
Arg. art.....	Argument tiré de l'article.
Cpr.....	Comparez.
chn.....	combiné.
al.....	alinéa.
p	page.
n	numéro.
s.....	et suivants.

OBSERVATIONS

Tous les articles cités sans autre indication appartiennent au code civil.

Le signe = précédant un fragment de texte, indique que ce fragment va être l'objet d'une explication spéciale.

INTRODUCTION

CHAPITRE PREMIER

DU DROIT EN GÉNÉRAL

§ I. Définitions.

1. Définition du droit. — Le *droit* est l'ensemble des préceptes réglant la conduite de l'homme envers ses semblables, et dont il est possible, en même temps que juste et utile, d'assurer l'observation par voie de contrainte extérieure.

A l'état de conception idéale, à l'état latent, si l'on peut ainsi parler, ces préceptes constituent le *droit naturel* : *non scripta sed nata lex*. Le droit naturel nous est révélé par les seules lumières de notre raison. Il est immuable et universel.

Traduits plus ou moins heureusement en formules positives par l'autorité législative, ces mêmes préceptes forment le *droit positif* (*posé* par le législateur). Le droit positif d'un peuple est d'autant plus parfait qu'il se rapproche davantage de ce type idéal dont nous venons de parler et qu'on appelle le droit naturel. C'est sous l'inspiration de cette pensée qu'avait été rédigé l'art. 1 du titre préliminaire que notre législateur se proposait de placer en tête du code civil et qui paraît n'avoir été supprimé que comme inutile dans une œuvre législative : « Il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives ; il n'est que la raison naturelle en tant qu'elle gouverne les hommes ».

Par la recherche et la coordination systématique des divers préceptes dont il se compose, le droit devient une science. Ceux qui la possèdent portent le nom de *jurisconsultes*.

A la notion du *droit* se rattache celle du *devoir* qui consiste dans l'obligation d'accomplir un fait ou de s'en abstenir.

2. Sciences auxiliaires de la science du droit. — Sans parler de l'*histoire*, qui lui fournit d'indispensables enseignements, la science du droit est tributaire de deux autres sciences : la *morale*, à laquelle elle emprunte les règles du *juste*, et l'*économie politique*, source des règles de l'*utile*.

Cette dernière science, née d'hier, était inconnue ou à peine soupçonnée des juriconsultes romains, et on s'explique ainsi que, dans les définitions qu'ils ont données du droit, ils aient négligé le point de vue si important de l'*utile* pour se préoccuper exclusivement du *juste*. *Jus est ars boni et æqui*, dit *Celsus*. La même pensée inspire Ulpien lorsqu'il définit la jurisprudence : *justi atque injusti scientia*. Ces définitions permettraient de confondre le droit avec la morale ; or, il importe de les distinguer, ainsi que nous allons le voir à l'instant. Pour être exact, il faut dire que le droit est la science de ce qui est utile en même temps que juste.

3. Distinction du droit et de la morale. — Le domaine de la morale est beaucoup plus vaste que celui du droit. Parmi les préceptes de la morale, en effet, il y en a un grand nombre qui ne sont pas des préceptes de droit, parce que la société n'a pas d'intérêt à ce que leur observation soit assurée par voie de coercition extérieure.

On sait que les préceptes de la morale se divisent en trois catégories, suivant qu'ils régulent la conduite de l'homme envers Dieu, envers lui-même ou envers ses semblables. Les préceptes des deux premières catégories sont étrangers au droit, parce que le droit suppose nécessairement l'état de société et qu'il ne peut sanctionner que les devoirs qu'engendre la vie sociale. Seuls ceux de la troisième lui appartiennent, et encore ne lui appartiennent-ils pas tous. Il faut établir à cet égard la distinction suivante : Parmi les préceptes qui gouvernent la conduite de l'homme à l'égard de ses semblables, il y en a qui sont la sanction de devoirs de charité, d'autres qui sont la sanction de devoirs de justice. La science du droit ne comprend que ces derniers. Ainsi le précepte qui nous commande de faire l'aumône est un précepte de charité ; il sort donc du cadre du droit. Au contraire le précepte qui nous commande de payer nos dettes est un précepte de justice, et par conséquent un précepte de droit.

* 4. (a) Ces considérations seraient trop incomplètes, si l'on ne disait rien d'un système de philosophie, très admiré aujourd'hui et très goûté, qui, généralisant les données fournies par la biologie, la physiologie, la sociologie, place l'idéal moral dans « l'équilibre de la constitution et des conditions de l'existence » et définit la justice « l'ensemble des règles dont la parfaite observance constitue l'état d'équilibre, but du progrès politique... ». Les êtres organisés étaient, au début, des êtres inférieurs, dont la masse homogène, amorphe, comprenait une série de corpuscules (cellules) doués d'une vie propre et simplement juxtaposés. Peu à peu, les éléments vivants se sont spécialisés, ils se sont associés par groupes (tissus) dont l'activité, résultante des activités cellulaires, a été employée à l'une des fonctions physiologiques. L'organisme est devenu d'autant plus parfait que le travail a été plus divisé. De l'homogène indéfini et incohérent, la matière a donc passé à l'hétérogène, défini, cohérent. Dans la *matière indestructible*, un *mouvement continu* s'est effectué sous l'influence de la *force permanente*. Mais avec la concentration (intégration, consolidation), le mouvement se concrétise et diminue, et cette diminution persistante produit finalement, sous l'effort des forces extérieures, le trouble dans l'équilibre atteint : le mouvement augmente en se différenciant, et les organismes se dissolvent à nouveau (désintégration).

Considérons maintenant les sociétés : Nous y trouvons, à l'origine, l'état homogène et discret. Dans la horde errante, pas d'organisation familiale, ni de parenté individuelle. Mais la horde se fixe, les groupes de la famille matriarcale s'y constituent (1), puis, avec l'exogamie, la horde s'organise en tribus, la famille patriarcale apparaît. Déjà les éléments

(a) Ce numéro a été écrit par mon excellent collègue et ami, M. Henri Monnier.

(1) Dans la famille matriarcale il n'y a de parenté que par les femmes. Les biens passent du frère de la mère au neveu, et l'oncle maternel remplit l'office de patriarche. Le livre de Bachofen, *Das Mutterrecht*, Stuttgart, 1861, a été le point de départ des recherches sur la famille matriarcale, ce livre doit être consulté ; on y joindra les études de Morgan sur les « *Systems of consanguinity* » parues à Washington en 1871, et le livre de Giraud Teulon, sur les *Origines de la famille*, Paris, 1874. Des savants d'une grande autorité ont, il faut l'avouer, nié l'existence de la famille matriarcale comme fait général ; il me suffira de renvoyer au dernier livre de Summer Maine (*Etudes sur l'histoire du droit*, Paris, 1889, p. 435-506), le lecteur curieux de connaître les pièces du procès.

sociaux se coordonnent et se subordonnent, et le mouvement de concentration établit insensiblement les nations, c'est-à-dire l'état hétérogène et concret où les fonctions s'équilibrent d'autant plus qu'elles se spécialisent davantage. Tant que l'équilibre complet ne sera pas atteint, il y aura des oscillations (révolutions, réactions, alternatives de paix ou de guerre); la loi du rythme veut que ces oscillations soient de plus en plus faibles. Elles seront nulles une fois l'équilibre atteint, quand la force persistante aura complètement adapté les sentiments des hommes aux conditions de leur existence. Seulement l'équilibre n'est pas durable, la force qui l'a créé, le détruira. Au mouvement du tout succédera le mouvement des parties, les éléments sociaux, l'armée, les corps industriels se désintégreront, et c'est la dissolution. « Le Japon, écrit Spencer, nous offre un bon exemple de la manière dont ces désintégrations sont susceptibles d'être mises en jeu dans une société qui a atteint la limite du développement du type auquel elle appartient, et atteint un état d'équilibre mobile. L'édifice social de ce peuple s'est conservé dans un même état aussi longtemps qu'il est resté à l'abri de forces extérieures nouvelles. Mais aussitôt qu'il eût reçu un choc de la civilisation européenne, en partie par une agression armée, en partie par l'influence des idées, l'édifice commença à tomber en pièces. Le Japon est maintenant entré dans une dissolution politique. Il est probable qu'il s'ensuivra une réorganisation politique. Mais, quoi qu'il en soit, le changement qu'une action extérieure vient d'y produire, tend vers la dissolution; c'est un changement de mouvements intégrés en mouvements désintégrés ». *Premiers Principes*, trad. Cazelles, p. 559. — Cette philosophie nous fournit une définition très simple de la loi morale : c'est la loi sous laquelle l'individu s'adapte parfaitement au milieu social. La loi régit par conséquent deux domaines : celui du droit (phénomènes de conservation sociale), celui de l'économie politique (phénomènes de production). Plus spécialement, le droit sera une science ou un art, suivant qu'il étudiera les transformations des rapports nécessaires entre les hommes dans le temps, ou les moyens d'organiser actuellement ces rapports.

Nul doute qu'une pareille philosophie ne soit féconde en résultats : Outre qu'elle donne un intérêt nouveau aux études de toute sorte, elle conduit à une appréciation plus équitable « des partis politiques, religieux et autres ». A ceux-ci elle assure le présent, à ceux-là elle promet l'avenir, à tous elle conseille la patience et la modération. Il va de soi que, dans la théorie de l'évolution, la liberté humaine joue un bien petit rôle. « Le cours de l'évolution sociale estprédéterminé dans son caractère général, à ce point que ses phases successives ne sauraient anticiper l'une sur l'autre; par conséquent, il n'y a pas d'enseignement ni de politique qui puisse lui faire dépasser une certaine vitesse normale, limitée par la vitesse de la modification organique chez les êtres humains ». H. Spencer, *Introduction à la science sociale*, p. 433. Et c'est bien là justement le point faible : En soumettant à la même loi tous les phénomènes conscients et inconscients, on nie la liberté. *Au point de vue pratique*, rien de plus funeste. En comprenant combien peu relativement il peut faire, bien loin d'estimer comme le veut Spencer « que ce peu vaut la peine d'être fait », l'homme s'abandonnera aux forces qui l'entraînent, il vivra, non pour agir, mais pour assister, spectateur stoïque ou désespéré, à la transformation continue, immense des organismes. *Au point de vue théorique*, il est malaisé de se débarrasser de la liberté. Une démonstration de la causalité non mécanique ne serait point ici à sa place, bornons-nous à dire ceci : L'homme conçoit avant d'agir, il pèse les motifs et se détermine. A quoi bon une délibération consciente si la décision est fatale ? Quel singulier juge serait celui qui, après examen des faits de la cause, s'en remettrait au sort pour trancher le litige ! On objecte que ma liberté est une illusion, que je ne pouvais décider autrement que j'ai fait ; mais comment pouvais-je être un spectateur conscient sans une action qui soit mienne, et par conséquent indépendante de tout enchaînement mécanique des causes et des effets ? « Que fait l'homme en possession de lui-même ? Si les actions du dehors provoquent en lui des réactions inconscientes, si certaines idées se réalisent en lui automatiquement, ce n'est pas le tout de sa vie morale. Il pose des fins prochaines ou lointaines, il y dirige ses actions. Ce sont toujours des idées possédant par elles-mêmes une vertu efficace ; mais au lieu de provoquer subitement et mécaniquement un conséquent déterminé, elles demeurent un temps variable à l'état d'idées et, au lieu d'agir par

impulsion, elles agissent par attrait; alors leur valeur propre nous apparaît, et c'est elle qui en détermine la réalisation ». Liard, *La science politique et la métaphysique*, Paris, 1879, p. 404.

5. Définition de la loi. — *Lato sensu*, le mot *loi* désigne toute règle qui s'impose. La matière a ses lois, les animaux ont leurs lois, l'homme a ses lois. Dans un sens plus étroit, on entend par *lois* des règles de conduite obligatoires pour tous les hommes : *lex est commune præceptum*. L'ensemble des lois constitue le *droit*; elles sont par conséquent les matériaux de notre science. Le mot *loi* vient, non pas de *ligare*, comme on l'enseigne généralement, mais bien, ainsi que le dit Cicéron, de *legere*, choisir, parce que le législateur fait un choix de règles de conduite qu'il rend obligatoires pour tous. Cpr. de Vareilles Sommières, *Les principes fondamentaux du droit*, p. 16.

Le moyen employé pour assurer l'observation de la loi porte le nom de *sanction*. Les lois positives, œuvre d'un législateur humain et matériaux de la science du droit positif, ont une sanction positive aussi qui varie suivant les cas : elle consiste le plus ordinairement, soit dans une peine prononcée contre celui qui contrevient à la loi, soit dans la nullité des actes faits en violation de la loi. Quant à celles des lois naturelles qui, n'ayant pas trouvé place dans nos codes, n'ont pas d'autre asile que notre conscience, leur sanction est exclusivement morale : remords ou satisfaction de conscience, crainte de châtimens ou espoir de récompenses dans une autre vie...

6. But des lois positives. — Les lois ont pour objet le maintien de l'ordre dans la société. Elles protègent la liberté de chacun, en fixant les limites dans lesquelles il doit se renfermer pour ne pas porter atteinte à la liberté d'autrui. « La liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas aux autres » (déclaration des droits de l'homme des 3-14 septembre 1791). « Une société ne peut vivre sans lois », dit Pascal. Et en effet, s'il n'y avait pas de lois, la paix publique serait incessamment troublée; car il n'existerait pas d'autre moyen de résoudre les questions que l'emploi de la force brutale.

§ II. Divisions du droit.

I. Droit national, droit international.

7. Au point de vue des rapports dont il est l'expression, le droit se divise en droit *national* et droit *international*.

A. Le droit *national* ou *interne* est le droit propre à chaque nation.

Il est *public* ou *privé*.

a. — Le droit national *public* est celui dans lequel l'Etat est en jeu, *quod ad statum reipublicæ spectat*. Il se subdivise en : droit public proprement dit, ou droit constitutionnel, réglant la constitution et les attributions de l'Etat, et droit public secondaire ou droit administratif, réglant les rapports de l'Etat et des particuliers : ainsi les lois qui déterminent les conditions d'aptitude requises pour les diverses fonctions publiques appartiennent au droit administratif.

b. — Le droit national *privé* est celui qui règle les rapports de particulier à particulier, « *quod ad singulorum utilitatem pertinet* », comme dit la loi romaine. Il a principalement trait à la famille et à la propriété. Ainsi nos lois relatives au mariage, à l'adoption, aux contrats, aux successions, aux testaments, etc., font partie de notre droit privé interne.

Parmi les lois qui composent le droit privé, il en est quelques-unes dont l'observation présente un intérêt tout particulier au point de vue de la conservation de l'ordre social, ce sont les lois relatives à l'ordre public et aux bonnes mœurs; telles sont les lois qui prohibent le mariage entre certains parents ou alliés (art. 161 à 163), celles qui règlent l'exercice de la puissance paternelle et de la puissance maritale, les lois pénales. On comprend que l'ordre social pourrait être gravement troublé, compromis même, par la violation de semblables lois. Leur ensemble est quelquefois désigné sous la dénomination de *droit public*, expression qui présente ici un sens tout différent de celui que nous lui donnions tout à l'heure. Ces lois ont cela de particulier que la volonté des parties ne peut en empêcher ni en modifier l'application. C'est ce que dit l'art. 6 du code civil, qui reproduit l'ancienne maxime *Jus publicum privatorum pactis nec laedi nec mutari potest*. Les particuliers peuvent au contraire déroger, par leurs conventions, aux lois dans lesquelles leur intérêt seul est en jeu, sans que celui de la société y soit engagé. Ainsi l'art. 1626 du code civil dit que le vendeur doit la garantie à l'acheteur. Rien n'empêche les contractants d'é luder l'application de cette règle, en convenant que le vendeur ne sera tenu d'aucune garantie (art. 1627).

B. Le droit *international* ou *externe* est celui qui régit les rapports de nation à nation, d'Etat à Etat.

Comme le droit national, le droit international se subdivise en public et en privé.

a. — Le droit international public est celui qui régit les rapports

des Etats au point de vue de leurs intérêts généraux. Les traités de paix, d'alliance et de commerce appartiennent au droit international public. Ce droit puise sa force en lui-même; il n'y a pas d'autorité supérieure pour le faire respecter. Dans l'état actuel des choses, il n'a pas d'autre sanction matérielle que l'emploi de la force de la part de la nation qui se croit atteinte dans ses droits. Entre particuliers, dit M. Accolas, c'est un principe que nul ne se fait justice à soi-même; entre nations, le principe est renversé.

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

b. — Le droit international privé, au contraire, régit les rapports des Etats au point de vue des intérêts particuliers de leurs sujets. Ainsi un Anglais meurt, laissant des biens en France. Par quelle loi sera régie sa succession quant aux biens situés en France? Par la loi anglaise, qui est la loi nationale du défunt? Ou par la loi française, qui est la loi de la situation des biens? La solution du conflit qui peut exister ici entre les deux législations appartient au droit international privé. Les questions de nationalité sont aussi des questions de droit international privé.

II. *Droit civil, droit des gens.*

8. Il y a dans notre droit privé un certain nombre d'institutions dont le bénéfice appartient aux nationaux (citoyens ou non) à l'exclusion des étrangers; elles constituent le *droit civil*. Ainsi l'adoption appartient au *droit civil*, parce qu'un étranger ne peut pas adopter en France. Au contraire, la partie beaucoup plus considérable de notre droit privé qui est applicable aux étrangers comme aux nationaux constitue le *droit des gens*. « Les philosophes, dit Rabelais (Gargantua ch. X), nomment *jus gentium* le droit universel valable par toutes contrées ». Ainsi la vente appartient au *droit des gens*, parce que nos lois sur la vente s'appliquent en France aux étrangers comme aux nationaux. Toutefois l'expression *droit civil* ne se prend dans ce sens étroit, *stricto sensu*, que lorsqu'on l'oppose au *droit des gens*. Dans le sens large, qui est aussi le sens usuel, *droit civil* est synonyme de *droit privé*. Cpr. *infra* n. 108.

III. *Droit écrit, droit coutumier ou non écrit.*

9. On désigne sous le nom de *droit écrit* celui qui a été expressément formulé par le législateur. A une époque très reculée, le

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

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

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

CHAPITRE II

DU DROIT FRANÇAIS

Étude historique de ses différentes sources.

10. Au point de vue historique, notre droit français se divise en trois parties, savoir : 1° le droit *ancien* qui comprend tous les monuments législatifs antérieurs à la déclaration de l'assemblée constituante (17 juin 1789) ; 2° le droit *intermédiaire* embrassant toutes les lois rendues depuis le 17 juin 1789 jusqu'à la promul-

gation du titre préliminaire du code civil (24 ventôse an XI ou 15 mars 1803); 3° le droit *nouveau* qui se compose du code civil et de toutes les lois contemporaines ou postérieures.

§ I. *Droit ancien.*

11. Au point de vue législatif, notre ancienne France était divisée en pays *de coutume* et pays *de droit écrit*. Cette division juridique correspond assez exactement à une division géographique : pays de coutume au nord, pays de droit écrit au midi. Une ligne droite allant de l'embouchure de la Charente au lac de Genève marque assez bien la limite des deux zones. Toutes les provinces au-dessus de cette ligne, à l'exception du Mâconnais, sont pays de coutume ; toutes celles au-dessous, à l'exception de l'Angoumois et de l'Auvergne, constituent des pays de droit écrit.

12. I. Pays de coutume. Le droit en vigueur dans les pays dits *de coutume* était le droit de la coutume ou droit coutumier. Fondé sur l'usage, ce droit variait nécessairement de localité à localité, et par conséquent la législation des pays de coutume manquait d'uniformité. Ferrière évalue à plus de trois cent soixante le nombre des coutumes de notre ancienne France, sur lesquelles on en comptait environ soixante générales et trois cents spéciales. Les coutumes générales étaient celles qui régissaient une portion considérable du territoire, telle qu'une province ou une grande partie d'une province. Les autres étaient dites spéciales ; il y en avait qui se restreignaient à une ville, à un village ou même à un simple hameau. Voltaire a pu dire avec exactitude que l'homme voyageant en France à cette époque changeait de lois presque aussi souvent que de chevaux.

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

13. II. Pays de droit écrit. La législation des pays de droit écrit avait pour base le droit romain. Mais elle n'était pas uniforme

pour cela, le droit romain ayant reçu presque partout des modifications plus ou moins profondes en vertu des usages locaux et de la jurisprudence des parlements.

Les pays qui avaient une coutume, mais dans lesquels les cas non prévus par la coutume devaient être réglés par le droit romain, tels que la Bourgogne, la Franche-Comté, étaient rangés dans la catégorie des pays de droit écrit, parce que le droit romain y avait force obligatoire sur tous les points non réglés par la coutume. Il n'y avait donc de pays coutumiers que ceux dans lesquels le droit romain n'avait jamais force de loi et ne pouvait être invoqué que comme raison écrite dans les cas non prévus par la coutume. En deux mots, dans les pays de droit écrit, le droit romain avait force de loi pour combler les lacunes de la coutume; dans les pays de droit coutumier, il n'avait que force de raison écrite et par suite ne s'imposait pas au juge.

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

Il y avait cependant une partie de notre ancienne législation qui présentait plus d'uniformité : c'était celle contenue dans les ordonnances royales, qui, en principe, étendaient leur empire sur tout le territoire. Mais sur ce point encore il y a certaines réserves à faire. En effet, dans notre ancien droit, les ordonnances des rois n'étaient exécutoires qu'après avoir été vérifiées et enregistrées par les parlements. Or il arrivait que certains parlements refusaient d'enregistrer une ordonnance ou ne l'enregistraient qu'en partie, et alors l'ordonnance, ou la partie de l'ordonnance non enregistrée, n'était pas exécutoire dans le ressort de ces parlements.

§ II. *Droit intermédiaire.*

15. L'ère du droit *intermédiaire* s'ouvre le 17 juin 1789, et se clôt le 15 mars 1803. Le droit intermédiaire comprend donc les lois faites par l'assemblée nationale, qui prit le nom de *constituante* quand elle eut doté la France d'une constitution, par l'assemblée législative, par la convention nationale, par les deux conseils et le directoire, et enfin une partie de celles faites par le consulat. L'ensemble de ces lois, présentant une physionomie tout à fait à part, on les considère comme formant un droit spécial, sous le nom de droit intermédiaire ou révolutionnaire. Elles font l'application à un grand nombre de matières des principes nouveaux consacrés par la révolution : unité de l'État, séparation des pouvoirs spirituel et temporel, égalité de tous les Français devant la loi, abolition de la féodalité... L'esprit violent de réaction, dans lequel ces lois furent conçues, porta quelquefois le législateur à dépasser la juste mesure, notamment quand, assimilant les enfants illégitimes aux enfants légitimes, il leur accorda les mêmes droits.

Le législateur du code civil, à son tour, a peut-être commis une exagération en sens inverse, en réagissant outre mesure contre le nouvel état de choses créé par le droit de la révolution.

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

Sous la convention et sous le directoire, plusieurs projets furent successivement présentés ; ils échouèrent tous. Mais si le législateur d'alors ne put réaliser l'unité législative qu'il avait rêvée, il en prépara tout au moins l'avènement. C'est quelque chose d'abord d'avoir posé le principe. En outre toutes les lois faites pendant la période révolutionnaire, et elles sont nombreuses, étaient obligatoires pour toute la France. Sur tous les points faisant l'objet de ces lois, la législation de la France devenait donc uniforme. Le droit ancien subsistait, il est vrai, avec son infinie variété, sur tous les points non réglementés par les lois nouvelles, et à ce point de vue les lois révolutionnaires augmentèrent le chaos législatif, car ce n'était pas chose facile de savoir où commençait le domaine de la loi nouvelle et où finissait celui de l'ancienne ; mais par cela même elles rendirent plus nécessaire la réalisation complète du principe de l'unité législative.

§ III. *Droit nouveau.*

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

18. Confection du code civil. — Un arrêté des consuls du 24 thermidor de l'an VIII (12 août 1800) nomma une commission chargée de rédiger un projet de code civil. Cette commission était composée de quatre membres : Tronchet, président du tribunal de cassation, adepte fervent du droit coutumier ; Portalis, commissaire du gouvernement près le conseil des prises, fortement imbu des principes du droit romain ; Bigot-Préameneu, commissaire du gouvernement près le tribunal de cassation ; enfin Malleville, juge au même tribunal. — Tronchet était président de la commission ;

Malleville devait remplir les fonctions de secrétaire-rédacteur. L'arrêté portait en outre que Tronchet, Portalis et Malleville assisteraient aux séances du conseil d'État, dans lesquelles auraient lieu les discussions relatives au code civil.

Les membres de la commission se partagèrent le travail, et ils y mirent tant d'activité que la rédaction du projet fut achevée en quatre mois. Les critiques n'ont pas été épargnées à ce projet : on lui a reproché surtout de manquer d'originalité, de n'être qu'une compilation empruntée à nos anciennes coutumes, au droit romain et au droit révolutionnaire. Comme le dit fort bien M. Laurent, le reproche était à certains égards un éloge. La législation d'un peuple ne peut pas sortir de toutes pièces du cerveau d'un jurisconsulte ; elle se compose de matériaux accumulés par les siècles et entre lesquels il ne peut s'agir que d'opérer un triage. Les innovations législatives doivent être rares et faites à bon escient ; en cette matière, innover c'est souvent reculer.

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

Il restait à transformer le projet en loi. C'est ce qui fut fait suivant les formes réglées par la constitution du 22 frimaire de l'an VIII, alors en vigueur. D'après cette constitution, quatre pouvoirs participaient à la confection de la loi, savoir :

1° Le *gouvernement*, auquel appartenait l'initiative de la loi.

2° Le *conseil d'État*, qui la préparait. Divisé en cinq sections (législation, intérieur, finances, guerre et marine), le conseil d'État comprenait quatre-vingts membres.

3° Le *tribunat*, chargé d'émettre après discussion un vœu favorable ou défavorable à la loi. Il comptait originairement cent membres.

4° Enfin le *corps législatif*, composé de trois cents membres, qui décrétait la loi.

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

19. Tels sont dans leur ensemble les pouvoirs qui, à l'époque où le code civil a été décrété, concouraient à la confection de la loi.

Voici maintenant l'exposition détaillée de leur mécanisme.

Le gouvernement, auquel appartenait l'initiative de la loi, la proposait par l'organe du premier consul. Celui-ci envoyait à cet effet le projet au conseil d'Etat, qui était chargé de le préparer, c'est-à-dire d'arrêter sa rédaction en articles.

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

Le projet, rédigé définitivement par le conseil d'Etat, était renvoyé au premier consul, qui, s'il se décidait à le transformer en loi, en saisissait le corps législatif. Trois orateurs, choisis parmi les membres du conseil d'Etat et nommés par le gouvernement, soutenaient en son nom le projet devant le corps législatif ; le premier nommé en exposait les motifs. Le corps législatif n'avait pas le droit d'amendement.

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

Le tribunal choisissait alors dans son sein trois orateurs chargés de communiquer son vœu au corps législatif. Puis un débat contradictoire s'engageait, au sein du corps législatif, entre les orateurs du gouvernement et ceux du tribunal ; après quoi le corps législatif votait au scrutin secret et sans délibération préalable, ce qui lui a fait donner le nom de *corps des muets*. Si le vote était favorable, la loi était *décrétée* ; mais elle ne devenait exécutoire qu'après avoir été *promulguée*. La promulgation devait être faite par le premier consul dix jours après que la loi avait été décrétée : ce qui explique comment toutes les lois, composant le code civil, portent deux dates distantes l'une de l'autre de dix jours. Pendant ce délai de dix jours, le décret pouvait être déféré au sénat, qui avait la faculté de l'annuler pour cause d'inconstitutionnalité.

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

On put croire après cela que la discussion du code civil était indéfiniment ajournée ; elle n'était que suspendue pour un temps assez court. Bonaparte voulait à tout prix réaliser son œuvre. Persuadé qu'elle n'échouait que par une opposition systématique du tribunal, il résolut de mutiler ce corps, afin de le réduire à l'impuissance. A cet effet, il fit rendre, à la date du 16 thermidor an X, un sénatus-consulte réduisant le nombre des membres du

tribunat à cinquante, ce qui lui permit d'éliminer les membres de l'opposition. En outre, il institua ce que l'on a appelé la *communication officieuse* au tribunal. On sait que, d'après la constitution de l'an VIII, le corps législatif, avant de voter sur un projet de loi, devait le communiquer au tribunal, afin que celui-ci fût mis à même d'exprimer un vœu sur ce projet. C'était la *communication officielle*. Le tribunal ne pouvait proposer aucun amendement, de sorte que l'existence dans le projet de quelques imperfections de détail pouvait conduire le tribunal à émettre un vœu défavorable et entraîner le rejet du projet tout entier par le corps législatif. La communication dite *officieuse* paraît à ce danger. Voici en quoi elle consistait. Avant la présentation au corps législatif, le projet était communiqué *officieusement* à la section de législation du tribunal, qui entraînait en conférences avec la section de législation du conseil d'Etat et participait ainsi par ses observations à la préparation du projet de loi. L'accord s'établissait donc par avance entre le conseil d'Etat et le tribunal; et, lorsque plus tard, par respect pour la constitution, le projet était soumis *officiellement* au tribunal, celui-ci ne manquait pas d'émettre un vœu favorable.

20 bis. Trente-six lois furent ainsi successivement décrétées et promulguées, puis réunies en un seul corps, sous une même série d'articles, en exécution de la loi du 30 ventôse an XII (21 mars 1804), pour former le *code civil*. Ce qui n'a pas empêché chacune de ces lois de demeurer exécutoire à partir de sa promulgation.

21. Définition du code civil. — Le code civil a été défini : *le code de la théorie du droit privé ordinaire*.

De la théorie, par opposition au code de procédure civile, qui s'occupe aussi du droit privé, mais au point de vue de la *pratique*.

Du droit privé ORDINAIRE, par opposition au code de commerce qui contient une partie importante du droit privé, celle spéciale aux commerçants.

M. Hue (*Commentaire théorique et pratique du code civil*, t. I, n. 1) donne du code civil cette autre définition : « un ensemble de lois ayant pour objet la réglementation des rapports de famille, de propriété et d'obligations ». C'est le code de la famille et du patrimoine.

21 bis. Division du code civil. — Le code civil est divisé en trois livres, précédés d'un titre préliminaire composé des art. 1 à 6.

Le livre I, qui comprend les art. 7 à 515, est divisé en onze titres; il est intitulé *Des personnes*.

Le livre II, composé des art. 516 à 710, a pour titre *Des biens et des différentes modifications de la propriété*, et contient quatre titres.

Enfin le livre III, comprenant les art. 711 à 2281, est intitulé *Des différentes manières dont on acquiert la propriété*, et se divise en vingt titres.

En tout trente-six titres (y compris le titre préliminaire), correspondant aux trente-six lois dont l'ensemble forme le code civil. Les titres sont divisés en chapitres, et, s'il y a lieu, les chapitres en sections et les sections en paragraphes. On donne à l'intitulé de chacune de ces divisions le nom de *rubrique*, mot dérivé de

rubrum, rouge, parce que, dans les anciens manuscrits, les intitulés étaient écrits à l'encre rouge. Les trente-six lois composent une seule série d'articles, ce qui facilite beaucoup les indications et les recherches. Dans les citations, on indique, s'il y a lieu, pour plus de précision, l'*alinéa* de l'article visé et non le *paragraphe*, comme on le fait souvent, comme le fait quelquefois le législateur lui-même dans les lois récentes (ex. nouvel art. 12 *in fine*). Les articles de nos codes sont divisés en alinéas, et non en paragraphes comme les lois du Digeste.

22. Diverses éditions officielles du code civil. — Il existe plusieurs éditions officielles du code que nous venons de décrire.

La première est de 1804. Voyez la loi du 30 ventôse de l'an XII.

Une deuxième édition fut décrétée par la loi du 3 septembre 1807, sous le nom de *code Napoléon*. Les changements faits dans cette édition portent sur la forme beaucoup plus que sur le fond. C'est ainsi qu'on a remplacé les mots *premier consul* par *empereur*, *république* par *empire*.

Cependant la loi du 3 septembre 1807 ordonnait aussi (cela touchait au fond) : 1^o le retranchement d'un numéro à l'art. 17; 2^o la suppression complète de l'art. 2261 remplacé par un alinéa retranché à celui qui précède; 3^o l'addition d'un alinéa à l'art. 896 et par suite une légère modification dans l'art. 897.

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

23. Le nom de notre principal code a plusieurs fois changé.

Il s'est d'abord appelé *code civil des Français*, en vertu de l'art. 1 de la loi du 30 ventôse de l'an XII.

La loi du 3 septembre 1807 décida qu'il s'appellerait à l'avenir le *code Napoléon*.

Mais ce dernier nom lui fut retiré par l'art. 68 de la charte de 1814, devenu plus tard l'art. 59 de la charte de 1830, qui lui restitua son nom primitif de *code civil*.

Enfin un décret du 27 mars 1852, qui n'a pas été expressément abrogé, a décidé qu'il reprendrait le nom de *code Napoléon*.

« En rétablissant cette dénomination, dit le décret, on ne fait que rendre hommage à la vérité historique.... » Il y a du vrai dans cette assertion. Sans examiner quelle était la valeur du premier consul comme juriconsulte et quelle fut l'importance de son rôle dans les discussions auxquelles le code civil a donné lieu, il est certain que la France doit à son indomptable énergie et à sa rare sagacité la réalisation d'une œuvre plusieurs fois tentée sans succès avant lui. Napoléon considérait à juste titre le code civil comme son plus beau titre de gloire. Il disait à Sainte-Hélène : « Ma gloire n'est pas d'avoir gagné quarante batailles.... Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires... Mais ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon code civil... » (De Montholon, *Récit de la captivité*, t. I, p. 401).

Ce n'est pas à dire que le code civil soit un chef-d'œuvre. La critique n'a pas tardé à y signaler de nombreuses imperfections. Quelques-unes ont été effacées par des lois postérieures, tandis que beaucoup d'autres subsistent et subsisteront peut-être longtemps encore : c'est ainsi que notre législation hypothécaire demanderait une refonte complète. Toutefois, comparé aux œuvres législatives des autres peuples de l'époque, notre code civil jouit d'une incontestable supériorité. Aussi a-t-il fait le tour du monde civilisé. On ne s'est pas borné à le traduire dans presque toutes les langues ; un grand nombre de législateurs se le sont approprié en tout ou en partie. Mais prenons garde ! Les peuples qui nous empruntent nos lois civiles les perfectionnent, et si nous tardons trop à procéder à leur refonte, il pourra bien arriver un jour qu'elles se trouvent inférieures à toutes les lois auxquelles elles ont servi de type.

24. Principes fondamentaux sur lesquels le code civil est basé. — Ces principes qui contiennent en quelque sorte le résumé des conquêtes de la révolution dans l'ordre civil, sont :

1° Le respect de la liberté individuelle ;

2° L'inviolabilité de la propriété ;

3° La sécularisation de la législation civile, c'est-à-dire la séparation absolue entre les institutions civiles et les institutions religieuses ;

4° L'égalité de tous les Français devant la loi. — Il s'agit de l'égalité de droit et non de l'égalité de fait. Les hommes naissent inégaux en force, en intelligence, en beauté, en richesse... Il ne saurait être question de supprimer ces inégalités. Ce qui est possible seulement, c'est de mettre chacun à même d'acquérir tout le bonheur auquel il peut aspirer, avec la dot qu'il a reçue de la nature. On arrive à ce résultat par le moyen de l'égalité de droit.

25. Sources auxquelles le code civil a été puisé. — Nous citerons seulement les principales :

1° Les *coutumes* et en première ligne celle de Paris. On les a mises à contribution notamment en matière d'*autorisation maritale*, de *succession*, de *communauté entre époux*.

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

En cas de collision entre le droit romain et le droit coutumier, c'est ordinairement à ce dernier que l'avantage est resté, toutes les fois au moins qu'on a cru ne pas pouvoir admettre une sorte

de transaction ou de moyen terme. Cette préférence s'explique facilement. Le droit coutumier est notre droit national, c'est un enfant de notre sol; il devait donc être préféré, toutes choses égales d'ailleurs, à un droit d'origine exotique. Ajoutez que le droit coutumier était en général plus conforme à l'équité que le droit romain. Enfin la plupart des membres du conseil d'État étaient enfants des pays de coutume, et par suite imbus des principes du droit coutumier.

3° Les *ordonnances royales*. On leur a beaucoup emprunté en matière d'*actes de l'état civil* (ordonn. d'avril 1667), de *donations* (ordonn. de 1731), de *testaments* (ordonn. de 1735), de *substitutions* (ordonn. de 1747).

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

A cette nomenclature il faut ajouter subsidiairement : 5° la *jurisprudence des parlements*, en matière d'absence par exemple; 6° le *droit canon*, ou droit tiré de l'écriture sainte, des conciles, des décrets ou constitutions des papes, enfin des sentiments des pères de l'Église. On s'en est inspiré principalement en matière de *mariage* et de *légitimation*.

26. Conséquence de la promulgation du code civil au point de vue du droit antérieur. — Aux termes de l'art. 7 de la loi du 30 ventôse de l'an XII : « A compter du jour où ces lois (celles » qui composent le code civil) sont exécutoires, les lois romaines, » les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, » les règlements cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant » le présent Code ».

L'abrogation, prononcée par le texte que nous venons de transcrire, porte sur « les lois » romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements » : ce qui comprend tout le droit antérieur à 1789 ou droit ancien. Ce droit est abrogé complètement dans toutes les matières faisant l'objet des lois qui composent le code civil.

Il suffit, remarquons-le bien, qu'une matière fasse l'objet d'une ou plusieurs dispositions du code civil pour que la législation ancienne, relative à cette même matière, soit abrogée complètement. Ainsi le code civil traite de la prescription; il en résulte que toutes les lois anciennes relatives à la prescription sont par cela même abrogées; elles sont sans force, même pour la solution des questions spéciales relatives à cet objet que le code civil a omis de réglementer.

Quant au droit intermédiaire, l'art. 7 de la loi du 30 ventôse de l'an XII le laisse en dehors de sa disposition. Il y a donc lieu de faire ici l'application du droit commun, c'est-à-dire du principe de l'abrogation tacite (*infra* n. 42). Le droit intermédiaire se trouve ainsi abrogé seulement dans celles de ses dispositions qui sont inconciliables avec le code civil; il subsiste donc pour le surplus. Cette abrogation est beaucoup moins large que celle qui atteint le droit ancien. Une loi faite dans la période intermédiaire n'est pas

abrogée par cela seul qu'elle est relative à une matière faisant l'objet des prévisions du code civil : elle conserve sa force sur tous les points particuliers non réglementés par ce code.

Reste à expliquer pourquoi le législateur de l'an XII ne s'est pas contenté, pour le droit ancien, de l'abrogation tacite qu'il a jugée suffisante pour le droit intermédiaire. L'abrogation tacite, nous venons de le dire, laisse subsister la législation antérieure sur tous les points où elle ne se trouve pas en contradiction avec la loi nouvelle. Appliqué au droit intermédiaire, ce principe n'offrait pas de graves inconvénients ; car les lois faites pendant la période dite intermédiaire exerçaient leur empire sur toute la France. Au contraire le même principe, appliqué au droit ancien, aurait pu compromettre l'œuvre d'unification législative que le code civil avait pour but de réaliser. On sait qu'au point de vue législatif, notre ancienne France offrait l'aspect d'une mosaïque extrêmement bigarrée : Ici on était régi par le droit romain, là par la coutume, et les coutumes variaient à l'infini. Le principe de l'abrogation tacite, appliqué à notre ancien droit, aurait donc conduit à faire revivre, sur une foule de points particuliers non réglés par le code civil, une législation sans uniformité. Voilà pourquoi le législateur de l'an XII a cru devoir envelopper notre ancien droit dans une formule d'abrogation plus large que celle de l'abrogation tacite.

Mais, à notre avis, on donnerait à cette formule une portée dépassant la pensée du législateur, si on la considérait comme abrogeant d'une manière complète et absolue tout le droit antérieur à 1789. Il n'est abrogé que *dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent Code*. Ce sont les termes mêmes de l'art. 7 *in fine*, et ils donnent clairement à entendre que l'abrogation ne s'étend pas aux lois relatives à des matières qui sont demeurées en dehors des prévisions du code civil. En ce qui concerne ces lois, le droit commun reprend donc son empire, c'est-à-dire qu'il y a lieu d'appliquer le principe de l'abrogation tacite. La question présente d'ailleurs assez peu d'importance en ce qui concerne le droit privé ; car il y a bien peu de matières relatives à cet objet que le code civil ait omises (on ne cite guère que le droit d'emphytéose et le droit de superficie), et par suite l'abrogation des lois anciennes relatives au droit privé peut être considérée comme à peu près complète.

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

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

1° *Le code de procédure civile*, qui contient les règles sur la manière de procéder en justice en matière civile. Œuvre de pratique, il sert de complément à l'œuvre théorique du code civil, par la mise en action des principes contenus dans ce dernier. Ainsi l'art. 469 C. civ. pose ce principe théorique que « Tout tuteur est » comptable de sa gestion, lorsqu'elle finit ». Si un mineur devenu majeur, voulant mettre ce principe en œuvre, est obligé d'avoir recours aux voies judiciaires pour obtenir son compte de tutelle, il devra procéder conformément aux art. 527 et s. C. pr.

Le projet du code de procédure civile fut présenté en 1806 et converti en loi la même année. Il ne devint obligatoire qu'à dater du 1^{er} janvier 1807 (C. pr., art. 1041).

Le code de procédure civile est donc postérieur en date au code civil, et il doit à ce titre l'emporter sur celui-ci en cas de conflit : *lex posterior derogat priori* (*infra* n. 42). Mais il faut qu'il y ait véritablement conflit, antinomie, et on ne doit l'admettre qu'après avoir épuisé inutilement tous les moyens de conciliation ; car, le code de procédure ayant été fait en vue de mettre en œuvre les dispositions du code civil et non de les modifier, on ne doit pas facilement admettre que telle ait été l'intention du législateur.

Les sources principales auxquelles le code de procédure civile a été puisé, sont l'ordonnance de 1667 et les lois révolutionnaires.

2^o *Le code de commerce*. « Le code de commerce, dit Valette, est à vrai dire une portion notable du code civil qui en a été détachée ». En effet il contient les règles du droit civil ou privé, spéciales aux commerçants et aux actes du commerce soit terrestre, soit maritime. Entièrement voté dans le cours de l'année 1807, ce code n'est devenu obligatoire qu'à dater du 1^{er} janvier 1808. L'ordonnance de 1673 sur le commerce de terre et celle de 1681 sur le commerce de mer ont fourni une grande partie des matériaux employés à sa confection. De nombreuses lois sont venues le modifier.

3^o et 4^o *Le code pénal et le code d'instruction criminelle*. Ces deux codes contiennent l'ensemble de notre législation criminelle, et c'est pourquoi nous ne les isolons pas l'un de l'autre. Le premier est un code de théorie, comme le code civil ; on y trouve les principes théoriques relatifs à la qualification des infractions et à leur répression. Le second est un code de pratique, comme le code de procédure civile ; il contient les règles de notre procédure pénale. On peut donc dire, établissant ainsi une sorte d'équation, que le code d'instruction criminelle est au code pénal ce que le code de procédure civile est au code civil. Le code d'instruction criminelle est de 1809 et le code pénal de 1810 ; mais, à raison du lien étroit qui les unit, ils furent déclarés exécutoires l'un et l'autre à la même époque, à dater du 1^{er} janvier 1811. Leurs dispositions ont été empruntées pour la plupart à la législation intermédiaire.

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

6^o et 7^o *Le code de justice militaire pour l'armée de terre*, promulgué le 9 juin 1837, et *le code de justice militaire pour l'armée de mer*, promulgué le 4 juin 1838.

En dehors de ces huit codes, il existe une quantité innombrable de lois, notamment celles relatives au droit administratif qui n'a pas encore été codifié.

TITRE PRÉLIMINAIRE

DE LA PUBLICATION, DES EFFETS ET DE L'APPLICATION DES LOIS EN GÉNÉRAL

N. B. *Les articles 2, 3, 4 et 5 du code civil, compris dans le titre préliminaire, ne figurent pas dans le programme du premier examen de Baccalauréat. Néanmoins les élèves qui préparent cet examen feront bien de lire les explications relatives à ces articles, au moins la partie imprimée en gros caractères.*

28. La commission chargée de préparer le projet de code civil avait fait figurer en tête de son œuvre un titre rédigé par Portalis et intitulé : *Du droit et des lois en général*. Plusieurs des articles dont ce titre se composait ont été supprimés comme appartenant à la doctrine plutôt qu'à la législation; d'autres sont allés s'échouer dans le titre *Des obligations*; quelques-uns enfin se retrouvent dans le titre préliminaire que nous allons étudier.

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

CHAPITRE PREMIER

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

§ I. *De la confection des lois.*

29. Depuis 1789 on a toujours distingué l'un de l'autre deux pouvoirs, qu'il importe de ne pas réunir dans les mêmes mains et qui cependant étaient confondus sous l'ancien régime : le pouvoir *législatif* et le pouvoir *exécutif*.

Le pouvoir *législatif* est celui auquel appartient le droit de faire la loi, le pouvoir *exécutif*, celui qui la fait exécuter. Ce dernier se subdivise en pouvoir d'*administrer* et pouvoir de *juger* ou pouvoir *judiciaire*. V. toutefois de Vareilles Sommières, *Principes fondamentaux du droit*, p. 223, n. 5.

Les lois qui déterminent la manière dont sont répartis ces divers pouvoirs portent le nom de *lois constitutionnelles*, et leur ensemble celui de *constitution*.

30. Les lois constitutionnelles actuellement en vigueur sont :

1° La loi du 24 février 1873, sur l'organisation du sénat;

2° La loi du 25 février 1873, sur l'organisation des pouvoirs publics;

3° La loi du 16 juillet 1873, sur les rapports des pouvoirs publics.

Voici comment ces trois lois, qui ont été modifiées sur certains points par les lois des 21 juin 1879, 14 août 1884 et 9 décembre 1884, répartissent le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif.

31. Aujourd'hui l'initiative de la loi appartient concurremment au président de la république et aux membres des deux chambres, sénat et chambre des députés (art. 8 de la loi du 24 février 1873, et art. 3 al. 1 de la loi du 25 février 1873).

Un projet de loi peut être présenté en premier lieu devant l'une ou l'autre assemblée. Toutefois les lois de finances doivent être présentées d'abord à la chambre des députés et votées par elle (art. 8 al. 2 de la loi du 24 février 1873).

La discussion et le vote de la loi appartiennent aux deux chambres également (art. 8 al. 1 de la loi du 24 février 1873, et art. 3 al. 1 de la loi du 25 février 1873). Une double lecture est nécessaire dans chaque assemblée, sauf pour les lois déclarées urgentes. Une loi, quelle qu'elle soit, ne peut exister sans avoir été votée par les deux chambres. Ce double vote une fois acquis, la loi est parfaite.

En France, à la différence de ce qui a lieu dans d'autres pays, le titre d'une loi ne reçoit pas la sanction de l'autorité législative.

32. A certaines époques de notre histoire, il a fallu en outre que la loi fût sanctionnée par le chef de l'Etat. La *sanction* est l'adhésion que le chef de l'Etat, participant en cela à l'exercice de la puissance législative, donne à la loi votée par les chambres. La sanction, quand elle est exigée par la constitution, est un élément essentiel de l'existence de la loi; le chef de l'Etat peut alors rendre la loi inerte, en refusant de la sanctionner. D'après la constitution qui

nous régit actuellement, le droit de sanction n'existe plus; comme nous venons de le dire, la loi est parfaite dès qu'elle a été votée par les deux chambres, sauf le droit pour le président de la république d'exiger une nouvelle délibération, ainsi que nous le dirons bientôt. Le rôle du pouvoir législatif est alors terminé.

§ II. *De la promulgation des lois.*

33. La loi votée par le pouvoir législatif n'est pas encore exécutoire. Elle le devient par la *promulgation*, qui rentre dans les attributions du pouvoir exécutif. Merlin définit la promulgation : « l'acte par lequel le chef de l'Etat atteste au corps social l'existence de la loi et en ordonne l'exécution ». Nous dirions volontiers que la promulgation est l'acte de naissance de la loi. Elle rend son existence certaine, authentique, incontestable, et lui donne la force coercitive qu'elle n'avait pas auparavant. C'est le président de la république qui est chargé de promulguer les lois (loi du 25 février 1875, art. 3 al. 1), et il doit le faire dans un délai assez court que l'art. 7 de la loi du 16 juillet 1875 fixe en ces termes : « *Le Président de la République promulgue les lois dans le mois qui suit la transmission au Gouvernement de la loi définitivement adoptée. Il doit promulguer dans les trois jours les lois dont la promulgation, par un vote exprès dans l'une et l'autre Chambre, aura été déclarée urgente* ».

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

La formule de la promulgation a beaucoup varié. Elle est actuellement réglée par le décret du 6 avril 1876, ainsi conçu :

« *A l'avenir, les lois seront promulguées dans la formule suivante : — Le Sénat et la Chambre des Députés ont adopté, — Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :*

(Texte de la loi).

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

Fait à..... le..... ».

La loi a pour date celle du décret de promulgation.

§ III. *De la publication des lois.*

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

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

Dans presque tous les pays, la distinction de la publication et de la promulgation est admise, bien qu'elle ne soit pas toujours nettement formulée. L'Angleterre toutefois fait exception à la règle : la loi y devient exécutoire à dater du moment où elle est parfaite; or elle est parfaite dès qu'elle a été votée par les deux chambres et sanctionnée par le roi.

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

36. Entrons maintenant dans les détails :

Aux termes de l'art. 1 du code civil : « *Les lois sont exécutoires dans tout le territoire français, en vertu de la promulgation qui en est faite par le Roi. — Elles seront exé-*

» cutées dans chaque partie du Royaume, du moment où la promulgation en pourra être connue. — La promulgation faite par le Roi sera réputée connue dans le département de la résidence royale, un jour après celui de la promulgation ; et dans chacun des autres départements, après l'expiration du même délai, augmenté d'autant de jours qu'il y aura de fois dix myriamètres (environ vingt lieues anciennes) entre la ville où la promulgation en aura été faite et le chef-lieu de chaque département ».

Il résulte de ce texte que le délai, passé lequel la promulgation est réputée connue et par suite la loi obligatoire, a pour point de départ le jour de la promulgation. L'article explique suffisamment la durée du délai, qui est d'un jour franc à dater de celui de la promulgation pour le département de la Seine, et, pour chacun des autres départements, du même délai augmenté d'autant de jours qu'il y a de fois dix myriamètres entre le chef-lieu de ce département et Paris. Ainsi une loi promulguée le 1^{er} février sera obligatoire à Paris le 3, c'est-à-dire un jour franc après celui de la promulgation. Cette même loi ne serait obligatoire dans le département de l'Eure que le 4, parce qu'il y a dix myriamètres de Paris à Evreux. — Peut-être aurait-il mieux valu, comme on l'a fait en Belgique et dans d'autres pays, adopter un délai uniforme pour toutes les parties du territoire, par exemple un délai de dix jours à dater de la promulgation.

Un arrêté du 25 thermidor de l'an XI, rectifié sur certains points par quelques dispositions postérieures, a déterminé d'une manière légale la distance de Paris aux différents chefs-lieux de départements.

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

38. On voit qu'il est fort important de connaître le jour de la promulgation, puisqu'il sert de point de départ au délai de la publication. C'était chose facile sous l'empire de la constitution de l'an VIII, qui était en vigueur lors de la promulgation du code civil et qui a vécu jusqu'en 1814. En effet, d'après cette constitution, la loi *devait* être promulguée le dixième jour après celui où elle avait été décrétée (*supra* n. 19). Les particuliers, auxquels les feuilles publiques apprenaient qu'une loi avait été décrétée le 10 mars, par exemple, savaient donc qu'elle serait promulguée le 20 et connaissaient ainsi parfaitement le point de départ du délai de la publication.

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

L'art. 1 de l'ordonnance porte : « *A l'avenir, la promulgation des lois et de nos ordonnances résultera de leur insertion au Bulletin officiel* ». Le bulletin des lois est la collection officielle des lois françaises et des actes des différents gouvernements qui se sont succédé en France depuis le 21 prairial an II (10 juin 1794). Comme on l'a remarqué avec raison, il est inexact de dire que la promulgation résulte de l'insertion au bulletin. Cette insertion constitue le premier acte de la divulgation de la promulgation, et appartient

ainsi à la publication. Maintenant il résulte de l'art. 2 et de l'art. 3 de l'ordonnance, que la promulgation d'une loi et son insertion au bulletin officiel ne font courir le délai de la publication que du jour où le numéro du bulletin, contenant cette loi, a été reçu de l'imprimerie nationale par le ministre de la justice qui doit constater sur un registre le jour de la réception. Pour permettre aux intéressés de connaître ce jour, on a imaginé, depuis le mois d'avril 1818, d'inscrire par avance au bas de chaque numéro l'époque de sa réception au ministère de la justice. Les particuliers peuvent donc facilement calculer le délai de la publication, puisqu'ils en connaissent le point de départ, d'après la mention insérée au bulletin, et la durée, d'après l'art. 1 du code civil.

39. Les dispositions législatives qui viennent d'être analysées ont été profondément modifiées par un décret-loi du 5 novembre 1870. L'art. 1 de ce décret porte : « *Dorénavant, la promulgation des lois et décrets résultera de leur insertion au Journal officiel de la République française, lequel à cet égard remplacera le Bulletin des lois. — Le Bulletin des lois continuera à être publié, et l'insertion qui y sera faite des actes non insérés au Journal officiel en opérera promulgation* » (1).

Ainsi que nous l'avons déjà noté au numéro précédent, au sujet de l'ordonnance de 1816, dont le décret reproduit les termes, il est inexact de dire que la *promulgation* résultera de l'insertion au journal officiel ou au bulletin des lois. Cette insertion ne peut constituer qu'un moyen de divulguer la promulgation, et devient ainsi l'un des éléments de la publication qui sera considérée comme parfaite après l'expiration d'un certain délai qu'il reste à déterminer.

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

a. — *La promulgation a été rendue publique par l'insertion au bulletin des lois.* Le décret ne contient aucune innovation pour ce cas, qui par conséquent demeure régi par l'art. 1 du code civil et l'ordonnance du 27 novembre 1816, ainsi qu'il vient d'être expliqué.

b. — *La promulgation a été rendue publique par l'insertion de la loi au journal officiel.* Alors s'appliquera l'art. 2 al. 1 du décret du 5 novembre 1870, ainsi conçu : « *Les lois et les décrets seront obligatoires, à Paris, un jour franc après la promulgation, et partout ailleurs, dans l'étendue de chaque arrondissement, un jour franc après que le Journal officiel qui les contient sera parvenu au chef-lieu de cet arrondissement* ».

Le décret dit : *un jour franc* APRÈS LA PROMULGATION, formule qui, dans la pensée de son auteur, est probablement synonyme de celle employée par l'art. 1 du code civil, où on lit : *un jour après* CELUI de la *promulgation*, c'est-à-dire que le jour de la promulgation ne doit pas être compté. Ainsi une loi publiée par son insertion au journal officiel le 1^{er} février sera obligatoire à Paris le 3, c'est-à-dire un jour *franc* après celui de l'insertion.

40. Après l'expiration des délais dont il vient d'être parlé, la loi est réputée connue de tous les citoyens. C'est là une présomption légale qui, en principe, n'admet pas la preuve contraire. La loi promulguée et publiée serait par conséquent applicable même à ceux qui prouveraient n'en avoir pas eu personnellement connaissance. Ils auraient pu la connaître et cela suffit; ils sont en faute de ne l'avoir point connue. L'application de la loi ne doit pas être entravée par le mauvais vouloir ou la négligence de ceux qu'elle doit obliger.

Cependant, si un événement de force majeure, tel qu'une guerre, une inondation, avait empêché la loi de parvenir à la connaissance d'une catégorie de citoyens, en interceptant les communications avec la capitale, il faudrait décider que la loi ne sera pas applicable tant que durera l'empêchement. Cela résulte par argument *a contrario* de l'art. 1 qui dispose que la loi sera exécutée *du jour où la promulgation en pourra être connue*. Donc, s'il a été impossible de connaître la promulgation, la loi ne pourra pas être exécutée. Ce point a d'ailleurs été reconnu comme constant dans les discussions auxquelles la loi a donné lieu. Notons d'autre part qu'aux termes de l'art. 4 du décret du 5 novembre 1870 : « Les tribunaux et les autorités administratives et militaires pourront, selon les

(1) La rédaction de ce dernier alinéa résulte d'une rectification insérée au journal officiel du 9 novembre 1870.

circonstances, accueillir l'exception d'ignorance invoquée par les contrevenants, si la contrevention a eu lieu dans le délai de trois jours francs à partir de la promulgation ».

40 bis. A dater de quel moment une loi française pourra-t-elle être ramenée à exécution contre un Français résidant en pays étranger ? L'art. 1 du code civil et le décret du 5 nov. 1870 ne résolvent pas cette question ; ils fixent seulement l'époque à laquelle la loi devient obligatoire dans chaque partie du territoire continental de la France. Il y a toujours lieu d'appliquer ici ce principe de raison que la loi ne pourra être exécutée qu'à partir du moment où la promulgation en pourra être connue. Mais, à défaut de présomption légale applicable pour déterminer ce moment, le juge, dans chaque cas qui lui sera soumis, se déterminera d'après les circonstances de la cause. Il aura surtout égard à la date de l'arrivée, dans le pays où se trouve le Français, du journal officiel contenant la loi. Cass., 22 juin 1891, D., 91. 1. 353, S., 91. 1. 289.

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

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

§ IV. De l'abrogation des lois.

42. Abroger une loi, c'est faire une nouvelle loi en sens contraire. Donc le droit d'abroger une loi n'appartient qu'au pouvoir législatif.

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

Expresse, quand elle est formulée *expressis verbis*. Telle est l'abrogation contenue dans l'art. 7 de la loi du 30 ventôse de l'an XII (*supra* n. 26). L'étendue des effets de l'abrogation expresse dépend des termes dans lesquels cette abrogation est formulée.

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

On trouve fréquemment à la fin des lois un article ainsi conçu : *Les lois antérieures sont abrogées dans toutes celles de leurs dispositions qui sont contraires à la présente*. Cette formule ne fait que

reproduire purement et simplement le principe de l'abrogation tacite, et par suite son utilité paraît contestable.

43. On discute la question de savoir si la loi peut être modifiée par un usage contraire, ou cesser d'être obligatoire par suite d'un non-usage prolongé. Dans une législation qui admet comme principe que *consuetudo pro lege custoditur*, il est tout simple que l'usage puisse modifier la loi ou l'abroger. C'est ce qui avait lieu à Rome (L. 32 D., *De legibus*, I, 1). Chez nous, l'usage, ne pouvant fonder la loi, ne peut non plus la modifier ni l'abroger. D'ailleurs, en admettant la solution contraire, comment savoir si un usage est assez constant et assez invétéré pour avoir la puissance de détruire la loi? Qui jugerait ce point en cas de doute?

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

CHAPITRE II

DES EFFETS DES LOIS

44. Les effets des lois sont envisagés ici par le législateur :
 Relativement au temps qu'elles régissent ;
 Relativement aux personnes et au territoire sur lesquels elles exercent leur empire.

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

45. Aux termes de l'art. 2 : « *La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif* » (rétroactif, de *retro agere*).

Cette règle se justifie facilement, soit au point de vue rationnel, soit au point de vue de l'intérêt social.

Au point de vue rationnel. On ne conçoit pas qu'une loi puisse être obligatoire avant d'exister. Or c'est ce qui arriverait si elle régissait le passé, si elle produisait son effet en arrière, si elle rétroagissait. D'ailleurs les lois sont ou impératives ou prohibitives ou permissives; comprendrait-on un commandement, une défense ou une autorisation s'appliquant au passé?

Au point de vue de l'intérêt social. Dans une société bien organisée, les particuliers ne doivent pas être exposés à voir leur état ou leur fortune compromis par un changement de législation. Il faut quelque sécurité dans les transactions; or elles n'en offriraient aucune, si les lois pouvaient rétroagir, car le droit que j'ai acquis aujourd'hui, en me conformant aux prescriptions de la loi existante, pourrait m'être ravi demain par une loi avec laquelle je n'ai pas dû compter parce qu'il m'était impossible de la prévoir.

46. Toutefois, le principe de non-rétroactivité, contenu dans

l'art. 2, ne lie pas le législateur; il ne lie que le juge chargé d'appliquer la loi. En effet, l'omnipotence législative n'est restreinte que par la constitution, et l'art. 2 n'est pas une loi constitutionnelle. Le législateur peut donc faire des lois rétroactives, mais sauf à user de ce droit avec une extrême réserve. Ce précepte n'a pas toujours été suivi. Le pouvoir législatif de la période révolutionnaire dépassa certainement sur ce point la juste mesure (v. notamment la loi du 17 nivôse an II). Aussi la constitution du 3 fructidor de l'an III retira-t-elle au législateur le droit de faire des lois rétroactives. Mais, au point de vue rationnel, une pareille défense ne se conçoit pas. Dans certaines circonstances, rares il est vrai, la justice et l'humanité peuvent exiger qu'une loi rétroagisse; pourquoi donc lier les mains au pouvoir législatif? Aussi aucune des constitutions qui se sont succédé depuis celle de l'an III ne l'a-t-elle suivie dans cette voie, et c'est un point constant aujourd'hui que le législateur peut faire rétroagir la loi. Sa volonté à cet égard peut d'ailleurs être manifestée soit expressément soit tacitement. Cpr. t. III, n. 719 *quater*.

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

47. La règle que la loi n'a pas d'effet rétroactif revient à dire que, dans le conflit qui peut s'élever entre deux lois de dates différentes, relatives à un même objet, la plus récente régit la période de temps postérieure à sa promulgation, c'est-à-dire l'avenir, et l'autre, la période antérieure, c'est-à-dire le passé. Cette notion paraît très simple, et cependant son application est la source de graves difficultés.

Assurément la loi ancienne régira seule les actes juridiques définitivement accomplis sous son empire, sans que la loi nouvelle puisse leur porter aucune atteinte.

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

Mais la ligne de démarcation entre le passé, qui forme le domaine de la loi ancienne, et l'avenir, qui appartient à la loi nouvelle, n'est pas toujours aussi nettement tracée. On conçoit par exemple qu'un acte juridique, accompli sous l'empire de la loi ancienne, puisse

produire des conséquences sous l'empire de la loi nouvelle. Par quelle loi ces conséquences seront-elles régies? Par la loi ancienne ou par la loi nouvelle? Là est l'embarras. Quelquefois le législateur résout les difficultés, auxquelles donne lieu le *passage* d'une législation à l'autre, au moyen de dispositions particulières que l'on appelle *transitoires* (de *transire*, passer). Voyez à titre d'exemples l'art. 2281 du code civil et l'art. 11 de la loi du 23 mars 1853. Le juge doit alors se conformer à la volonté exprimée par le législateur. Mais souvent celui-ci garde le silence. Alors le juge doit chercher à découvrir sa volonté, et il peut y parvenir au moyen des règles suivantes.

48. Les lois sont faites dans l'intérêt de la société. On doit donc supposer que le législateur, organe des intérêts sociaux, a entendu que la loi nouvelle fût appliquée dans le sens le plus conforme à ces intérêts. Or les lois nouvelles étant présumées meilleures que les anciennes, l'intérêt social exige qu'elles reçoivent leur pleine et entière application le plus promptement possible, dût cette application froisser quelques *intérêts* particuliers. Mais si l'*intérêt* particulier doit s'incliner devant l'intérêt social, qui est un intérêt général, celui-ci doit à son tour être sacrifié aux *droits* acquis à des particuliers, parce que l'atteinte portée à ces droits jetterait une perturbation grave dans l'état et la fortune des particuliers, au grand préjudice de la société qui est intéressée à leur stabilité.

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

49. Il faut dire maintenant la différence qui existe entre l'*intérêt* et le *droit*.

L'*intérêt* consiste dans de simples espérances ou expectatives conçues sous l'empire de la loi ancienne et protégées par elle. Il s'agit d'avantages qui ne nous appartiennent pas encore, mais que la loi existante nous donne seulement l'espoir d'acquérir. L'application d'une loi nouvelle pourra nous les ravir ou plutôt nous ravir l'espérance que nous avons de les acquérir; l'espérance implique la possibilité d'une déception.

Le *droit* ou *droit acquis* est l'avantage dont nous sommes investis, qui figure dans notre patrimoine, qui ne peut pas nous être ravi par celui de qui nous le tenons ou par le fait d'un tiers. L'application d'une loi nouvelle n'y portera pas atteinte.

Précisons ces notions à l'aide d'un exemple. Un de mes cousins au dixième degré n'a pas de parents plus proches que moi ; je suis donc son héritier présomptif d'après la loi actuellement en vigueur, qui admet les parents à succéder jusqu'au douzième degré (art. 755). Supposons que, ce cousin étant encore en vie, une loi nouvelle vienne, comme il en est question, décider qu'on ne succédera pas désormais au-delà du sixième degré. Cette loi brisera l'espoir que j'avais pu légitimement concevoir, sous l'empire de la loi antérieure, de succéder à mon cousin. Mais si cette loi nouvelle survient après la mort de mon cousin, elle ne m'enlèvera pas la succession de celui-ci, qui m'a été acquise d'après la loi alors en vigueur, car il y a *droit acquis* à mon profit. Le juge qui déciderait le contraire violerait le principe que la loi n'a pas d'effet rétroactif.

De même, la prétention que je puis avoir sur les biens d'une personne encore vivante en vertu d'un legs qui m'a été fait par celle-ci constitue un simple intérêt, une simple expectative dont le bénéfice pourra m'être ravi par une loi nouvelle. La mort du testateur transforme cet intérêt, cette espérance en un *droit acquis* auquel l'application d'une loi nouvelle ne porterait pas atteinte.

49 bis. Passons aux applications. Elles sont nombreuses et difficiles. Nous parlerons successivement : des lois relatives à l'état et à la capacité des personnes ; des lois relatives aux biens ; des lois interprétatives ; des lois pénales.

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

a. Lois relatives à l'état des personnes.

50. L'état des personnes constitue une sorte de propriété protégée par des actions analogues à celles qui protègent le droit de propriété sur les biens matériels. L'état qui appartient à une personne constitue donc pour elle un droit acquis, que ne saurait compromettre l'application d'une loi nouvelle.

Ainsi, d'après la loi actuellement en vigueur (loi du 26 juin 1889), la naturalisation peut être obtenue par l'étranger qui a résidé pendant dix années en France. Supposons qu'une loi nouvelle change les conditions de la naturalisation, en exigeant par exemple quinze années de stage au lieu de dix. Cette loi sera applicable à tous ceux qui, lors de sa promulgation, n'auront pas encore acquis la naturalisation ; mais elle ne changera pas la situation de ceux dont la naturalisation constituait alors un fait accompli.

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

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

b. Lois relatives à la capacité des personnes.

51. Ces lois saisissent immédiatement les individus, soit qu'elles élargissent, soit même qu'elles restreignent leur capacité telle qu'elle était réglée auparavant. Elles peuvent donc avoir pour résultat de rendre immédiatement capable pour l'avenir celui qui était incapable d'après la loi ancienne, ou, en sens inverse, de rendre incapable celui qui était capable. Elles n'ont pas pour cela d'effet rétroactif, car nul n'a un droit acquis à conserver la capacité qu'une loi lui accorde ou l'incapacité dont elle le frappe. Les lois qui règlent la capacité des personnes sont conçues dans une vue de protection, et nul ne saurait soutenir qu'il a un droit acquis à n'être pas protégé. De plus ce sont des lois d'intérêt général, et l'intérêt général l'emporte sur l'intérêt particulier. Tout ce qu'exige ici le principe de non-rétroactivité, c'est que le sort des actes accomplis sous l'empire de la loi ancienne ne soit pas modifié par la loi nouvelle, car de ces actes résultent des droits acquis.

Voyons quelques applications de cette règle.

52. 1. Lois relatives à la majorité et à l'interdiction.

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

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

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

53. 2. Lois relatives à la capacité des femmes mariées.

Dans les pays de droit écrit, les femmes mariées pouvaient contracter et ester en justice sans l'autorisation de leurs maris. La publication du titre *Du mariage*, qui frappe la femme mariée d'une incapacité générale, leur a fait perdre ce droit pour l'avenir (art. 215 et s.). Mais les actes valablement accomplis sous l'empire de l'ancienne loi n'ont pas été atteints par la loi nouvelle. — En Bourgogne, les femmes ne pouvaient pas tester sans l'autorisation de leurs maris. L'art. 226 du code civil a rendu toutes les femmes de ce pays, qui étaient mariées à l'époque où il est devenu obligatoire, capables de tester sans autorisation; mais il n'a pas validé les testaments faits par elles antérieurement et nuls d'après l'ancienne loi pour défaut d'autorisation.

B. Lois relatives aux biens.

54. 1. Lois qui déterminent les conditions de validité des contrats. Les contrats sont toujours régis, en ce qui concerne les conditions requises pour leur validité, par la loi en vigueur à l'époque où ils sont faits. Un contrat est la source de droits acquis aussitôt qu'il devient parfait; ces droits ne doivent recevoir aucune atteinte d'une loi nouvelle qui viendrait changer les conditions de validité requises par la loi sous l'empire de laquelle le contrat a été fait. Ainsi notre ancien droit admettait la validité des renonciations anticipées

à succession, faites par contrat de mariage; les renonciations de ce genre, valablement accomplies d'après la loi alors en vigueur, n'ont pas cessé d'être valables sous l'empire du code civil, bien qu'il contienne un article qui les prohibe (art. 791).

55. 2. Lois relatives aux effets des contrats. Les effets des contrats sont régis par la loi en vigueur à l'époque où ils ont été passés; ils ne seraient pas modifiés par une loi nouvelle qui viendrait régler ces effets d'une manière différente. Les effets des contrats dépendent de la volonté des contractants; la loi ne les détermine que pour épargner ce soin aux parties. Ceux qui font un contrat, une vente par exemple, sans entrer dans aucune explication relativement aux effets que le contrat doit produire, sont censés s'être référés à la loi sur ce point. A quelle loi? Ce ne peut être évidemment qu'à la loi qui existait à l'époque du contrat. C'est donc celle-là qui devra être appliquée, sans qu'il y ait lieu de se préoccuper d'une loi postérieure qui serait venue régler ces effets d'une manière différente.

* Ainsi la plupart de nos anciennes coutumes accordaient à l'époux survivant des droits dits *de survie*. Le survivant de deux époux, mariés sous l'empire d'une de ces coutumes, a pu réclamer ces droits de survie même sous l'empire du code civil, bien que ce code ne les accordât plus de plein droit à l'époux survivant. En effet, si ces droits de survie avaient été stipulés par les époux dans leur contrat de mariage, ils pourraient certainement être réclamés même sous l'empire du code civil qui autorise une stipulation de ce genre. Or, par cela seul que la coutume en vigueur au moment du mariage les accordait de plein droit, les époux sont censés les avoir stipulés; il existe à cet égard une convention tacite que la loi nouvelle doit respecter.

56. 3. Lois relatives à la résolution des contrats. La résolution des contrats, comme leurs effets, dépend de la volonté des parties contractantes; elle doit donc être régie par la loi en vigueur lors de la convention, car les parties sont censées avoir stipulé la résolution dans les termes où cette loi l'établissait.

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

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

57. 4. Lois relatives à la forme des actes. Quand il s'agit de savoir si un acte est valable en la forme, il faut appliquer la loi en vigueur à l'époque où l'acte a été passé. *Tempus regit actum*. Un acte sera donc toujours valable quand il aura été fait suivant les formes prescrites par la loi de l'époque, alors même qu'une loi nouvelle viendrait exiger des formes différentes; car les parties n'ont pu suivre que les prescriptions de la loi en vigueur à l'époque où elles ont fait l'acte, et elles ont un droit acquis à ce qu'il soit maintenu quand il a été fait conformément à cette loi. En sens inverse, un acte, qui est nul en la forme d'après la loi en vigueur à l'époque où il a été passé, restera tel même sous l'empire d'une loi postérieure, aux prescriptions de laquelle il se trouverait satisfaire.

Ainsi la coutume du Poitou permettait de faire les contrats de mariage par acte sous seing privé. Les contrats, passés en cette forme sous l'empire de cette coutume, n'ont pas cessé d'être valables sous l'empire du code civil, bien que l'art. 1394 prescrive à peine de nullité l'emploi de la forme notariée. En sens inverse, si l'on suppose qu'une loi nouvelle vienne un jour autoriser l'emploi de la forme sous seing privé pour les contrats de mariage, cela ne sauvera pas de la nullité les contrats de mariage faits en cette forme sous l'empire du code civil.

La règle, que la validité d'un acte quant à la forme s'apprécie d'après la loi en vigueur

à l'époque où l'acte a été fait, s'applique même aux testaments. Après quelques variations, la doctrine et la jurisprudence sont depuis longtemps fixées en ce sens.

58. 5. Lois relatives à la preuve des actes. C'est encore la loi en vigueur à l'époque où un acte a été accompli qui devra s'appliquer, quand il s'agira de savoir de quelle manière l'existence de cet acte peut être prouvée; car les parties ont dû avoir égard à cette loi pour s'assurer les moyens de preuve, et on pourrait les mettre dans l'impossibilité de prouver leur droit, si on leur appliquait une autre loi qu'elles n'ont pas pu prévoir. Ainsi notre loi autorise actuellement la preuve par témoins de tous les faits juridiques offrant un intérêt qui ne dépasse pas 150 fr. (art. 1341). Si je fais aujourd'hui une vente moyennant 120 fr., je pourrai en établir l'existence par témoins, même sous l'empire d'une loi postérieure qui proscrirait la preuve testimoniale ou qui en restreindrait l'usage au-dessous de ce chiffre.

59. 6. Lois relatives à la procédure à suivre pour faire valoir un droit. On appliquera la loi en vigueur à l'époque où l'action est intentée, de sorte que la procédure à suivre, pour faire valoir un droit, par exemple celui résultant d'un contrat, pourra être différente de celle organisée par la loi en vigueur à l'époque où le contrat a été fait. En contractant, les parties ne se sont pas vraisemblablement préoccupées de la procédure qu'elles auraient à suivre pour le cas où elles seraient forcées d'exercer judiciairement leur droit. Tout au plus ont-elles pu concevoir à cet égard une simple espérance qu'une loi nouvelle peut leur ravir. Cpr. Aix, 18 février 1886, S., 86. 2. 169, D., 87. 2. 97.

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

61. 8. Lois relatives à la prescription. Une prescription accomplie, qu'elle soit acquiescive ou libératoire, constitue toujours un droit acquis. Les droits résultant d'une prescription accomplie ne recevront donc aucune atteinte d'une loi nouvelle, qui viendrait changer les conditions exigées par la loi ancienne pour l'accomplissement de la prescription. Ainsi j'ai possédé un bien pendant trente ans et, d'après la loi qui existe aujourd'hui (art. 2262), j'en ai acquis la propriété par la prescription; survient une loi nouvelle qui décide que la prescription ne s'accomplira plus désormais que par quarante ans. Cette loi ne portera aucune atteinte à mon droit.

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

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

62. 9. Lois relatives au droit d'hérédité. On ne peut avoir de droits acquis sur une hérédité que lorsqu'elle est ouverte. Jusque-là il n'y a place que pour une espérance ou expectative plus ou moins incertaine, que le législateur peut nous ravir. Une loi nouvelle, qui modifie la législation en ce qui concerne la dévolution des successions, s'appliquera donc à toutes les successions non encore ouvertes à l'époque où elle devient obligatoire. Les autres seront régies par la loi ancienne, parce que ceux auxquels la loi ancienne les déférait sont devenus propriétaires irrévocables des biens qui en faisaient partie et ont ainsi un droit acquis à les conserver. Cpr. *supra* n. 49.

* **63.** Pour la fixation du montant de la réserve et de la quotité disponible, il faut, à

notre avis, appliquer la loi existante lors du décès du disposant. Par suite les héritiers réservataires, qui ne trouvent pas, dans les biens laissés par le défunt, de quoi parfaire leur réserve, telle qu'elle est fixée par la loi en vigueur lors du décès, sont autorisés à faire réduire les dispositions à titre gratuit émanées du défunt, alors même qu'en se référant à l'époque où ces dispositions ont été faites elles se trouveraient ne pas excéder dans leur ensemble la quotité disponible fixée par la loi alors en vigueur. En effet toute donation entre vifs ou testamentaire est censée faite sous cette condition résolutoire tacite qu'elle n'entamera pas la réserve. Or la réserve est un droit de succession (v. t. II, n. 407), et on ne peut par suite en déterminer le *quantum* que d'après les éléments existants lors de l'ouverture de la succession du disposant, par conséquent en ayant égard au nombre et à la qualité des héritiers qu'il laisse et à la loi en vigueur lors de son décès. Donc si cette réserve se trouve entamée par les dispositions à titre gratuit qu'a faites le défunt, il y aura lieu à la réduction de ces dispositions.

Cette solution n'est guère contestable relativement aux legs, qui, à quelque époque qu'ils aient été faits, sont toujours censés avoir pour date le jour du décès du testateur. Le droit des légataires ne s'ouvrant qu'à cette époque, comment se plaindraient-ils de ce que leurs legs ne fussent exécutés que dans les limites autorisées par la loi alors en vigueur ? Mais elle est au contraire vivement contestée en ce qui concerne les donations entre vifs. Un parti important dans la doctrine, étayé d'une jurisprudence à peu près constante, soutient que ces donations ne peuvent pas être réduites en vertu d'une loi nouvelle en vigueur à l'ouverture de la succession, lorsqu'elles n'entament pas la réserve telle qu'elle était fixée par la loi existante à l'époque où elles ont été faites. En d'autres termes, pour décider si une donation entre vifs est réductible, il faudrait se référer, non pas à la loi en vigueur lors du décès du disposant, mais bien à celle existante à l'époque où la donation a été faite. La donation, dit-on, est irrévocable ; elle confère immédiatement un droit au donataire, et, permettre qu'une donation soit réduite en vertu d'une loi qui n'existait pas encore à l'époque où cette donation a été faite, c'est violer le principe de non-rétroactivité écrit en l'art. 2. Il est vrai, ajoute-t-on, que toute donation est faite sous cette condition résolutoire qu'elle n'entamera pas la réserve ; mais quelle réserve ? Evidemment celle établie par la loi en vigueur lors de la donation ; ce n'est qu'à cette loi que les parties contractantes ont pu se référer, et non à une loi postérieure qu'elles ne pouvaient pas connaître ni même peut-être soupçonner. — Cet argument aurait de la valeur, si la condition résolutoire à laquelle la donation est subordonnée dépendait de la volonté des parties. Mais elle dépend exclusivement de la loi, qui peut la modifier à son gré et rendre ainsi réductible, en augmentant le taux de la réserve ou en l'accordant à de nouveaux héritiers, une donation qui ne l'aurait pas été d'après la législation antérieure. Sans que le donataire, ainsi atteint, ait plus le droit de se plaindre que si la réduction provenait de la survenance de nouveaux héritiers réservataires ou de la diminution du patrimoine du défunt par suite de fausses spéculations ou de cas fortuits.

C. Lois interprétatives.

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

D. Lois pénales.

65. Nous dirons fort peu de choses sur cette importante matière qui appartient au droit criminel beaucoup plus qu'au droit civil. Le principe que la loi n'a pas d'effet

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

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

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

67. Outre ce conflit, notre ancien droit en a connu un autre de même nature qui pouvait s'élever, grâce au défaut d'unité législative, entre deux lois françaises l'une et l'autre en vigueur. On se rappelle quel était l'état de notre ancienne France au point de vue législatif: quelques lois générales étendant leur empire sur tout le territoire, et d'autres lois, beaucoup plus nombreuses, spéciales à une province, à une ville, à un bourg. Ces dernières, envisagées par opposition aux lois générales, étaient ordinairement désignées sous le nom de STATUTS (de *statuere*, *statutum*, décider, ordonner). Des conflits, devenus impossibles aujourd'hui, grâce au bienfait de l'unité législative, s'élevaient fréquemment entre ces STATUTS divers et opposés. Aussi était-il devenu d'usage d'employer le mot *statut* pour désigner d'une manière générale les lois envisagées au point de vue de leur conflit. Cette expression traditionnelle est généralement employée par les auteurs modernes, lorsqu'ils traitent du conflit (le seul possible aujourd'hui) entre une loi française et une loi étrangère toutes les deux en vigueur.

68. C'est un droit incontestable pour une nation de ne pas admettre sur son territoire l'application des lois étrangères. Quelques-unes usent rigoureusement de ce droit, par exemple la Russie, du moins dans les provinces baltiques (Esthonie, Livonie, Courlande). Dans ces pays le juge, chargé de trancher une

contestation, ne peut jamais appliquer que la loi nationale, alors même que l'un des plaideurs ou tous les deux seraient étrangers. Mais, dans presque tous les autres pays, on a compris que l'intérêt réciproque des nations, *reciproca utilitas*, plus encore que les règles de la courtoisie internationale, exigent que chaque nation admette dans une certaine mesure l'application des lois étrangères sur son territoire. C'est ce système que notre législateur a consacré dans l'art. 3, après avoir incliné un moment vers le système opposé. L'art. 3 est ainsi conçu : « *Les lois de police et de sûreté* » obligent tous ceux qui habitent le territoire. — *Les immeubles,* » même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi » française. — *Les lois concernant l'état et la capacité des person-* » *nes régissent les Français, même résidant en pays étranger* ».

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

I. *Lois de police et de sûreté.*

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

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

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

70. Le statut *réel* (ou loi réelle) est celui qui est relatif aux biens, mobiliers ou immobiliers peu importe, celui qui a pour objet de régler leur condition juridique. On peut citer comme exemples : les lois relatives à la distinction des biens (art. 516 et s.); celles qui règlent les différentes charges, telles que servitudes ou hypothèques, dont les biens sont susceptibles, leurs divers modes d'acquisition et de transmission; enfin les lois qui déterminent les voies d'exécution dont les biens peuvent être l'objet.

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

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

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

être encore aujourd'hui considérées comme appartenant au statut réel.

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

72. Tout le monde admet le *criterium* qui vient d'être indiqué pour la distinction du statut réel et du statut personnel ; mais son application est la source d'une foule de difficultés. Comment en serait-il autrement ? Cette application suppose la connaissance de l'intention du législateur ; or il ne l'a pas exprimée et dans une foule de cas elle demeure douteuse. Ces difficultés ne sont pas nouvelles : elles avaient divisé les meilleurs esprits dans notre ancien droit. Voët dit, et l'état des choses n'a guère changé sur ce point, que les controverses sur la réalité et sur la personnalité des statuts sont presque insolubles. La nature de cet ouvrage ne nous permet pas d'entrer dans leur examen détaillé ; nous nous bornerons presque à une table des matières.

On considère généralement comme appartenant au statut réel les dispositions des art. 907, 908, 1554 et les lois sur la prescription.

Au contraire, la majorité des auteurs range parmi les statuts personnels les lois relatives à la puissance paternelle ou maritale, à la jouissance légale de l'art. 384, qui n'est qu'un attribut de la puissance paternelle, enfin à l'interdiction.

On se tromperait d'ailleurs en croyant que la distinction du statut réel et du statut personnel embrasse toutes les lois ; quelques-unes y échappent, notamment les lois de police et de sûreté et les lois relatives à la forme des actes.

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

Examinons successivement ces deux points.

74. I. Les statuts réels régissent tous les immeubles situés en France, même ceux qui appartiennent à des étrangers (art. 3 al. 2). En d'autres termes, les statuts réels s'appliquent non seulement aux Français, mais encore aux étrangers propriétaires d'immeubles en France. Les immeubles français ont donc leurs lois, auxquelles ils n'échappent pas en changeant de propriétaire. La raison en est que le droit de souveraineté, dans chaque Etat, s'étend non seulement aux personnes, mais encore au territoire. Ce droit est indivisible, c'est-à-dire qu'il s'applique nécessairement à tous les immeubles qui composent le territoire et à chacun d'eux. L'indivisibilité du droit de souveraineté serait brisée, si, dans un même Etat, les lois relatives aux immeubles variaient suivant la nationa-

lité de leurs propriétaires. Un étranger propriétaire d'immeubles en France ne pourrait donc pas, sous prétexte que les lois de son pays l'y autorisent, établir sur ces immeubles des servitudes contraaires à la loi française (art. 686), ou les grever d'une hypothèque générale en violation de l'art. 2129, ou réclamer sur ces immeubles des droits que ne reconnaît pas la loi française, notamment un droit de douaire légal (Cass., 4 avril 1881, S., 83. 1. 65, D., 81. 1. 381). De même, quelle que soit la législation du pays auquel appartient un étranger, les immeubles qu'il possède en France pourraient être expropriés pour cause d'utilité publique, et saisis conformément aux lois françaises.

75. La règle que les immeubles français sont régis par la loi française, même quand ils appartiennent à des étrangers, est formulée par l'art. 3 dans des termes tellement généraux qu'on ne saurait y admettre aucune exception; elle s'appliquerait donc même à la transmission de ces immeubles par succession. Un étranger propriétaire d'immeubles en France vient à mourir. Sa succession quant aux immeubles situés en France sera régie par la loi française; ces immeubles seront donc attribués aux héritiers désignés par la loi française et non à ceux désignés par la loi étrangère, en supposant qu'il y ait conflit entre les deux législations sur ce point, et c'est conformément à la loi française aussi que seront calculées sur ces immeubles la réserve et la quotité disponibles. Cass., 26 janvier 1892, D., 92. 1. 497. En outre le tribunal de l'ouverture de la succession sera compétent pour statuer sur toutes les difficultés auxquelles pourra donner lieu le règlement de la succession. Alger, 14 janvier 1892, D., 92. 2. 243. Et ce tribunal continuera à être compétent, même après la licitation des immeubles, pour le partage du prix entre les héritiers. Paris, 31 décembre 1889, D., 91. 2. 41. En un mot les immeubles situés en France doivent être considérés à tous les points de vue comme formant une succession distincte régie par la loi française. Il y a toutefois quelques dissidences sur ces divers points.

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

De là il résulte que la succession d'un individu qui laisse des immeubles en France et à l'étranger, sera régie par la loi française quant aux immeubles français, et par la loi étrangère quant aux immeubles étrangers. *Quot sunt bona diversis territoriis obnoxia, totidem patrimonia intelliguntur*. Mais cette théorie, qui est la théorie dominante, perd tous les jours du terrain. Une doctrine moderne, assez répandue en Allemagne et universellement admise en Italie, applique une loi unique, la loi personnelle du défunt, et respecte ainsi le principe de l'unité de l'hérédité.

77. L'art. 3 al. 2 ne parle que des immeubles. De là est née la question de savoir s'il faut l'appliquer aux meubles. En d'autres termes, les meubles situés en France sont-ils, comme les immeubles, régis par la loi française, même quand ils appartiennent à des étrangers?

En principe la règle s'applique aux meubles comme aux immeubles, parce que les motifs sont les mêmes. Nul doute par exemple que les meubles qu'un étranger possède en France ne restent soumis aux lois françaises en ce qui concerne la saisie dont ils peuvent être l'objet, ou les différents privilèges dont ils sont susceptibles : ainsi il est bien certain que les meubles, garnissant la maison dont un étranger est locataire en France, seraient soumis au privilège du locateur (art. 2102). On doit admettre aussi que la règle *En fait de meubles la possession vaut titre* (art. 2279) serait applicable aux meubles corporels qu'un étranger possède en France. Enfin nous pensons, mais ce dernier point est plus délicat,

que, si un étranger propriétaire de meubles en France vient à mourir *intestat* sans laisser d'héritier au degré successible, c'est l'Etat français qui recueillera ces meubles par droit de déshérence (art. 768); le droit de déshérence est une conséquence du droit de souveraineté.

78. Mais il est généralement admis, tant en jurisprudence qu'en doctrine, que la règle, d'après laquelle *les meubles situés en France sont régis par la loi française même quand ils appartiennent à des étrangers*, souffre exception au point de vue de leur transmission par succession (ou par legs universel).

On est loin toutefois de s'entendre sur la portée de l'exception, c'est-à-dire sur le point de savoir quelle est la loi à appliquer pour le règlement de la succession mobilière de l'étranger, notamment lorsqu'il s'agit de déterminer les héritiers auxquels appartient le droit de réclamer cette succession et le montant de la réserve à laquelle ils peuvent avoir droit.

* D'après une première opinion, vers laquelle nous inclinons et qui, outre des suffrages importants dans la doctrine, peut revendiquer aussi quelques décisions judiciaires (v. notamment Paris, 29 juillet 1872, S., 73. 2. 148, D., 72. 2. 223), ce serait toujours et dans tous les cas sans distinction la loi nationale de l'étranger qui devrait être appliquée pour le règlement de sa succession mobilière. — On peut invoquer tout d'abord en ce sens la tradition, qui a nécessairement une grande autorité dans une matière sur laquelle le législateur garde un silence absolu; car il est naturel de croire que le législateur a voulu consacrer le droit existant, lorsqu'il n'a pas manifesté l'intention de le changer. Or, dans notre ancien droit, on ne tenait pas compte en cette matière de la situation des meubles, sans doute à cause de la facilité avec laquelle ils peuvent être déplacés, témoin l'adage *Mobilia ossibus personæ coherent*. S'identifiant en quelque sorte avec la personne de celui à qui elle appartient, la fortune mobilière devait naturellement après la mort du propriétaire être régie, au point de vue de la transmission héréditaire, par la loi qui régissait le propriétaire lui-même pendant sa vie, c'est-à-dire par sa loi nationale. On allait même, et c'était peut-être une exagération, jusqu'à considérer les lois régissant les meubles au point de vue de leur transmission héréditaire comme appartenant au statut personnel. — D'autre part, toute loi sur les successions *ab intestat* peut être regardée comme l'expression de la volonté présumée du défunt : c'est le testament de tous ceux qui n'en font pas d'autre; toute personne qui meurt sans avoir exprimé ses volontés dernières est censée avoir accepté ce testament légal. Cela posé il est vraisemblable que la loi à laquelle chacun de nous entend se référer, quand il meurt sans testament, est sa loi nationale; c'est donc cette loi qu'il faut appliquer, puisqu'elle tient lieu du testament que le défunt aurait pu faire. — Enfin on ne peut se dissimuler combien il serait bizarre de faire dépendre le règlement de la succession d'un étranger de cette circonstance, peut-être purement fortuite, que les meubles lui appartenant se trouvaient en France à l'époque de l'ouverture de sa succession. En tout cas il paraîtrait difficile de contester l'exactitude de la solution que nous venons de développer, en ce qui concerne les valeurs mobilières appartenant à un étranger, telles que rentes sur l'Etat, actions ou obligations industrielles, dont les titres se trouveraient en France lors de son décès; car une valeur mobilière, en sa qualité de chose incorporelle, n'a pas de situation déterminée, et en eût-elle qu'on ne pourrait la considérer comme située là où se trouvent les titres qui en constatent la propriété.

* Une seconde opinion s'attache à la loi du domicile qu'avait le défunt au moment de son décès. Ce domicile, dit-on, doit être considéré comme étant le siège juridique de la fortune mobilière laissée par le défunt : c'est là qu'elle est située juridiquement, bien que, matériellement, elle soit peut-être située ailleurs; elle doit donc, au point de vue de la transmission héréditaire, être régie par la loi de ce lieu. Ce qui conduit à dire que si l'étranger était domicilié en France au moment de son décès, sa succession mobilière sera régie par la loi française, tandis qu'elle le serait par la loi nationale de l'étranger s'il était domicilié dans son pays.

* C'est l'opinion qui triomphe en jurisprudence. Il faut noter toutefois que la cour de cassation n'admet l'application de la loi française pour le règlement de la succession mobi-

lière de l'étranger, domicilié en France au moment de son décès, qu'autant qu'il avait obtenu du chef de l'Etat l'autorisation dont parle l'art. 13. A défaut de cette autorisation, la cour déclare applicable la loi nationale de l'étranger, eût-il manifesté de la manière la plus formelle l'intention d'établir en France son domicile en même temps que sa résidence. En un mot le système de la cour de cassation peut être ainsi formulé : La succession mobilière de l'étranger, qui, au moment de son décès, a en France un domicile autorisé conformément à l'art. 13, est régie par la loi française; dans tous les autres cas la loi française est inapplicable. La cour suprême n'admet pas, ainsi que nous le verrons, *infra* n. 151 *bis*, qu'un étranger puisse avoir en France un véritable domicile, un domicile légal, sans l'autorisation du gouvernement. Proposition qui nous paraît difficile à justifier. V. Cass., 22 février 1882, S., 82. 1. 393, D., 82. 1. 301; Aix, 27 mars 1890, D., 91. 2. 13; Amiens, 26 nov. 1891, D., 92. 2. 425; Alger, 14 janv. 1892, D., 92. 2. 243.

Avec la question que nous venons d'examiner il ne faut pas confondre celle de savoir quel est le tribunal compétent pour statuer sur l'action en liquidation et en partage de la succession mobilière d'un étranger, lorsque les meubles dépendant de cette succession sont en totalité ou en partie situés en France. Une jurisprudence constante admet la compétence du tribunal du dernier domicile du défunt, ou en d'autres termes du tribunal de l'ouverture de sa succession. C'est donc un tribunal français qui sera compétent si l'étranger avait son domicile en France. Et ici la cour de cassation n'exige plus un domicile autorisé conformément à l'art. 13; un simple domicile de fait suffit. Cass., 7 juillet 1874, S., 75. 1. 19, D., 75. 1. 271. V. aussi Bordeaux, 19 août 1879, S., 80. 2. 247, et Aix, arrêt précité.

79. Résumons en quelques mots tout ce que nous venons de dire dans les deux numéros qui précèdent. Les meubles qu'un étranger possède en France sont soumis à la loi française, en tant qu'on les considère comme *objets particuliers*, ainsi qu'il arrive dans les questions de revendication, de possession, de saisie, de privilège; ils sont au contraire, sauf controverse, soumis à la loi nationale de leur propriétaire, en tant qu'on les considère comme dépendant de l'universalité qui constitue le patrimoine, c'est-à-dire au point de vue de leur transmission par succession.

Telle étant la pensée du législateur, on s'explique très bien que, dans l'art. 3, il n'ait pas parlé des meubles, puisqu'il ne sont pas soumis, comme les immeubles, à une règle fixe et invariable.

79 bis. Les règles qui viennent d'être exposées doivent être appliquées distributivement lorsqu'un étranger laisse en France à la fois des biens meubles et des biens immeubles. Les immeubles formeront une succession spéciale régie par la loi française, et les meubles seront dévolus conformément à la loi nationale du défunt.

80. II. Les statuts personnels régissent les Français, même quand ils résident en pays étranger (art. 3 al. final). Ils suivent la personne, disaient nos anciens, comme l'ombre suit le corps. Inhérentes à la qualité de Français, les lois personnelles régissent le Français tant qu'il conserve sa nationalité; il ne peut s'y soustraire qu'en la perdant. Ainsi un Français qui n'a pas atteint l'âge fixé par la loi française (art. 144), ne peut pas se marier en pays étranger, alors même qu'il aurait atteint l'âge fixé pour le mariage par la loi du pays où il se trouve. Ce serait trop commode, en vérité, s'il suffisait de passer la frontière pour se soustraire aux lois personnelles de son pays! De même un Français résidant en pays étranger y sera considéré comme majeur et par suite capable lorsqu'il sera âgé de vingt et un ans accomplis (art. 488), sans qu'il

y ait lieu de se préoccuper des dispositions de la loi étrangère qui fixerait la majorité à un autre âge.

81. Une juste loi de réciprocité doit faire admettre que les étrangers résidant ou même domiciliés en France y demeurent régis par les lois de leur pays, quant à leur état et à leur capacité. Les lois personnelles sont l'expression de la nationalité : elles sont le reflet des mœurs, du milieu, du climat, de la religion.... ; de sorte que, pour chaque homme, la loi personnelle de son pays est celle qui est la mieux faite à sa mesure ; elle doit le suivre partout. Les tribunaux français doivent donc, le cas échéant, faire aux étrangers l'application de leurs lois personnelles, notamment des lois relatives au mariage et au divorce, à moins qu'elles ne soient contraires à l'ordre public tel que le conçoit le législateur français. Cpr. circul. minist. du 10 mai 1824 et du 29 avril 1832, et Bruxelles, 17 avril 1889, D., 92. 2. 46.

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

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

83. *Locus regit actum*, dit un vieil adage. Il signifie qu'au point de vue de la forme les actes juridiques sont régis par la loi du pays où on les fait, de sorte qu'ils seront toujours valables quand ils auront été passés dans la forme prescrite par cette loi (1). L'intérêt commun des nations a fait admettre cette règle, sans laquelle il pourrait devenir impossible à des hommes qui se trouvent hors de leur patrie d'accomplir valablement certains actes de la vie civile. Qu'on suppose par exemple un Français qui, se trouvant en pays étranger, veut y faire une donation. Si l'on exige à peine de nullité que la donation soit faite dans les formes prescrites par la

(1) Ce principe a été dégagé au xiv^e siècle par Bartole, qui invoquait à son appui deux lois romaines (L. 6, D., XXI, 2 ; L. 2, C., VI, 32). Dumoulin, un Bartoliste égaré dans l'école élégante, le fit triompher. Au xviii^e siècle il n'est plus contesté, et Boullenois en donne cette formule amusante et vraie : « L'acte juridique est un enfant citoyen du lieu où il est né, et qui doit être vêtu à la manière de son pays ».



loi française, c'est-à-dire par acte notarié (art. 931), peut-être la donation deviendra-t-elle impossible. C'est ce qui arrivera par exemple s'il n'y a pas de notaires dans le pays, ou même s'il en existe, mais que d'après leur loi nationale ils n'aient pas qualité pour recevoir des donations et en dresser acte, auquel cas ils ne manqueront probablement pas de refuser leur ministère.

En supposant même qu'il soit possible au Français qui se trouve en pays étranger de se conformer aux prescriptions de la loi française pour l'acte qu'il veut accomplir, on l'exposerait à de fréquents mécomptes, si on ne l'autorisait pas à procéder dans la forme prescrite par la loi étrangère. En effet la plupart des hommes n'ont pas fait des lois une étude spéciale. Comment s'y prendra le Français qui n'est pas jurisconsulte lorsqu'il voudra accomplir un acte en pays étranger? Naturellement il ira trouver un praticien. Mais ce praticien, qui ne connaît que la loi de son pays, ne manquera pas d'indiquer les formes prescrites par cette loi, de sorte que le Français les suivra fatalement. Serait-il juste ensuite d'annuler l'acte parce qu'il n'a pas été fait conformément aux prescriptions de la loi française? La règle *Locus regit actum* a donc son fondement dans les nécessités de la pratique, aussi notre législateur a-t-il pu se borner à la sous-entendre. Trois articles au moins du code civil en supposent l'existence, les art. 47, 170, 999. Aucun texte ne la formule en termes exprès.

84. La règle *Locus regit actum* s'applique : 1^o aux actes juridiques (*negotia*); 2^o aux actes instrumentaires (*instrumenta*).

1^o Aux actes juridiques, c'est-à-dire aux conventions, dispositions, déclarations et aveux.

D'après l'opinion générale, la règle *Locus regit actum* s'applique aux actes solennels comme à ceux qui ne le sont pas. *Eadem est ratio*. M. Laurent est d'un avis contraire. La forme, dit cet auteur, est pour les actes solennels une condition de leur existence (t. I, p. 154. V. aussi Duguit, *Conflicts de légis.*, p. 95 et 115). Nous n'y contredisons pas. Mais ce n'en est pas moins une question de forme, et par suite la règle *Locus regit actum* est applicable. Autrement l'accomplissement des actes dont il s'agit pourrait devenir impossible à l'étranger, ainsi qu'on l'a vu tout à l'heure par un exemple emprunté avec intention à un contrat solennel, la donation. La solennité de la donation ne consiste pas, comme paraît le supposer ici M. Laurent, en ce qu'elle doit, à peine de nullité, être passée par acte *authentique*, mais bien par acte *notarié*. Or s'il est difficile d'imaginer un pays civilisé où on ne puisse pas faire dresser d'actes authentiques, il y a des pays dans lesquels il n'existe pas de notaires et dans lesquels il serait par suite impossible à un Français de faire valablement une donation. La théorie de M. Laurent conduirait également à dire qu'un Français ne peut pas valablement se marier en pays étranger dans une forme autre que celle prescrite par la loi française; car le mariage est lui aussi un contrat solennel; or cette proposition serait contraire à un texte formel, l'art. 47.

D'après ces principes, on doit décider qu'un Français pourrait valablement faire son contrat de mariage par acte sous seing privé, dans un pays où l'emploi de cette forme est autorisé, bien que d'après la loi française un acte notarié soit nécessaire (art. 1394). La jurisprudence est en ce sens. Cass., 18 avril 1865, S., 65. 1. 317, D., 65. 1. 342.

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

2° La règle *Locus regit actum* s'applique aux actes instrumentaires, c'est-à-dire aux écrits (*instrumenta*) qui sont dressés pour constater les actes juridiques. Ces actes instrumentaires seront toujours valables quand ils auront été dressés conformément aux prescriptions de la loi du pays où ils ont été faits, alors même qu'ils ne satisferaient pas aux prescriptions de la loi française. Ainsi un acte sous seing privé, fait par un Français en pays étranger pour constater un contrat synallagmatique, c'est-à-dire un contrat engendrant des obligations réciproques (art. 1102), serait valable, quoique ne satisfaisant pas aux exigences de l'art. 1325 en ce qui concerne la formalité du double écrit, si cette formalité n'est pas exigée par la loi du pays où l'acte est rédigé.

85. La règle *Locus regit actum* doit recevoir une double limitation.

a. D'abord elle ne protège que les actes faits de bonne foi; elle resterait donc sans application aux actes faits en fraude de la loi française par des Français qui ne seraient allés accomplir ces actes en pays étranger que pour échapper aux prescriptions de leur loi nationale. La fraude fait cesser l'application de tous les principes.

b. En second lieu, la règle *Locus regit actum* reçoit exception en tant que son application porterait atteinte à une loi française d'ordre public. Il en résulte que les actes passés en pays étranger conformément à la loi du lieu ne sont en principe opposables aux tiers en France que moyennant l'accomplissement des formalités prescrites dans leur intérêt par la loi française, alors même que ces formalités ne seraient pas requises par la loi du pays où l'acte a été passé. En effet toutes les formalités prescrites par notre loi dans l'intérêt des tiers touchent à l'ordre public. Et il n'y a pas lieu de distinguer s'il s'agit d'une formalité appartenant au statut réel comme la transcription, l'inscription, ou au statut personnel telle que la signification du transport au débiteur (art. 1690), la certitude légale de la date d'un acte sous seing privé (art. 1328). Sur ce dernier point cependant la cour de cassation vient de statuer en sens contraire, en décidant qu'un acte sous seing privé, passé en Turquie conformément à la loi du lieu, est opposable aux tiers en France indépendamment des conditions prescrites par l'art. 1328. Cass., 23 mai 1892, S., 92. 1. 521, D., 92. 1. 473.

CHAPITRE III

DE L'APPLICATION DES LOIS

86. Les lois sont destinées à maintenir la paix entre les hommes. Pour qu'elles atteignent ce but, il faut que leur exécution soit assurée. Ce soin appartient à une autorité supérieure que l'on appelle la *justice*. Suivant une antique tradition, nous la représentons tenant une balance dans une main et un glaive dans l'autre. La balance est l'emblème de l'impartialité qui doit présider aux décisions du juge, le glaive, l'emblème de la force qui viendra au besoin assurer l'exécution de sa sentence. Avec la balance sans le glaive, la justice ne serait que la personnification de l'impuissance; avec le glaive sans la balance, elle serait la personnification de la force brutale.

Maintenant, pour que la justice remplisse sa mission, il faut que, mise en mouvement par qui de droit, elle ne puisse refuser son concours. Aussi l'art. 4 décide-t-il que : « *Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de jus-*

» tice » : DÉNI DE JUSTICE vient de *denegare justitiam*. La peine du déni de justice est prononcée par l'art. 185 C. pén. Les art. 506 et s. C. pr. indiquent la procédure à suivre pour constater le déni de justice et mettre le juge en demeure de juger. Cette procédure porte le nom de *prise à partie*.

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

88. *Première hypothèse*. Il existe une disposition législative claire et précise applicable au cas sur lequel le juge est appelé à statuer. Le juge doit appliquer cette disposition, alors même qu'elle lui paraîtrait injuste. Sa conscience peut être en repos; car si la décision qu'il rend conformément à la loi est inique, le blâme en remonte au législateur. Le juge est institué pour juger selon la loi et non pour juger la loi. *Stulta sapientia quæ vult lege sapientior esse*, disait d'Argentré dans sa franchise toute bretonne. La faculté, qui appartiendrait au juge, de ne pas appliquer la loi quand il la trouve injuste, serait la source des plus graves abus. A vrai dire il n'y aurait plus de loi, elle serait remplacée par la conscience du juge. L'expérience a d'ailleurs montré ce que valent les décisions du juge quand il est abandonné aux seules lumières de l'équité. « Delivrez-nous de l'équité des parlements! », c'était le cri populaire sous l'ancien régime.

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

Ce dernier point est cependant contesté. Quelques auteurs prétendent que, dans le silence de la loi, le juge doit purement et simplement *débouter* le demandeur, c'est-à-dire déclarer sa prétention mal fondée, parce qu'elle ne peut s'appuyer sur aucun texte de loi; il ne pourrait donc jamais, en pareil cas, donner raison au demandeur, c'est-à-dire faire droit à sa demande.

Mais cette solution est rejetée par la jurisprudence et par la grande majorité des auteurs. Elle paraît en opposition tout d'abord avec le texte de l'art. 4, qui impose dans tous les cas au juge l'obligation de « juger ». Or juger, c'est comparer, et si le juge doit, même dans cette hypothèse, comparer l'une à l'autre les deux prétentions opposées qui s'étaient devant lui, c'est apparemment parce qu'il peut, suivant les circonstances, déclarer l'une ou l'autre bien fondée. Les travaux préparatoires prouvent d'ailleurs que telle a été l'intention du législateur. « Quand la loi est obscure, dit Portalis dans son discours préliminaire, il faut en approfondir les dispositions; si l'on manque de loi, il faut consulter l'usage ou l'équité ».

Toutefois la règle que le juge à défaut de loi est un ministre d'équité n'est pas applicable en matière pénale. C'est un principe fondamental de notre droit criminel que *nulla pœna sine lege*. Le silence de la loi en matière pénale doit donc nécessairement conduire

à l'absolution de l'inculpé (C. I. cr., art. 364), quelque répréhensible d'ailleurs que puisse être, au point de vue moral, l'acte qui lui est reproché.

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

91. *Troisième hypothèse.* Il existe une disposition législative applicable au cas sur lequel le juge est appelé à statuer ; mais elle est obscure. — Alors le juge doit interpréter la loi, c'est-à-dire en fixer le sens pour le cas particulier qui lui est soumis (*infra* n. 97 et s.). Cette interprétation et la décision judiciaire dont elle est la source sont obligatoires, mais seulement pour les parties en cause et relativement à ce qui fait l'objet du litige (art. 1351).

L'ensemble des décisions judiciaires, rendues par les tribunaux sur un même point de droit, constitue un courant qui a généralement une tendance à se diriger dans un certain sens et que l'on désigne sous le nom de *jurisprudence*. Quant la direction de ce courant n'est pas nettement accusée, on dit que la jurisprudence est incertaine, hésitante, flottante. Au contraire, quand le courant est bien établi, quand il va toujours dans le même sens (*series rerum perpetuo similiter judicatarum*), on dit que la jurisprudence est fixée dans le sens de ce courant. Ainsi on dira : Sur telle question de droit, la jurisprudence (des tribunaux en général, ou des cours d'appel, ou de la cour de cassation...) est fixée dans tel sens. Les monuments de la jurisprudence tiennent une place fort importante dans la science du droit, surtout quand on l'envisage au point de vue de l'application pratique. Tout plaideur doit les interroger avant de se lancer dans un procès. La jurisprudence de la cour de cassation occupe le premier rang.

Sur un grand nombre de points, la jurisprudence a eu à combler des lacunes de notre législation, notamment en matière d'*assurances sur la vie* et de *subrogation aux hypothèques*.

Le mot *jurisprudence* se prend aussi pour désigner les décisions

mêmes rendues par les tribunaux. On dit en ce sens : *un recueil de jurisprudence, une collection de jurisprudence.*

92. Différences entre le rôle du législateur et celui du juge.

— 1^o Le législateur est l'organe de l'intérêt social, par conséquent d'intérêts généraux, et il statue en vue de ces intérêts; le juge est l'organe d'intérêts particuliers, il est chargé de trancher un conflit qui s'élève au sujet de ces intérêts. Aussi la loi oblige-t-elle tous les citoyens, tandis que la décision du juge n'oblige que les parties en cause. — 2^o Le législateur a l'initiative des lois, tandis que le juge n'a pas l'initiative de ses jugements; il ne peut trancher que les contestations qu'on lui soumet. — 3^o Enfin le premier peut modifier les lois qu'il a faites, tandis que le second ne peut pas modifier sa sentence; elle ne lui appartient plus une fois qu'il l'a rendue.

93. Les fonctions du législateur et celles du juge étant si différentes, il convenait :

1^o De confier ces fonctions à des pouvoirs distincts. « Il n'y a pas de liberté, si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative », dit Montesquieu. Toutes les constitutions, qui se sont succédé en France depuis 1789, ont consacré ce principe.

2^o D'empêcher que l'un des pouvoirs ne pût empiéter sur l'autre et principalement que le juge n'usurpât le pouvoir du législateur. C'est dans cette vue qu'a été édicté l'art. 5 ainsi conçu : « *Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* ». Ce texte signifie que le juge ne peut pas se lier pour l'avenir relativement à l'interprétation de la loi. Interprétant la loi aujourd'hui dans tel sens, il ne peut pas s'engager à l'interpréter toujours de même à l'avenir. Et en effet, si le juge a mal interprété la loi une première fois, il est inutile qu'il se condamne à persévérer dans cette voie. Le crédit de la justice aura moins à souffrir de deux décisions contradictoires que d'une série de décisions mauvaises qui concorderaient entre elles.

Nos anciens parlements rendaient quelquefois, au sujet des causes qui leur étaient soumises, des décisions *générales et réglementaires* connues sous le nom d'*arrêts de règlement* : après avoir jugé dans un certain sens une cause qui leur était soumise, ils déclaraient qu'à l'avenir ils jugeraient toujours dans le même sens les causes semblables, et que la même ligne de conduite s'imposerait aux tribunaux situés dans leur ressort. C'était faire la loi; aussi les arrêts de règlement étaient-ils publiés comme des lois. Toutefois ils étaient rendus sous le bon plaisir du roi qui pouvait les casser. L'art. 5 défend aujourd'hui au juge de rendre des arrêts de règlement. L'autorité judiciaire ne doit régler que le passé; elle ne doit pas disposer pour l'avenir, à la différence du législateur qui règle l'avenir sans toucher au passé (art. 2). Il y avait une autre raison pour interdire au juge les arrêts de règlement, c'est qu'ils forment nécessairement un droit local applicable seu-

lement dans les limites de la juridiction du juge; ils ne pouvaient donc se concilier avec le principe de l'unité de législation.

* Par application du principe contenu en l'art. 5, la cour de Paris a jugé qu'en cas de contrefaçon d'une invention brevetée, un tribunal peut allouer des dommages et intérêts pour chaque contravention constatée; mais il ne peut pas, statuant en vue de l'avenir, condamner par avance à des dommages et intérêts, dont il fixe le montant, pour chaque contravention semblable qui serait commise plus tard. V. cep. Cass., 13 décembre 1886, S., 87. 1. 176, et 15 mars 1892, D., 92. 1. 303. S., 92. 1. 309.

94. Aperçu sur notre organisation judiciaire actuelle. La justice est rendue en France par un assez grand nombre de tribunaux. On peut les diviser en tribunaux de l'ordre administratif ou tribunaux administratifs et tribunaux de l'ordre judiciaire ou tribunaux judiciaires.

Nous ne dirons rien des tribunaux administratifs, (conseils de préfecture, ministres, conseil d'Etat.....) chargés du jugement des affaires de l'ordre administratif dont la connaissance est soustraite à la juridiction des tribunaux judiciaires par divers textes. Leur étude sort du cadre du droit civil. Nous ne parlerons que des tribunaux judiciaires. Ils comprennent les juges de paix, les tribunaux civils, les cours d'appel et la cour de cassation.

I. *Justices de paix.* Il y en a une par chaque canton; elle est au chef-lieu.

Les tribunaux de paix sont investis d'une triple mission :

1^o C'est devant eux qu'il est procédé à l'essai de conciliation que la loi impose aux plaideurs comme préliminaire de l'accès des tribunaux civils;

2^o Ils jugent les petits procès civils. En matière personnelle et mobilière, ils statuent en dernier ressort, c'est-à-dire sans appel, sur les litiges dont l'intérêt ne dépasse pas 100 fr., et à charge d'appel jusqu'à 200 fr. En matière immobilière, ils sont juges des actions dites *possessoires*.

3^o Enfin le juge de paix concourt à l'exercice de la justice criminelle, sous le nom de *juge de simple police*. A ce titre, il est chargé de la répression des infractions légères connues sous le nom de *contraventions*.

II. *Tribunaux de première instance* ou *tribunaux civils*. Ces tribunaux connaissent en dernier ressort des appels des justices de paix, des demandes mobilières dont l'intérêt est supérieur à 200 fr. et inférieur à 1,500 fr., et des demandes immobilières (pétitoires) au dessous de 60 fr. de revenu. Ils connaissent en premier ressort, c'est-à-dire à charge d'appel, de toutes les autres demandes, à l'exception de celles qui sont soustraites à leur juridiction par un texte spécial de loi.

Dans certains arrondissements, il existe, pour le jugement des affaires commerciales, des tribunaux spéciaux dits *tribunaux de commerce*. Là où il n'y en a pas, le tribunal civil en fait fonction.

Sous le nom de *tribunaux de police correctionnelle*, les tribunaux civils connaissent : en dernier ressort des appels de simple police; à charge d'appel, des infractions qualifiées *délits*.

Il y a un tribunal civil par arrondissement. Aussi appelle-t-on quelquefois les tribunaux qui nous occupent *tribunaux d'arrondissement*. Cette dénomination est préférable à toute autre. En effet celle de *tribunal civil* ne convient guère à un tribunal qui est chargé du jugement de certaines affaires criminelles, et celle de *tribunaux de première instance* prête également à la critique, puisque ces tribunaux statuent dans un cas comme juges d'appel.

III. *Cours d'appel*. Elles connaissent des appels des tribunaux de première instance et des tribunaux de commerce. En outre, sous le nom de *cours d'assises*, elles concourent à l'exercice de la justice criminelle pour la répression des infractions de l'ordre le plus grave, qualifiées *crimes*.

Les décisions des cours d'appel portent le nom d'arrêts; celles des tribunaux de paix et des tribunaux civils et de commerce s'appellent *jugements*.

IV. *Cour de cassation*. Au dessus de tous les tribunaux judiciaires siège la cour de cassation, qui ne constitue pas un troisième degré de juridiction.

La cour de cassation a été instituée par une loi des 27 novembre-1^{er} décembre 1790, sous le nom de *tribunal de cassation*. L'acte en vertu duquel on la saisit porte le nom de *pourvoi en cassation*. Sont susceptibles de cette voie extraordinaire de recours toutes les décisions rendues en dernier ressort par une juridiction française de l'ordre judiciaire, les jugements aussi bien que les arrêts. Ce principe comporte cependant quelques exceptions.

Le pourvoi en cassation ne peut être fondé que sur une contravention à la loi, contenue dans le jugement ou l'arrêt attaqué. Cette contravention peut consister, soit dans l'inobservation des formes prescrites pour l'administration de la justice (pourvoi pour vice de forme), soit dans la violation directe ou indirecte de la loi, qui a été faussement appliquée ou faussement interprétée (erreur de droit). Le pourvoi ne peut jamais être fondé sur une erreur de fait; les tribunaux qui jugent en dernier ressort apprécient souverainement les faits de la cause.

Le pourvoi peut aboutir à l'une ou à l'autre de ces deux solutions : 1^o un arrêt de rejet, lorsque la cour considère le pourvoi comme mal fondé. Le pourvoi est alors censé non avenu, et la décision attaquée conserve toute sa force; 2^o un arrêt de cassation, lorsque la cour juge le pourvoi bien fondé. La décision cassée est alors anéantie, et l'affaire est renvoyée à un autre tribunal; car la cour de cassation ne juge pas les affaires, elle ne juge que les jugements. Ce tribunal doit être de même ordre et de même degré que celui qui a rendu la décision mise à néant; par exemple, si c'est un arrêt de cour d'appel qui est cassé, l'affaire sera renvoyée devant une autre cour d'appel; si c'est un jugement d'un tribunal de paix, devant un autre tribunal de paix.

Le nouveau tribunal auquel l'affaire est renvoyée conserve toute son indépendance; il peut donc, soit juger dans un sens conforme à l'opinion de la cour de cassation, auquel cas le débat est définitivement clos, soit rendre une décision semblable à celle qui a été cassée et par conséquent en opposition avec la thèse de droit contenue dans l'arrêt de cassation. Dans ce dernier cas, un nouveau pourvoi en cassation sera possible.

Sur ce deuxième pourvoi, en le supposant fondé sur les mêmes moyens que le premier et formé par les mêmes parties agissant en la même qualité, la cour de cassation doit statuer toutes chambres réunies (chambre des requêtes, chambre civile et chambre criminelle). La loi le veut ainsi, parce que la résistance du tribunal auquel l'affaire a été renvoyée, sa persistance dans la voie ouverte par le premier juge, annonce un conflit grave. L'arrêt que rend alors la cour de cassation est appelé *solennel*; les arrêts solennels sont ceux qui ont le plus d'autorité en jurisprudence. Si cet arrêt rejette le pourvoi, tout est fini. S'il casse la décision attaquée par les mêmes motifs que la première, alors l'affaire est renvoyée devant un troisième tribunal de même ordre et de même degré.

Quel sera le rôle de ce troisième tribunal? La législation a varié sur ce point. D'après la loi du 1^{er} avril 1837, encore en vigueur aujourd'hui, ce troisième tribunal doit se conformer à la décision de la cour de cassation sur le point de droit jugé par cette cour, mais pour cette affaire seulement; il reprend sa liberté complète pour l'avenir.

C'est donc en définitive l'avis de la cour suprême qui prévaut. Il n'en a pas toujours été ainsi. D'après la loi du 30 juillet 1828, qui a vécu jusqu'à celle de 1837, le dernier tribunal n'était pas obligé de se conformer à l'avis de la cour de cassation, et sa décision ne pouvait plus être l'objet d'un pourvoi fondé sur les mêmes moyens; de sorte qu'en fin de compte ce n'était pas nécessairement l'avis de la cour de cassation qui prévalait. Ce résultat était peu en harmonie avec le rôle de *cour suprême* attribué à la cour de cassation.

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

Toutes les lois sont faites dans un intérêt social, et, comme l'intérêt social n'est que la somme des intérêts privés, il en résulte que

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

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

96. Les conventions, faites en violation de l'art. 6, sont frappées de nullité. On objecterait en vain que la nullité n'est pas écrite dans la loi et que l'interprète n'a pas le droit de la suppléer. Sans doute, au législateur seul il appartient d'établir une nullité ; mais il n'est pas obligé de formuler en termes exprès sa volonté à cet égard ; il peut la manifester tacitement. Or c'est ce qu'il a fait ici en employant la formule prohibitive *On ne peut*. Ces mots désignent un acte juridiquement impossible, et qui par suite ne sera pas valable s'il est accompli malgré la prohibition de la loi. Dumoulin exprime cette pensée dans la formule suivante : *Particula negativa præposita verbo POTEST tollit potentiam juris et facti, designans actum impossibilem*.

APPENDICE

DE L'INTERPRÉTATION DES LOIS CIVILES

97. Interpréter la loi, c'est en fixer le sens et la portée. La nécessité d'interpréter les lois ne dérive pas seulement de leur imperfection, mais de leur nature même. Supposât

* PRÉCIS DE DROIT CIVIL. — 5^e éd., I.

on des lois parfaites, elles auraient encore besoin d'interprétation; car le législateur ne peut pas prévoir tous les cas; il ne peut que statuer par voie de disposition générale, et il faudra toujours interpréter les lois, pour appliquer les principes généraux qu'elles forment aux cas particuliers susceptibles de se présenter dans la pratique.

I. Des diverses espèces d'interprétation.

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

A. L'interprétation *privée* ou *doctrinale* est celle qui émane des particuliers (jurisconsultes, avocats, gens du monde). Elle n'a qu'une autorité de raison.

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

a. — L'interprétation *judiciaire* est celle qui émane des tribunaux. On a vu plus haut (n. 91) qu'elle est obligatoire pour les parties en cause et relativement à ce qui fait l'objet du litige.

b. — L'interprétation *législative* est obligatoire pour tous les citoyens. En théorie elle ne peut émaner que du pouvoir législatif, conformément à l'adage *Ejus est interpretari legem cujus est condere*. Ce principe fut appliqué depuis 1789 jusqu'en l'an VIII. Mais un règlement du 5 nivôse de l'an VIII et une loi du 16 septembre 1807 donnèrent au conseil d'Etat et au chef du gouvernement le droit d'interpréter officiellement la loi. Le conseil d'Etat a, en conformité de ces dispositions, émis un assez grand nombre d'avis, qui, après avoir été approuvés par le chef du gouvernement, sont devenus obligatoires comme la loi elle-même et font corps avec elle. Retiré en partie au conseil d'Etat par la charte de 1814, le droit d'interprétation législative a définitivement cessé de lui appartenir en vertu de la loi du 30 juillet 1828. Aujourd'hui le pouvoir législatif a donc seul le droit d'interpréter la loi par voie d'autorité.

II. Des règles à suivre pour l'interprétation des lois en général et particulièrement du code civil.

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

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

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

100. L'interprète a une double mission; il doit : d'une part déterminer le véritable sens de la loi; d'autre part appliquer les principes établis par la loi aux cas qu'elle n'a pas prévus, et résoudre ainsi les difficultés auxquelles son silence peut donner lieu.

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

L'interprète doit avant tout s'en tenir au texte de la loi lorsqu'elle s'exprime clairement. « Quand une loi est claire, disait l'art. 5 du titre V du livre préliminaire, il ne faut point en éluder la lettre sous prétexte d'en pénétrer l'esprit ». On oublie trop souvent cette sage maxime. L'œuvre de l'interprète est de reconstituer la pensée du législateur, et le meilleur moyen n'est-il pas de s'en tenir à l'idée que le texte exprime clairement? De nombreux auteurs ont une propension marquée à s'écarter du texte de la loi quand ils la trouvent défectueuse. C'est oublier qu'il n'appartient qu'au législateur de corriger son

œuvre; le seul droit de l'interprète est d'en signaler les imperfections et de provoquer ainsi l'intervention du pouvoir législatif en vue d'une réforme. Cpr. Cass., 13 juin 1891, D., 92. 1. 77, et 20 oct. 1891, D., 92. 1. 505.

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

101 bis. Quand le sens de la loi est douteux, l'interprète doit employer pour le déterminer les moyens suivants :

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

2^o *Remonter aux sources auxquelles le législateur a puisé la disposition qu'il s'agit d'interpréter.* Quand le législateur reproduit une règle formulée par une loi antérieure, il est probable qu'il entend lui conserver le sens qu'elle avait. *Posterior leges ad priores pertinent nisi contrariæ sint* (L. 28, D., *De legibus*, I, 1).

3^o *Consulter les travaux préparatoires de la loi, c'est-à-dire, pour le code civil, les discussions du conseil d'Etat, les observations du tribunal, les discours prononcés devant le corps législatif par les orateurs du gouvernement.* Toutefois il ne faut pas s'exagérer l'importance de ces documents. Ils n'émanent pas du législateur, et ne peuvent par conséquent nous renseigner que d'une manière fort imparfaite sur ses idées et ses intentions. Le législateur, en ce qui concerne le code civil, c'était le corps législatif. Or le corps législatif votait la loi sans la discuter (ce qui lui a fait donner le nom de *corps des muets*). La discussion de la loi se concentrait dans le sein du conseil d'Etat et du tribunal, et ni l'un ni l'autre de ces deux corps ne votait la loi. On se tromperait donc gravement, en considérant les opinions émises au conseil d'Etat ou au tribunal comme un commentaire officiel de la loi. Quant aux discours des orateurs du gouvernement, ils offrent encore moins de garanties; de nombreuses erreurs s'y rencontrent. Pour n'en citer qu'un exemple, Bigot-Prémeneu dit, dans l'exposé des motifs du titre *Des transactions*, que les jugements *ne peuvent pas être attaqués pour erreur de droit* (Fenet, t. XV, p. 108). Hérésie d'autant plus surprenante qu'elle est tombée de la bouche d'un commissaire du gouvernement près le tribunal de cassation! Sur quoi donc étaient fondés les pourvois qu'il examinait tous les jours?

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

5^o *Consulter l'esprit de la loi, c'est-à-dire rechercher ses motifs et son but (ratio legis).* On les trouve surtout dans les travaux préparatoires et dans les sources auxquelles la loi a été puisée. « Il n'y a rien de si utile dans l'étude de la jurisprudence, dit Eusèbe de Laurière (*Ténetement de cinq ans*, chap. III, n. 1, p. 74), que de bien examiner, par quel motif, ou pour quelle raison chaque Loy a été établie; et si nos Auteurs s'en étoient voulu donner la peine, un nombre infini d'articles de nos Coûtumes, dont on se sert tous les jours, pour la décision des causes, paroîtroient moins obscurs... »

C'est principalement à l'aide de l'esprit de la loi qu'on parvient à en déterminer la portée. La loi, sauf en matière pénale, s'applique à tous les cas, qui, quoique non compris dans son texte, rentrent dans son esprit. *Ubi eadem ratio, ibi idem ejus*. En sens inverse, la loi ne s'applique pas aux cas, qui, quoique compris dans son texte, sont exclus par son esprit. *Cessante ratione legis, cessat ejus dispositio*. En d'autres termes, l'esprit de la loi, prévaut sur son texte, en tant qu'il s'agit de mesurer la portée de la loi, c'est-à-dire de déterminer les hypothèses auxquelles elle est applicable.

102. B. La deuxième partie de la mission de l'interprète consiste à résoudre les questions qui n'ont pas été prévues par la loi, en faisant l'application des principes qu'elle contient.

Les principaux moyens à employer pour arriver à ce but sont :

1° L'argument d'*analogie*, formulé dans l'adage : *Ubi eadem est legis ratio, ibi eadem est legis dispositio*. On étend la loi à un cas analogue à celui qu'elle a prévu. Toutefois l'argument d'analogie n'est pas admissible, lorsque la disposition qu'il s'agit d'étendre d'un cas à un autre est exceptionnelle : *Exceptio est strictissimæ interpretationis*. A moins que l'exception ne constitue un retour au droit commun. Cpr. t. III, n. 403.

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

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

LIVRE PREMIER

DES PERSONNES

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

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

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

105. L'homme constitue une personne dès le moment même de sa naissance, mais à la condition cependant qu'il naisse *vivant et viable*. Arg. art. 314-3^o, 725-2^o, 906 al. final.

Vivant. L'enfant mort-né n'est qu'un fruit avorté. Au point de vue du droit, il ne compte pas. *Qui mortui nascuntur, liberorum loco non sunt*.

Viable, c'est-à-dire ayant l'aptitude à vivre, *vitæ habilis*. Ne remplit pas cette condition l'enfant qui naît avec une conformation tellement imparfaite que la prolongation de son existence est impossible : ce qui est une question de fait, à résoudre en cas de difficulté par le juge. On assimile l'enfant qui naît non viable à l'enfant mort-né, parce que, au point de vue du droit, c'est la même chose d'être mort ou de ne pouvoir vivre. L'enfant non viable n'étant pas considéré comme une personne, aucun droit n'a pu se fixer sur sa tête, notamment un droit de succession (art. 725-2°). Cpr. art. 906 et 314-3°.

L'enfant n'a d'existence propre qu'après sa naissance. Jusque-là il n'est encore que *pars viscerum matris*, et ne constitue pas une personne distincte. En droit romain cependant, on considérait, en vertu d'une fiction de droit, l'enfant simplement conçu comme déjà né, lorsque son intérêt l'exigeait. Ce principe, qui avait aussi été admis dans notre ancien droit, a été formulé dans un adage célèbre : *Infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur*. Le code civil en consacre plusieurs applications (voy. notamment les art. 725-1° et 906 al. 1 et 2) ; d'où l'on est fondé à conclure qu'il a maintenu le principe lui-même dans toute sa généralité. Il est bien entendu toutefois que le bénéfice de la maxime *Infans conceptus...* ne peut être invoqué par les ayant cause d'un enfant qu'autant qu'il est né vivant et viable.

106. Les personnes étant seules susceptibles d'avoir des droits, les jurisconsultes ont été conduits à personnifier certaines agrégations d'intérêts ou d'individus, telles que l'Etat, les communes, les syndicats de communes (loi du 22 mars 1890, art. 169), les sociétés commerciales, etc., auxquelles la loi reconnaît divers droits. Et, pour les distinguer des personnes physiques ou réelles, on les a désignées sous le nom de personnes *morales* ou *civiles*. Ce sont des personnes fictives. Elles jouent le rôle de personnes relativement à certaines actes de la vie civile, *personæ vice funguntur*.

Mais les personnes morales ne sont pas des personnes à proprement parler. Aussi la loi s'est-elle bien gardée de les désigner sous cette dénomination, qui aurait pu donner à entendre qu'elles ont les mêmes droits que des personnes véritables, tandis qu'elles en ont de beaucoup moindres. En effet tout d'abord il y a des droits, qui, par leur nature même, ne peuvent pas appartenir aux personnes morales : tels sont les droits de famille et le droit de succession qui en dérive. V. cep. L. du 24 mai 1825, art. 7. Et d'autre part, en ce qui concerne les autres droits relatifs aux biens, si leur nature ne s'oppose pas en général à ce qu'ils puissent appartenir aux personnes morales, elles ne les possèdent cependant pas tous : elles ne peuvent avoir que ceux qui leur sont accordés, soit explicitement, soit implicitement en tant qu'ils sont nécessaires à la réalisation du but en vue duquel elles ont été créées. Ils se résument dans le droit d'acquérir à titre gratuit ou onéreux, par conséquent de faire certains contrats, et d'ester en justice (*stare in judicio*). Cpr. Cass.,

25 mai 1887, S., 88. 1. 161 et la note de M. Lyon-Caen, D., 87. 1. 289, Grenoble, 18 avr. 1889, S., 91. 2. 145, et Toulouse, 4 nov. 1890, S., 91. 2. 151.

Une personne morale ne peut exister que moyennant l'adhésion de l'autorité publique, qui, en fait, n'est accordée qu'aux associations constituées dans une vue d'intérêt général. Ce principe, que nous avons emprunté au droit romain, a sa source dans des considérations politiques et économiques de premier ordre. D'une part, il importe à la sécurité de l'Etat qu'aucune association jouissant de la personnalité civile ne puisse se former ou se maintenir librement. En outre, la durée de l'existence des personnes morales pouvant se prolonger indéfiniment, les biens qui lui appartiennent se trouvent souvent, en fait, retirés de la circulation, et cet état de choses peut être préjudiciable à l'ordre social.

Dans l'état actuel des choses, on peut soutenir que l'adhésion de l'autorité publique, conférant la personnalité civile, doit nécessairement résulter d'une loi. La jurisprudence admet, un peu témérairement peut-être, que cette adhésion peut aussi résulter d'un décret ou même d'un simple arrêté préfectoral. Dijon, 30 oct. 1889, S., 90. 2. 16; Trib. de Langres, 5 déc. 1888, S., 89. 2. 175.

Le pouvoir qui a qualité pour donner l'existence aux personnes morales a aussi qualité pour la leur retirer. C'est un acte de souveraineté, dit Portalis, qui donne l'établissement légal, c'est un acte de souveraineté qui le révoque.

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

* Les communautés religieuses non autorisées, n'ayant pas la personnalité civile, ne peuvent pas contracter. Mais leurs membres considérés *ut singuli* ne sont frappés d'aucune incapacité. Ils peuvent individuellement prendre des engagements les uns envers les autres, notamment s'engager à mettre en communauté le produit de leur travail, leurs gains et leurs revenus, pour subvenir à leur existence commune. Cass., 19 juillet 1882, S., 84. 1. 215. En outre, il n'existe entre les membres d'une communauté religieuse non reconnue aucune présomption légale d'interposition de personne, relativement à la communauté, pour les libéralités dont ils sont l'objet. Lyon, 10 janv. 1883, S., 84. 2. 136, D., 83. 2. 231.

* Le projet du code de procédure civile, rédigé par la commission extra-parlementaire constituée en 1883 et déposé à la chambre des députés, a remédié au principal inconvénient qu'engendre pour un grand nombre d'associations l'absence de la personnalité civile, en disposant que le « président... ou tout autre membre désigné par les statuts peut ester en justice dans l'intérêt de l'association et sans que tous les membres qui la composent soient individuellement désignés ». Si cette disposition était transformée en loi, nos tribunaux pourraient sans inconvénient se montrer plus sévères dans la reconnaissance de la personnalité civile et appliquer rigoureusement les principes de la matière. Cpr., Cass. 27 janv. 1890, D., 90. 1. 148.

V. sur cette matière Comte de Varcilles Sommières, *Du contrat d'association*.

107. L'idée de *personne* est inséparable de celle de *droits*, puisque les personnes sont les seuls êtres susceptibles d'avoir des droits. Elle est étroitement associée aussi avec l'idée d'*état* et de *capacité*. Nous sommes ainsi naturellement conduit à définir les droits, l'état et la capacité.

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

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

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

Les droits *civils* sont ceux que la loi accorde aux personnes dans leurs rapports privés avec d'autres personnes, tous les droits en un mot qui dérivent du droit privé ou civil. Telle est du moins la signification qu'on donne à l'expression *droits civils* quand on l'oppose à celle de *droits politiques*. Car elle se prend quelquefois dans un sens beaucoup plus restreint, comme désignant une certaine partie seulement des droits privés, ceux qui sont une création du droit civil, de la loi positive et qui n'existeraient pas sans elle (exemple le droit d'adopter), par opposition aux *droits naturels*, qui sont les droits privés dérivant du droit naturel ou droit des gens, comme le droit de contracter mariage. En d'autres termes, l'expression *droits civils* a deux sens. *Lato sensu*, et par opposition aux *droits politiques*, elle désigne tous les droits privés, c'est-à-dire tous les droits qui s'exercent de particulier à particulier. *Stricto sensu*, et par opposition aux *droits naturels*, elle désigne une petite partie seulement des droits privés, ceux qui ont leur source dans la loi civile positive et non dans la loi naturelle. C'est dans ce sens restreint que les mots *droits civils* paraissent avoir été pris par le législateur dans les art. 8, 11 et 13.

109. L'état d'une personne, *status* (de *stare*), c'est la position qu'elle occupe dans la société et dans la famille. Cette position est déterminée par un ensemble de qualités que l'on appelle *constitutives de l'état des personnes*, savoir le sexe, l'âge, suivant qu'on est majeur ou mineur, l'état mental, la nationalité, la légitimité ou l'illégitimité, la qualité de célibataire, marié, veuf ou divorcé... Ces qualités et l'état qui en résulte forment pour chacun de nous une propriété protégée par des actions analogues à celles qui protègent le droit de propriété sur les biens matériels; on les appelait en droit romain *actions préjudicielles*; elles n'ont pas chez nous de nom particulier; on est obligé de les désigner par une périphrase : *actions relatives à l'état des personnes*.

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

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

110 *bis*. L'ensemble des droits actifs et passifs d'une personne, du moins de ceux relatifs aux biens, constitue son *patrimoine*.

TITRE PREMIER

De la jouissance et de la privation des droits civils.

CHAPITRE PREMIER

DE LA JOUISSANCE DES DROITS CIVILS

§ I. *Généralités.*

111. On distingue, en ce qui concerne les droits civils, la jouissance et l'exercice. La *jouissance* consiste dans l'aptitude légale à acquérir le droit, à en être investi, à en devenir le titulaire, ou dans la propriété du droit, acquise en vertu de cette aptitude. L'*exercice* du droit, c'est l'aptitude à user du droit une fois acquis, à le mettre en œuvre, en pratique, ou l'usage, la mise en œuvre, opérée en vertu de cette aptitude. On voit que l'idée de *jouissance* s'applique aux droits considérés quant à leur *acquisition*, l'idée d'*exercice* à ces mêmes droits considérés quant à leur *usage*, à leur *mise en œuvre*. Tout Français d'origine a, dès l'instant même de sa naissance, la propriété de certains droits civils et l'aptitude légale à acquérir tous les autres; il a donc la *jouissance* des droits civils en général. Mais il n'a pas encore l'aptitude légale à exercer ces droits, à les mettre en œuvre, il n'a pas l'*exercice*; il ne l'acquerra que plus tard. Précisons un peu. Un Français vient de naître. Certains droits civils se fixent immédiatement sur sa tête, par exemple des droits de famille. Ainsi l'enfant né du mariage acquiert immédiatement le titre, l'état d'enfant légitime et le droit de parenté attaché à cet état; il entre dans la famille de ses père et mère. Tous les autres droits civils, qu'il n'acquiert pas immédiatement, il a l'aptitude à les acquérir, notamment les droits d'hérédité. Que sa mère, par exemple, vienne à mourir, il sera son héritier et deviendra propriétaire à ce titre de tout ou partie des biens qui lui appartenaient. Le droit de propriété se sera fixé sur sa tête, parce qu'il a la *jouissance* de tous les droits civils, au nombre desquels figure le droit d'acquérir par succession. Mais cet enfant ne pourra pas encore *exercer* son droit de propriété,

par exemple, aliéner ses biens. Il ne le pourra qu'à sa majorité. Jusque-là ses droits seront *exercés*, s'il y a lieu, par son représentant légal, c'est-à-dire par son père ou par son tuteur suivant les cas.

Ceux qui ont ainsi la jouissance de leurs droits civils sans en avoir l'exercice, et même le libre exercice, sont appelés *incapables*. Les incapables sont dans notre droit les mineurs, les interdits et les femmes mariées (art. 1124) ; ajoutez : les personnes soumises à un conseil judiciaire (art. 499 et 513). L'incapacité des mineurs, au moins des mineurs non émancipés, et des interdits consiste en ce qu'ils ne peuvent pas valablement exercer eux-mêmes leurs droits ; c'est leur représentant légal (père ou tuteur) qui est chargé de ce soin. L'incapacité des femmes mariées, des mineurs émancipés et des personnes pourvues d'un conseil judiciaire, consiste en ce qu'ils ne peuvent pas accomplir valablement certains actes de la vie civile sans une autorisation ou une assistance.

Pour les droits politiques, la jouissance ne se distingue pas de l'exercice. La distinction serait sans intérêt, parce que la perte de l'exercice de ces droits équivaut à la perte de leur jouissance, le droit ne pouvant être exercé que par le titulaire lui-même, jamais en son nom par un représentant ou mandataire.

Le législateur n'a pas toujours tenu compte de la distinction entre la jouissance et l'exercice des droits. C'est ainsi que dans l'art. 7 il parle de l'*exercice des droits civils*, alors qu'il entend désigner très certainement la *jouissance* de ces droits. En revanche, dans les art. 984 et 985 C. pr., le législateur parle de la jouissance des droits civils, alors qu'il songe certainement à l'exercice.

112. A qui appartient la jouissance des droits civils ? Le nouvel art. 8 al. 1 répond : « *Tout Français jouira des droits civils* ». Il suffit donc d'être Français pour avoir la jouissance des droits civils ; il n'est pas nécessaire d'être citoyen comme pour avoir la jouissance des droits politiques. C'est ce qui résulte du nouvel art. 7 où le législateur a employé à tort, ainsi que nous l'avons noté tout à l'heure, le mot *exercice* à la place du mot *jouissance* : « *L'exercice des droits civils est indépendant de l'exercice des droits politiques, lesquels s'acquièrent et se conservent conformément aux lois constitutionnelles et électorales* » .

Ainsi, pour jouir des droits politiques, il faut être citoyen français ; il suffit d'être Français pour jouir des droits civils.

La jouissance des droits civils étant attachée à la qualité de

Français, il importe grandement de savoir quelles personnes sont Françaises. C'est ce que nous allons rechercher, et du même coup nous résoudrons la question de savoir quelles personnes sont étrangères, car on est nécessairement Français ou étranger, et par conséquent tout individu qui n'est pas Français est étranger (1). En d'autres termes, nous allons étudier la question de la *nationalité*. L'intérêt de cette question d'ailleurs ne réside pas uniquement dans la jouissance des droits civils; il apparaît sous bien d'autres aspects, notamment au point de vue du service militaire et au point de vue du statut personnel (*supra* n. 80 et 81).

On peut définir la *nationalité* : le lien qui rattache une personne à une nation déterminée. Cette matière vient d'être réglementée à nouveau par une loi du 26 juin 1889, intitulée *Loi sur la nationalité*, qui a modifié ou remanié les art. 7, 8, 9, 10, 12, 13, 17, 18, 19, 20 et 21 du code civil. V. l'art. 1^{er} de la loi. Quelques-unes des dispositions de la loi de 1889 ont été elles-mêmes modifiées par la loi du 22 juin 1893.

§ II. Des Français.

N^o 1. Quelles personnes sont françaises.

113. On naît Français ou on le devient. En d'autres termes, on peut être Français par la naissance ou en vertu d'un fait postérieur à la naissance, qu'on désigne d'une manière générale sous le nom de *naturalisation*.

I. Français de naissance.

114. Sont Français de naissance dans notre droit actuel : 1^o Tout individu né d'un Français ; 2^o Tout individu né en France de parents inconnus ou dont la nationalité est inconnue ; 3^o Tout individu né en France d'un étranger qui lui-même y est né.

1. *Enfant issu de parents français.*

115. Est Français : « 1^o *Tout individu né d'un Français en France ou à l'étranger* » (nouvel art. 8-1^o). L'origine, indépendamment du lieu de la naissance, est donc attributive de la qualité de Français. Avec notre sang, nous transmettons à nos enfants notre nationalité. Peu importe qu'ils voient le jour en France ou sur une terre étrangère.

116. L'application de ce principe va toute seule en ce qui concerne les enfants légi-

(1) Cependant, dans certaines colonies françaises, par exemple en Algérie et en Cochinchine, on distingue les citoyens français, les Français et les sujets français. V. sénatus-consulte du 14 juillet 1865, art. 1 et 2, et décrets du 24 octobre 1870 et du 25 mai 1881, art. 1.

times, c'est-à-dire ceux issus de parents légalement mariés. L'enfant légitime suit, au point de vue de la nationalité, la condition de son père : il naît donc Français si son père est Français, étranger s'il est étranger. Cette règle doit être appliquée quelle que soit la nationalité de la mère, et alors même qu'elle serait différente de celle du père, ce qui arrivera rarement (*infra* n. 138 et 181. *Adde arg. art. 148, 373*). Telle est la tradition. La loi romaine disait : *Cum legitimæ nuptiæ factæ sint, patrem liberi sequuntur...* (L. 19, D., *De statu hominum*, I, 5), et ce principe a toujours été admis dans notre ancien droit.

117. En ce qui concerne les enfants naturels ou illégitimes, c'est-à-dire ceux issus de parents non mariés, le législateur de 1889, tranchant la controverse qui s'était élevée sous l'empire du code civil, dispose : « *L'enfant naturel dont la filiation est établie pendant la minorité, par reconnaissance ou par jugement, suit la nationalité de celui des parents à l'égard duquel la preuve a d'abord été faite. Si elle résulte pour le père ou [lisez et] la mère du même acte ou du même jugement, l'enfant suivra la nationalité du père* » (nouvel art. 8 al. 4).

Pour comprendre ce texte, il faut savoir que la *filiation* d'un enfant naturel ou illégitime, c'est-à-dire le lien qui le rattache aux auteurs de ses jours, ne peut être établie, quand la loi en autorise la constatation, que par un jugement rendu sur la demande de l'enfant ou de ses représentants, ou par la reconnaissance volontaire de ses auteurs. Cette reconnaissance, qui n'est autre chose qu'un aveu de paternité ou de maternité, ne peut être faite que par acte authentique (art. 334).

Cela posé, la filiation d'un enfant naturel est-elle établie pendant sa minorité par rapport à ses deux auteurs à la fois dans un seul et même acte? On applique la même règle que s'il s'agissait d'un enfant légitime. L'enfant suit la nationalité de son père. C'est ce qui arrivera par exemple, si le père et la mère d'un enfant naturel se sont présentés en même temps devant un notaire pour reconnaître leur enfant et que le notaire ait dressé un seul et même acte de cette double reconnaissance. La loi de 1889 consacre sur ce point la solution admise auparavant par la jurisprudence et par la majorité des auteurs.

Au contraire, si la filiation de l'enfant se trouve établie par rapport à chacun de ses auteurs dans un acte distinct, l'enfant suivra la nationalité de celui à l'égard duquel sa filiation a été constatée en premier lieu. Ainsi la mère d'un enfant naturel mineur le reconnaît en 1893; l'enfant suivra la nationalité de sa mère. Il importera peu que plus tard la filiation de cet enfant soit établie par rapport à son père, qui a, on le suppose, une nationalité autre que celle de la mère; l'enfant conservera la nationalité de sa mère; elle lui a été définitivement acquise par la reconnaissance émanée de celle-ci. La jurisprudence s'était formée sur ce point en sens contraire.

L'auteur d'un enfant naturel lui transmet la nationalité qu'il avait au moment de la naissance (ou de la conception) de l'enfant (*infra* n. 118 *in fine*), et non celle qui lui appartenait au moment de la reconnaissance. En effet la reconnaissance n'est pas attributive de filiation, elle est simplement déclarative d'une filiation préexistante. Nancy, 25 mars 1890, S., 92. 2. 286, D., 91. 2. 89 et la note de M. de Boeck.

Pour que la reconnaissance d'un enfant naturel puisse influencer sur sa nationalité, il faut supposer que cette reconnaissance survienne pendant la minorité de l'enfant (nouvel art. 8 al. 4). Autrement on lui appliquerait, s'il est né en France, la règle de l'alinéa suivant de l'art. 8, auquel nous arriverons bientôt et d'après lequel tout individu né en France de parents inconnus est Français.

* L'enfant désavoué par le mari de sa mère, n'ayant de filiation certaine qu'à l'égard de celle-ci, prendra sa nationalité. Cpr. Despagnet, *Précis de droit international privé*, 2^e édition, p. 187, n. 170.

118. Une dernière question reste à résoudre. A quelle époque faut-il se placer pour déterminer la nationalité que le père ou la mère transmet à son enfant, suivant les distinctions qui viennent d'être établies? Est-ce à l'époque de la conception de l'enfant ou à celle de sa naissance? La question ne présente d'intérêt, bien entendu, que lorsque l'auteur qui doit transmettre sa nationalité à l'enfant, a changé de nationalité dans l'intervalle de la conception à la naissance. Ainsi le père légitime d'un enfant est étranger lors de la naissance de cet enfant, mais il était Français à l'époque de sa conception; dans l'inter-

valle entre la conception et la naissance, il s'est fait par exemple naturaliser étranger. Quelle nationalité transmettra-t-il à son enfant? Celle qu'il avait lors de la naissance de l'enfant, c'est-à-dire une nationalité étrangère? Ou bien celle qu'il avait lors de la conception, c'est-à-dire la nationalité française? L'opinion dominante en doctrine et en jurisprudence admet avec raison qu'en principe il faut se reporter à la naissance de l'enfant, pour déterminer la nationalité qui lui est transmise, car c'est seulement à dater de sa naissance que l'enfant compte comme un être distinct dans la société; mais toutefois sauf l'application de la maxime *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*. C'est-à-dire qu'il y aurait lieu de se reporter à l'époque de la conception de l'enfant pour déterminer sa nationalité, toutes les fois que cela devrait avoir pour résultat de le faire bénéficier de la qualité de Français, comme dans l'exemple cité tout à l'heure; car, au point de vue de la loi française, c'est un avantage de naître Français. Il est vrai que l'art. 8-1^o, reproduisant sur ce point les termes de l'ancien art. 10, paraît s'attacher exclusivement au fait de la naissance, puisqu'il parle de l'enfant *né* d'un Français. Mais on a fort bien répondu que *né* est ici synonyme d'*issu*.

2. *Enfant né en France de parents inconnus ou dont la nationalité est inconnue.*

119. L'art. 8-2^o déclare Français : « *Tout individu né en France de parents inconnus ou dont la nationalité est inconnue* ». C'était la solution généralement admise sous l'empire du code civil qui ne résolvait pas la question en termes formels. Lorsque l'origine de l'enfant est inconnue ou lorsque l'on ignore la nationalité de ses auteurs, le lieu de sa naissance doit avoir une influence décisive au point de vue de la détermination de sa nationalité. Ajoutons que très probablement les parents de l'enfant sont Français.

3. *Enfant né en France d'un étranger qui lui-même y est né.*

120. L'art. 8-3^o, rédaction nouvelle de la loi du 22 juillet 1893 déclare Français : « *3^o Tout individu né en France de parents étrangers dont l'un y est lui-même né; sauf la faculté pour lui, si c'est la mère qui est née en France, de décliner dans l'année qui suivra sa majorité la qualité de Français, en se conformant aux dispositions du paragraphe 4 ci-après* ».

Un enfant naît en France de parents étrangers, mais dont l'un est lui-même né en France. Cet enfant naîtra Français. Il devrait être étranger si l'on tenait compte de son origine. Mais d'une part on peut facilement présumer, parce que cela est conforme à la nature, que cet enfant aura un certain attachement pour le pays qui l'a vu naître, c'est-à-dire pour la France; et d'autre part, l'un de ses auteurs étant lui-même né en France et y ayant probablement résidé longtemps puisqu'il y a eu un enfant, était Français sinon d'après la loi au moins d'après les mœurs et les habitudes.

Notre texte n'exige aucune condition de résidence ni à plus forte raison de domicile en France soit de la part de l'auteur de l'enfant, soit de la part de l'enfant lui-même. Il suffit que l'enfant soit né en France et que l'un de ses auteurs, y soit né lui-même.

121. La disposition que nous venons d'analyser a été empruntée à la loi du 7 février 1851 qui portait : « Est Français tout individu né en France d'un étranger qui lui-même y est né ».

Ce texte devait-il recevoir son application au cas d'un enfant né en France d'une mère étrangère qui elle-même y était née ? Le doute était permis à raison des mots *d'un étranger* qui signifient littéralement d'un père étranger.

Le législateur de 1893 a résolu expressément la question dans le sens où s'étaient prononcées la doctrine et la jurisprudence : il suffit que soit le père, soit la mère de l'enfant, soit né en France.

122. En attribuant de plein droit la qualité de Français à l'enfant né en France d'un étranger qui lui-même y était né, la loi du 7 février 1851 ne la lui imposait pas. En effet elle l'autorisait à revendiquer la qualité d'étranger dans l'année qui suivait sa majorité. Il paraît que beaucoup de jeunes gens abusèrent de cette faculté pour se soustraire à la charge du service militaire en France, et la loi du 16 décembre 1874 n'apporta à ce mal qu'un remède insuffisant, en obligeant le postulant qui réclamait la qualité d'étranger à justifier qu'il avait conservé sa nationalité d'origine. C'est pourquoi la loi du 26 juin 1889 (anc. art. 8, al. 3, C. civ.) supprima la faculté d'option et rendit ainsi irrévocablement Français tous les enfants nés en France d'un étranger qui lui-même y était né.

Mais on ne peut se dissimuler que la loi, avec ce caractère de généralité, embrassait un certain nombre de cas qui semblaient devoir être en dehors de son domaine. Ainsi il se peut qu'un enfant naisse accidentellement en France d'une mère née elle-même accidentellement dans notre pays, que ni la mère ni l'enfant n'aient jamais séjourné en France. Peut-on dire que cet enfant doit avoir de l'attachement pour le pays qui l'a vu naître, que sa mère était Française d'après les mœurs et les habitudes ? Evidemment les motifs qui ont fait édicter la loi n'existent pas dans cette hypothèse. Aussi la loi de 1889 donna-t-elle lieu à beaucoup de protestations. A la suite des nombreuses réclamations qui lui furent adressées, le gouvernement français prit l'initiative d'un projet qui a abouti à la loi du 22 juillet 1893 dont nous avons rapporté le texte. Les réclamations ne s'étant produites qu'au sujet d'enfants nés en France d'une mère étrangère qui elle-même y était née, on s'explique que la loi nouvelle n'accorde qu'à ces enfants la faculté de décliner la qualité de Français et non à ceux nés en France d'un père étranger qui lui-même y est né, bien que théoriquement la solution paraisse devoir être la même dans les deux cas. Comme l'a dit M. Thézard, le rapporteur du sénat, « la loi nouvelle telle qu'elle est suffit aux nécessités de l'heure présente ». Mais est-il sage de la part d'un législateur de ne pas songer au lendemain ?

La nouvelle loi de 1893 contient en ce qui concerne les enfants naturels une disposition qui est la conséquence de celle qui précède : « *L'enfant naturel pourra, aux mêmes conditions que l'enfant légitime, décliner la qualité de Français quand le parent qui est né en France n'est pas celui dont il devrait, aux termes du paragraphe premier, deuxième alinéa, suivre la nationalité* ».

Suit une disposition transitoire ainsi conçue, qui forme l'art. 2 de la loi : « *Les individus aux quels l'article 8 paragraphe 3 modifié, réserve la faculté de réclamer la qualité*

» d'étrangers et qui auront atteint leur majorité à l'époque de la promulgation de la
 » présente loi, pourront réclamer cette qualité en remplissant les conditions prescrites
 » dans le délai d'un an à partir de cette promulgation ».

II. Français par la naturalisation.

123. *Lato sensu*, le mot *naturalisation* désigne le fait, quel qu'il soit, en vertu duquel un étranger acquiert la nationalité française. Il est assimilé aux *naturels* français, d'où le mot *naturalisation*.

Il y a trois espèces de naturalisation, savoir : la naturalisation proprement dite, la naturalisation de faveur, et enfin la naturalisation *in globo* résultant de l'annexion à la France d'un territoire étranger.

A. Naturalisation proprement dite.

124. La naturalisation proprement dite peut être définie : un acte par lequel le gouvernement confère la qualité de Français à un étranger qui en a formé la demande.

Les lois sur la naturalisation, l'expérience l'a prouvé, ne vivent pas longtemps. A ce titre on peut regretter que la législation relative à cette matière fasse partie du code civil qui est l'emblème de la stabilité en matière législative. Elle y a été introduite par la loi du 26 juin 1889 qui a ajouté à l'art. 8 du code civil, ainsi démesurément allongé, une série d'alinéas conçus en ces termes : « Sont
 » Français... 5° Les étrangers naturalisés. — Peuvent être natura-
 » lisés :—1° Les étrangers qui ont obtenu l'autorisation de fixer leur
 » domicile en France, conformément à l'article 13 ci-dessous, après
 » trois ans de domicile en France, à dater de l'enregistrement de
 » leur demande au ministère de la justice ; — 2° Les étrangers qui
 » peuvent justifier d'une résidence non interrompue pendant dix
 » années ; — Est assimilé à la résidence en France le séjour en pays
 » étranger pour l'exercice d'une fonction conférée par le Gouverne-
 » ment français ; — 3° Les étrangers admis à fixer leur domicile en
 » France, après un an, s'ils ont rendu des services importants à la
 » France, s'ils y ont apporté des talents distingués ou s'ils y ont
 » introduit soit une industrie, soit des inventions utiles, ou s'ils ont
 » créé soit des établissements industriels ou autres, soit des exploi-
 » tations agricoles, ou s'ils ont été attachés, à un titre quelconque, au
 » service militaire dans les colonies ou les protectorats français ; —
 » 4° L'étranger qui a épousé une Française, aussi après une année
 » de domicile autorisé. — Il est statué par décret sur la demande de
 » naturalisation, après une enquête sur la moralité de l'étranger ».

A ce texte il faut joindre le décret du 13 août 1889, portant règlement d'administration publique pour l'exécution de la loi du

26 juin 1889 sur la nationalité. Voir le texte de cet important décret dans le code Tripier remanié par M. Monnier.

125. Conditions requises. Comme la loi du 29 juin 1867 qu'elle a remplacée, la loi du 26 juin 1889 distingue deux espèces de naturalisation, qui ne diffèrent l'une de l'autre que par la durée du stage, la naturalisation ordinaire et la naturalisation extraordinaire.

Trois ans de domicile autorisé (*infra* n. 149) ou dix ans de résidence sont nécessaires pour la naturalisation ordinaire. Un an de domicile autorisé suffit pour la naturalisation extraordinaire. Cette dernière peut être accordée soit à l'étranger qui a bien mérité de la France par l'un des moyens qu'indique le 3° de notre article, soit à celui qui a épousé une Française. La résidence doit être continue pendant toute la durée du stage, ce qui toutefois ne doit pas être entendu d'une manière trop rigoureuse.

126. Formalités à remplir. La naturalisation ne résulte pas de plein droit de l'accomplissement des conditions qui viennent d'être indiquées; elle doit être *demandée* par l'étranger qui aspire à cette faveur, et le gouvernement peut la refuser arbitrairement. La demande doit être adressée sous forme de requête au ministre de la justice. V. décret du 13 août 1889, art. 2, 3 et 4. Celui-ci la transmet au président de la république, accompagnée d'un rapport dans lequel il fait connaître son avis sur la suite qu'il convient de donner à la demande. Le ministre a dû préalablement vérifier si toutes les conditions prescrites par la loi ont été remplies et procéder à une enquête sur la moralité de l'étranger. Le président de la république statue par un décret. Il n'est plus nécessaire, comme sous l'empire de la loi de 1867, que ce décret soit rendu en conseil d'Etat.

Le décret de naturalisation donne lieu au paiement d'un droit de sceau de 175 fr., 25. Pareil droit est dû par l'étranger qui obtient l'admission à domicile. La naturalisation précédée de l'admission à domicile coûte donc 350 fr., 50. La proposition qui a été faite de supprimer ce droit pour favoriser la naturalisation a été repoussée par la chambre des députés. Il a paru inutile de multiplier, en accordant la naturalisation sans frais, le nombre de ceux qui viennent faire concurrence aux travailleurs français ou disputer à nos indigents les secours de l'assistance publique. D'autant plus que le gouvernement jouit du droit de faire des remises totales ou partielles du droit de sceau, et jusqu'ici il en a usé très largement.

127. Effets de la naturalisation. Cette matière est régie par l'art. 3 de la loi du 26 juin 1889. De sorte que les conditions de la

naturalisation se trouvent aujourd'hui réglées par un article du code civil (art. 8 partie finale), et ses effets par une loi indépendante du code civil, ce qui est au moins bizarre. L'art. 3 précité porte : « L'étranger naturalisé jouit de tous les droits civils et » politiques attachés à la qualité de citoyen français ». Ce principe souffre toutefois une restriction qui n'avait pas été admise par le législateur de 1867 : « Néanmoins il [l'étranger naturalisé] n'est » éligible aux assemblées législatives que dix ans après le décret » de naturalisation, à moins qu'une loi spéciale n'abrége ce délai. » Le délai pourra être réduit à une année ». On ne peut s'empêcher de remarquer la singularité de cette dernière disposition qui semble avoir la prétention de limiter les pouvoirs du législateur de l'avenir. S'il lui plaît de réduire le délai à moins d'un an, qui donc l'en empêchera ?

L'article ajoute dans sa partie finale : « Les Français qui recou- » vrent cette qualité, après l'avoir perdue, acquièrent immédiate- » ment tous les droits civils et politiques, même l'éligibilité aux » assemblées législatives ».

Les effets de la naturalisation sont individuels, c'est-à-dire personnels à l'étranger qui l'a obtenue. Ils ne s'étendent pas aux membres de sa famille non compris dans le décret de naturalisation. Cette règle souffre toutefois exception en ce qui concerne les enfants mineurs de l'étranger naturalisé. V. *infra* n. 138. Quant aux enfants qui surviennent après la naturalisation, il va de soi qu'ils naissent Français.

La naturalisation ne produit pas d'effet rétroactif. Arg. *a fortiori* art. 20.

128. Observation. — La qualité de Français ne s'acquiert pas par la prescription, parce qu'elle n'est pas *in hominum commercio*. Donc, quelque prolongé que soit le séjour d'un étranger en France, il ne deviendra pas Français, tant qu'il n'aura pas obtenu la naturalisation. V. cep. *infra* n. 134 a.

B. Naturalisation de faveur.

129. L'expression *naturalisation de faveur* se trouve dans l'art. 5 de la loi du 26 juin 1889 et dans l'art. 5 al. final du décret du 13 août 1889. La naturalisation de faveur est soumise à des conditions moins rigoureuses que celles du droit commun. Lorsque l'étranger à qui elle est offerte acquiert *de plein droit* la qualité de Français en remplissant les conditions légales, comme il arrive notamment dans les cas prévus par les art. 8-4° et 12, cette naturalisation prend le nom de *bienfait de la loi*, expression qui appartient à la doctrine. Le bienfait de la loi est donc une naturalisation

doublement privilégiée, d'abord en ce sens qu'elle est soustraite à une partie des exigences du droit commun, et ensuite en ce que le gouvernement ne peut pas en refuser arbitrairement le bénéfice à l'étranger qui remplit les conditions légales. C'est là son trait caractéristique. Cette naturalisation a été établie pour des étrangers qui, soit à raison de leur naissance en France, soit à raison de liens de famille, peuvent être présumés avoir un certain attachement pour notre pays. Ils manifestent cet attachement en remplissant les conditions prescrites par la loi, et alors ils deviennent Français de plein droit.

130. La naturalisation de faveur peut avoir lieu dans quatre cas prévus : le premier par l'art. 8-4° et l'art. 9 ; le second par l'art. 10 ; le troisième par l'art. 12 ; le quatrième par l'art. 4 de la loi du 26 juin 1889.

PREMIER CAS, prévu par l'art. 8-4° et l'art. 9. — *Enfants nés en France de parents étrangers qui, eux-mêmes, n'y sont pas nés.*

131. Transcrivons d'abord les textes. Le nouvel art. 8-4° déclare Français : « *Tout individu né en France d'un étranger et qui, à l'époque de sa majorité, est domicilié en France, à moins que, dans l'année qui suit sa majorité, telle qu'elle est réglée par la loi française, il n'ait décliné la qualité de Français et prouvé qu'il a conservé la nationalité de ses parents, par une attestation en due forme de son gouvernement, laquelle demeurera annexée à la déclaration, et qu'il n'ait en outre produit, s'il y a lieu, un certificat constatant qu'il a répondu à l'appel sous les drapeaux, conformément à la loi militaire de son pays, sauf les exceptions prévues aux traités* ».

Voici maintenant le texte du nouvel art. 9 al. 1 (loi du 22 juillet 1893) : « *Tout individu né en France d'un étranger et qui n'y est pas domicilié à l'époque de sa majorité pourra, jusqu'à l'âge de vingt-deux ans accomplis, faire sa soumission de fixer en France son domicile, et, s'il l'y établit dans l'année à compter de l'acte de soumission, réclamer la qualité de Français par une déclaration qui sera, à peine de nullité, enregistrée au ministère de la justice* ».

132. Ces textes sont assez mal rédigés, ils auraient dû être fondus dans une disposition unique. Voici quelle nous paraît être leur signification.

133. L'enfant né en France d'un étranger qui lui-même n'y est pas né, naît étranger. Cela résulte par argument de l'art. 9 al. final où on lit que cet enfant *devient* Français s'il satisfait à la loi du

recrutement sans opposer son *extranéité*. Donc à ce moment il était étranger, et il reste tel jusqu'à sa majorité.

En ce sens Cass., 19 déc. 1891, S., 92. 1. 107.

Il en résulte notamment que le mineur, né sur le sol français d'un étranger qui lui-même n'y est pas né, peut être frappé d'un arrêté d'expulsion par l'autorité française (L. 3-11 déc. 1849) et qu'il n'a pas le droit d'invoquer l'exception *judicatum solvi* contre un demandeur étranger. Cpr. *infra*, n. 164. En outre son état et sa capacité sont régis par la loi étrangère.

134. Maintenant l'individu qui nous occupe peut acquérir la qualité de Français en vertu d'une naturalisation privilégiée.

a. D'abord il devient Français de plein droit par cela seul qu'il se trouve domicilié en France à l'époque de sa majorité, même sans autorisation du gouvernement.

Toutefois la nationalité française ne lui est pas imposée. Il est admis à la répudier dans l'année qui suivra sa majorité. Notre texte explique qu'il s'agit de la majorité *telle qu'elle est réglée par la loi française* : c'était une question discutée sous l'empire de l'ancien art. 9. La répudiation de la qualité de Français se fait par une déclaration dont l'art. 6 du décret du 13 août 1889 règle la forme. Le déclarant devra prouver dans le délai prescrit qu'il a conservé la nationalité de ses parents. Cette preuve se fait par une attestation en due forme du gouvernement du pays dont le réclamant revendique la nationalité, attestation qui doit rester annexée à la déclaration. Les conditions dans lesquelles cette attestation doit être délivrée ne peuvent guère être déterminées que par des conventions diplomatiques. En outre et sauf les exceptions prévues aux traités, le réclamant doit produire un certificat attestant qu'il a satisfait aux exigences de la loi militaire de son pays. Autrement, la réclamation pourrait n'avoir d'autre but que de permettre à l'intéressé de se soustraire aux obligations de la loi militaire, dans le pays dont il réclame la nationalité et en France tout à la fois. La loi dit que ce certificat ne pourra être exigé que *s'il y a lieu*. Il se peut en effet qu'il s'agisse d'une femme, ou que le réclamant appartienne à une nation dans laquelle le service militaire n'est pas obligatoire, comme il arrive en Angleterre.

b. S'il n'est pas domicilié en France à l'époque de sa majorité, l'individu né en France d'un étranger qui lui-même n'y est pas né, peut acquérir la qualité de Français en vertu d'une option expresse ou tacite.

Option expresse.— Elle résultera de l'accomplissement des conditions prescrites par l'art. 9 al. 1. Ces conditions sont au nombre de trois : 1° *Soumission*, c'est-à-dire *engagement* de fixer son domicile

en France. L'acte de soumission est reçu par un des agents diplomatiques ou consulaires de France à l'étranger (art. 9 du décret du 13 août 1889). La soumission doit être faite avant l'expiration de la vingt-deuxième année ; 2^o Etablissement de son domicile en France dans l'année de la soumission ; 3^o Réclamation de la qualité de Français au moyen d'une déclaration. Cette déclaration doit être faite devant le juge de paix du domicile de l'intéressé, dans la forme prescrite par les art. 6, 7 et 8 du décret du 13 août 1889. Elle doit être enregistrée au ministère de la justice à peine de nullité. Cet enregistrement a été prescrit pour centraliser les déclarations, en conserver la preuve et permettre d'en contrôler la régularité. Le ministre de la justice peut faire prononcer la nullité des déclarations qui auraient été faites irrégulièrement. En outre et contrairement à ce qui avait lieu sous l'empire de la loi de 1889, le gouvernement peut refuser l'enregistrement pour cause d'indignité au déclarant qui réunirait les conditions légales.

Tout cela résulte des alinéas 2 à 9 de l'art. 9, ajoutés par la loi du 22 juillet 1893. En voici le texte : « *L'enregistrement sera refusé s'il résulte des pièces produites que le* »
 « *déclarant n'est pas dans les conditions requises par la loi, sauf à lui à se pourvoir* »
 « *devant les tribunaux civils, dans la forme prescrite par les articles 855 et suivants* »
 « *du Code de procédure civile. — La notification motivée du refus devra être faite au* »
 « *réclamant dans le délai de deux mois à partir de sa déclaration. — L'enregistrement* »
 « *pourra en outre être refusé, pour cause d'indignité, au déclarant qui réunirait toutes* »
 « *les conditions légales ; mais, dans ce cas, il devra être statué, le déclarant dûment* »
 « *avisé, par décret rendu sur l'avis conforme du Conseil d'Etat, dans le délai de trois* »
 « *mois à partir de la déclaration, ou, s'il y a eu contestation, du jour où le jugement* »
 « *qui a admis la réclamation est devenu définitif. — Le déclarant aura la faculté de* »
 « *produire devant le Conseil d'Etat des pièces et des mémoires. — A défaut des notifi-* »
 « *cations ci-dessus visées dans les délais sus-indiqués, et à leur expiration, le Ministre* »
 « *de la Justice remettra au déclarant, sur sa demande, une copie de sa déclaration,* »
 « *revêtue de la mention de l'enregistrement. — La déclaration produira ses effets du* »
 « *jour où elle aura été faite, sauf l'annulation qui pourra résulter du refus d'enregis-* »
 « *trement. — Les règles relatives à l'enregistrement prescrites par les paragraphes 2* »
 « *et 3 du présent article sont applicables aux déclarations faites en vue de décliner la* »
 « *nationalité française, conformément à l'article 8, paragraphes 3 et 4, et aux articles* »
 « *12 et 18. — Les déclarations faites, soit pour réclamer, soit pour décliner la qualité* »
 « *de Français, doivent, après enregistrement, être insérées au Bulletin des Lois. Néan-* »
 « *moins l'omission de cette formalité ne pourra pas préjudicier aux droits des décla-* »
 « *rants* ».

Au cas où le postulant aurait intérêt à devenir Français avant sa majorité, par exemple pour entrer dans une école du gouvernement, la loi nouvelle autorise une déclaration anticipée qui doit être faite par le représentant légal de l'enfant. Le nouvel art. 9, al. 10 dit à ce sujet : « *Si l'individu qui réclame la qualité de Fran-* »
 « *çais est âgé de moins de vingt et un ans accomplis, la déclaration* »
 « *sera faite en son nom par son père ; en cas de décès, par sa mère ;* »
 « *en cas de décès du père et de la mère ou de leur exclusion de la* »

» tutelle, ou dans les cas prévus par les articles 141, 142 et 143 du
 » Code civil, par le tuteur autorisé par délibération du conseil de
 » famille ».

* D'après les lois du 16 décembre 1874, du 14 février 1882 et du 28 juin 1883, la soumission et la déclaration dont il s'agit étaient faites *par le mineur lui-même* assisté comme de droit. On assimilait ainsi avec raison l'acquisition de la nationalité au mariage et aux autres actes dont nous parlons *infra* n. 1073, qui, à raison de leur nature essentiellement personnelle, supposent l'expression de la volonté individuelle de l'intéressé.

Option tacite. — L'individu qui nous occupe « devient également Français si, ayant été porté sur le tableau de recensement, il prend part aux opérations de recrutement sans opposer son *extranéité* » (art. 9 al. final). En consentant à payer l'impôt du sang, il opte tacitement pour la nationalité française, et cette option présente cela de particulier qu'elle est faite valablement par l'intéressé mineur et sans l'assistance d'aucun protecteur légal.

DEUXIÈME CAS, prévu par l'art. 10. — *Enfant né d'un ex-Français.*

135. « Tout individu né en France ou à l'étranger de parents dont l'un a perdu la qualité de Français pourra réclamer cette qualité à tout âge, aux conditions fixées par l'article 9, à moins que, domicilié en France et appelé sous les drapeaux, lors de sa majorité, il n'ait revendiqué la qualité d'étranger ». Ainsi s'exprime l'art. 10 (loi du 26 juin 1889). La loi accorde une double faveur à l'enfant né d'un étranger qui a eu autrefois la qualité de Français. D'abord cet enfant est admis au bénéfice de l'art. 9 même quand il est né en pays étranger. En second lieu il peut réclamer la qualité de Français à tout âge, par conséquent même après l'expiration de l'année qui suit sa majorité.

= *Aux conditions prescrites par l'article 9.* Il s'agit évidemment de l'art. 9 alors en vigueur, c'est-à-dire de celui qui était l'œuvre du législateur de 1889 lui-même. Or, d'après cet article, l'accomplissement des conditions prescrites faisait acquérir à l'intéressé la nationalité française de *plein droit*, donc sans l'agrément du gouvernement français et même contre son gré. Doit-il encore en être ainsi depuis l'apparition du nouvel art. 9 (L. 22 juillet 1893) qui, dans le cas particulier qu'il prévoit, arme le gouvernement contre les indignes, en lui permettant de les écarter par un refus d'enregistrement? Les règles strictes de l'interprétation juridique semblent imposer la solution affirmative. En effet, d'une part, la loi de 1893 a laissé l'art. 10 intact, et d'autre part, l'innovation qu'elle réalise dans l'art. 9 n'est pas déclarée applicable au cas prévu par l'art. 10. Bien plus, l'extension qui est faite *in parte* *qua* du nouvel art. 9 aux déclarations faites en vue de *décliner* la nationalité française (nouvel art. 9 al. 9) semble bien impliquer que l'article ne doit pas être étendu aux déclarations faites en vue d'*acquérir* la nationalité française. Mais on ne peut se dissimuler que cette solution est tout à fait contraire aux intentions du nouveau législateur, et il est peu probable qu'elle triomphe.

C'est seulement à l'époque de sa majorité que l'individu dont parle notre article est autorisé à réclamer la qualité d'étranger. La revendication qu'il aurait faite durant sa minorité ne lui serait pas opposable et ne l'empêcherait pas de réclamer ultérieurement la qualité de Français. Douai, 9 juillet 1890, D., 91. 2. 184, S., 92. 2. 272.

D'un autre côté, il pourrait réclamer la qualité de Français nonobstant un arrêté d'ex-

pulsion dont il aurait été frappé. Cet arrêté ne fait pas obstacle à ce qu'il remplisse la condition prescrite par l'art. 9 : établir son domicile en France. C'est un droit pour lui de devenir Français en accomplissant cette condition, ainsi que nous venons de le démontrer, et le gouvernement ne peut pas par son fait le mettre dans l'impossibilité de la remplir. Lyon, 10 nov. 1890, D., 91. 2. 169. S., 92. 2. 268, Douai, 6 déc. 1890, D., 91. 2. 169, et Cass., 27 oct. 1891, D., 92. 1. 41, S., 91. 1. 539. V. cep. Cass., 19 déc. 1891, S., 92. 1. 107, et *supra* n. 133.

Le bénéfice de l'art. 10 pourrait être invoqué par l'individu dont le père et la mère aujourd'hui étrangers auraient eu autrefois la qualité de Français. Il importe peu que le texte suppose que l'un seulement des auteurs de l'enfant a été autrefois Français.

TROISIÈME CAS, prévu par l'art. 12. — *Femme étrangère qui épouse un Français. — Femme et enfants d'un étranger naturalisé Français.*

136. Le nouvel art. 12 al. 1 dispose : « *L'étrangère qui aura épousé un Français suivra la condition de son mari* ». La loi présume que la femme étrangère, qui consent à associer son existence à celle d'un Français, entend aussi partager la nationalité de son mari, et, sur le fondement de cette présomption, elle la déclare Française de plein droit par le seul fait de son mariage, alors même qu'elle serait mineure et sans qu'une manifestation de volonté de sa part soit nécessaire. Bien plus, la manifestation d'une volonté contraire devrait être tenue pour inefficace. Le changement de nationalité est ici un effet du mariage ; or la loi règle souverainement ces effets : les parties ne peuvent pas sur ce point modifier ses dispositions (arg. art. 6).

137. La femme étrangère, devenue Française par son mariage avec un Français, ne perd pas cette qualité quand elle devient veuve ou divorcée.

138. Un étranger marié se fait naturaliser Français. Sa femme deviendra-t-elle Française de plein droit par le fait de cette naturalisation ? Non. La femme étrangère qui épouse un Français devient nécessairement Française ; mais il n'en est pas de même de celle dont le mari devient Français pendant le cours du mariage. Notre loi a pu raisonnablement présumer qu'une femme accepte la nationalité qui appartient à son mari lors du mariage, et, sur le fondement de cette présomption, qui n'admet pas la preuve contraire, imposer à l'étrangère qui épouse un Français la nationalité française. La femme étrangère qui veut conserver sa nationalité ne doit pas épouser un Français. Mais il eût été assurément peu rationnel de présumer qu'une femme accepte à l'avance toute nationalité qu'il plaira à son mari d'acquérir pendant le mariage, que par suite elle consent à devenir Française si son mari devient Français. La loi qui lui imposerait la qualité de Française serait tyrannique.

Toutefois la loi facilite en pareil cas à la femme l'acquisition de la nationalité française, parce qu'elle a plus de titre à l'obtenir qu'un étranger ordinaire. Cette nationalité pourra lui être conférée sur sa demande, sans condition de stage, par le décret qui confère la naturalisation à son mari.

La loi fait l'application du même principe aux enfants majeurs de l'étranger naturalisé. La naturalisation de leur père ou de leur mère marié, veuf ou veuve ne leur fait pas nécessairement acquérir la qualité de Français. Mais ils pourront l'obtenir, sans condition de stage, par le décret de naturalisation de leur père ou de leur mère.

En outre, la femme et les enfants majeurs de l'étranger naturalisé, non compris dans le décret de naturalisation, peuvent acquérir individuellement la qualité de Français, en faisant une déclaration dans les termes de l'art. 9, s'ils se trouvent dans les conditions prescrites par cet article, c'est-à-dire s'ils n'ont pas atteint leur vingt-deuxième année.

Sous l'empire de la loi du 26 juin 1889, cette déclaration leur faisait acquérir *de plein droit* la qualité de Français sans que le gouvernement pût y mettre obstacle. En est-il de même depuis la loi du 22 juillet 1893 qui a remanié l'art. 9? En d'autres termes faut-il appliquer ici le nouvel art. 9 qui autorise le gouvernement à écarter par un refus d'enregistrement ceux qui lui paraissent indignes d'acquérir la nationalité française? La question est analogue à celle que nous avons examinée sous l'art. 10 (*supra* n. 135 al. 2) et comporte la même solution.

Quant aux enfants qui étaient mineurs au moment de la naturalisation de leur père ou de leur mère survivante, le législateur de 1889, introduisant dans notre droit un principe tout à fait nouveau, déclare qu'ils acquerront de plein droit la qualité de Français. On a voulu assurer ainsi l'unité de la famille en établissant l'unité de la nationalité. Et toutefois il est loisible à ces enfants de répudier la qualité de Français dans l'année qui suivra leur majorité, en se conformant aux prescriptions de l'art. 8 al. 7. Ils sont Français, sous condition résolutoire.

Tout ce que nous venons de dire résulte des alinéas 2 et 3 du nouvel art. 12, ainsi conçus : « *La femme mariée à un étranger qui se fait naturaliser Français et les enfants majeurs de l'étranger naturalisé pourront, s'ils le demandent, obtenir la qualité de Français, sans condition de stage, soit par le décret qui confère cette qualité au mari ou au père ou à la mère, soit comme conséquence de la déclaration qu'ils feront dans les termes et sous les conditions de l'article 9. — Deviennent Français les enfants mineurs d'un père ou d'une mère survivant qui se font naturaliser Fran-*

» çais, à moins que, dans l'année qui suivra leur majorité, il ne
 » déclinent cette qualité en se conformant aux dispositions de l'arti-
 » cle 8 paragraphe 4 ». Adde nouvel art. 9 al. 8 (*supra* n. 134).

La cour de Nancy vient de juger par arrêt du 25 mars 1890 (S., 92. 2. 286, D., 91. 2. 89) que l'alinéa final de l'art. 12 est applicable aux enfants mineurs de l'étranger qui acquiert la qualité de Français par une naturalisation de faveur, par exemple dans le cas prévu par l'art. 9. La loi dit : les enfants mineurs d'un père ou d'une mère..... qui se font *naturaliser* Français. Or le mot *naturaliser* a un sens assez large pour comprendre non seulement la naturalisation ordinaire, mais encore la naturalisation *de faveur* (le mot est dans l'art. 5 de la loi de 1889). Il y a d'ailleurs même raison de décider. On ne peut se dissimuler cependant que l'art. 17-1^o, en opposant le « Français *naturalisé* à l'étranger » à celui « qui acquiert sur sa demande la nationalité étrangère par l'effet de la loi », semble bien indiquer que le mot *naturaliser*, dans la pensée du législateur, a un sens restreint.

QUATRIÈME CAS, *prévu par l'art. 4 de la loi du 26 juin 1889.*

139. L'art. 4 de la loi du 26 juin 1889 est ainsi conçu : « Les
 » descendants [étrangers d'origine] des familles proscrites lors de
 » la révocation de l'édit de Nantes continueront à bénéficier des
 » dispositions de la loi du 15 décembre 1790, mais à la condition
 » d'un décret spécial pour chaque demandeur. Ce décret ne pro-
 » duira d'effet que pour l'avenir ». La loi des 9, 15 décembre 1790,
 art. 22, permet à tout descendant, étranger d'origine, d'un Français
 expatrié pour cause de religion d'acquérir la qualité de Français,
 sous la seule condition de venir habiter la France et y fixer son
 domicile. La doctrine et la jurisprudence étaient d'accord pour
 reconnaître que cette disposition n'avait pas été abrogée par le
 code civil ni par les lois postérieures; tout récemment, en 1881, le
 bénéfice en avait été appliqué à un de nos hommes de lettres les
 plus célèbres, M. Victor Cherbuliez. L'art. 4 précité confirme légis-
 lativement cette solution. Mais il modifie sur deux points impor-
 tants la loi de 1790. D'abord il ne suffira plus, comme autrefois,
 au postulant de venir habiter la France et d'y fixer son domicile :
 chaque demandeur doit obtenir un décret spécial. Nous n'avons
 donc plus ici un cas de *bienfait de la loi* (*supra* n. 129). Ensuite
 l'acquisition de la qualité de Français n'aura plus lieu avec effet
 rétroactif.

C. *Annexion à la France d'un territoire étranger.*

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

Par *naturels* du pays annexé, il faut entendre les nationaux de ce pays, c'est-à-dire
 ceux qui en sont originaires, ceux qui en ont acquis la nationalité par leur naissance dans

le pays, alors même qu'ils se trouveraient fixés hors dudit pays lors de l'annexion (v. en ce sens Cass., 12 juin 1874, S., 78. 1. 45, D., 75. 1. 333). On assimile aux *naturels* du pays annexé les étrangers naturalisés dans ce pays, c'est-à-dire les étrangers qui en ont acquis la nationalité par la naturalisation après un séjour plus ou moins prolongé, mais non ceux qui, ne s'étant jamais fait naturaliser, résidaient simplement dans le pays ou même y étaient domiciliés (Paris, 25 juillet 1874, S., 75. 2. 225).

141. Quand l'annexion résulte d'un traité, la condition des habitants du pays annexé y est ordinairement réglée par des dispositions particulières. On en voit un exemple dans l'art. 6 du traité conclu le 24 mars 1860, entre la France et la Sardaigne, relativement à la réunion à la France de la Savoie et de l'arrondissement de Nice : « Les sujets sardes originaires de la Savoie et de l'arrondissement de Nice ou domiciliés actuellement dans ces provinces, qui entendent conserver la nationalité sarde, jouiront, pendant l'espace d'un an, à partir de l'échange des ratifications et moyennant une déclaration préalable à l'autorité compétente, de la faculté de transporter leur domicile en Italie et de s'y fixer, auquel cas la qualité de citoyen sarde leur sera maintenue ».

N° 2. Preuve de la qualité de Français.

142. Un Français peut avoir à prouver sa nationalité quand elle est contestée ; comment fera-t-il cette preuve ?

Elle n'offre pas de difficulté pour celui qui a *acquis* la nationalité française. Il existe en pareil cas un fait dont l'existence est facile à démontrer, tel que la naturalisation.

La preuve est facile aussi pour le Français d'origine auquel cette qualité appartient comme étant né en France d'un étranger ou à plus forte raison d'un Français qui lui-même y est né. Il lui suffira d'établir, d'une part, qu'il est né en France postérieurement à la promulgation de la loi du 7 février 1851, qui a introduit dans notre droit cette cause d'acquisition de la qualité de Français, et, d'autre part, que ses père et mère ou l'un d'eux sont nés en France à une époque quelconque.

Mais il n'en est plus ainsi de tout autre Français d'origine. En effet, la légitimité de sa prétention suppose que son père est Français ; il doit donc prouver ce fait en cas de contestation, et cette preuve peut offrir des difficultés insurmontables si le père était lui-même Français d'origine, ainsi que ses auteurs immédiats et ses auteurs médiats depuis un grand nombre de générations. Régulièrement la qualité de Français devrait être établie pour chacun de ses auteurs ; car si un seul d'entre eux a eu la qualité d'étranger, il l'a transmise à ses descendants *in infinitum*. Or on comprend qu'une pareille preuve serait impossible, et il n'a pu être dans les intentions du législateur de l'exiger.

La question se simplifiera si l'un des ancêtres de celui qui se prétend Français d'origine est né en France avant la promulgation du code civil et qu'on soit en mesure de l'établir. En effet, à cette époque, le simple fait de la naissance sur le territoire français était attributif de la nationalité française. Si donc je prouve qu'un de mes ancêtres est né en France avant la promulgation du code civil, j'aurai prouvé par cela même que cet ancêtre était Français, et sa nationalité ayant été transmise à tous ses descendants, successivement, ma qualité de Français sera par là même établie.

Quand la preuve dont il vient d'être parlé ne peut pas être fournie, la jurisprudence admet qu'il suffit à celui qui se prétend Français d'origine de prouver sa qualité de Français et celle de ses auteurs par la *possession d'état* (arg. art. 197, 320, 321). Il démontrera que lui et ses auteurs ont toujours été en possession de l'état, de la qualité de Français, c'est-à-dire : que lui et ses auteurs ont toujours joui de cette qualité ; qu'ils ont été consi-

dérés comme Français dans leur famille et dans le public ; qu'ils se sont comportés comme tels en exerçant les droits et en supportant les charges attachées à ce titre. La preuve de ces faits peut être administrée par témoins.

Les questions de nationalité, comme toutes les questions d'état, sont de la compétence des tribunaux civils.

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

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

N° 1. Condition des étrangers dans notre ancien droit.

144. Dans le dernier état de notre ancienne législation, les étrangers jouissaient en France des droits naturels, mais non des droits civils *stricto sensu* (*supra* n. 108). Par application de ce principe, les étrangers pouvaient être propriétaires en France de biens soit meubles, soit immeubles, contracter, ester en justice (*stare in judicio*), aliéner et acquérir à titre onéreux, et même à titre gratuit, mais seulement par donation entre vifs, tous actes qui étaient considérés comme appartenant au droit des gens (*jus gentium*). Ils ne pouvaient au contraire transmettre ni recevoir des biens situés en France, soit par testament, soit par succession *ab intestat* (1), parce que ces actes étaient considérés comme appartenant au droit civil *stricto sensu* (2). Que devenaient les biens que l'étranger se trouvait ainsi empêché de transmettre ou de recevoir ? Le roi s'en emparait en vertu d'un droit connu sous le nom de droit d'*aubaine*.

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

a. — Incapacité de transmettre. L'étranger était incapable de transmettre, soit par testament, soit par *succession ab intestat*, les biens qui lui appartenait en France. Les biens laissés en France par un étranger décédé ne pouvaient donc passer à ceux au profit desquels il en avait disposé par son testament, ni à ses héritiers légitimes (ses parents les plus proches). Le roi s'en emparait comme nous venons de le dire.

Cette règle souffrait cependant exception lorsque l'étranger laissait un ou plusieurs enfants légitimes et *régnicoles*. « On nomme régnicole, dit Favard de Langlade, celui qui est né sujet du roi et qui est censé avoir son domicile dans le royaume ». Les enfants de l'étranger avaient alors la préférence sur le roi, soit qu'ils fussent appelés à la succession de leur père par le testament de celui-ci, soit qu'ils y fussent appelés en vertu des

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

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

seules dispositions de la loi. Et si l'étranger laissait plusieurs enfants légitimes dont les uns étaient régnicoles et les autres non régnicoles, ceux-ci étaient admis, sous la seule condition qu'ils résidassent en France, à succéder concurremment avec les enfants régnicoles. Le roi n'avait pas d'intérêt à les exclure, puisqu'il se trouvait lui-même exclu par les enfants régnicoles. Pour le même motif, le testament fait par l'étranger laissant des enfants régnicoles, au profit d'autres que ces enfants, recevait son exécution, pourvu, bien entendu, que le légataire fût capable.

En résumé, le roi recueillait, à l'exclusion de tous autres, les biens laissés en France par l'étranger décédé *testat* ou *intestat* sans enfants légitimes et régnicoles. Pourquoi ce droit, qui était une sorte de confiscation, s'appelait-il droit d'*aubaine*? Parce qu'il s'exerçait contre les étrangers ou *aubains*. *Aubain* vient de *alibi natus*. D'après quelques-uns il viendrait d'*Albanus*, habitant d'Albion. Quoi qu'il en soit de l'étymologie, ce qui est certain, c'est le mot *aubain* désignait les étrangers dont on connaissait la patrie. On appelait *épaves* ceux dont la patrie était ignorée.

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

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

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

146. Dès avant 1789 le droit d'*aubaine* avait été aboli par des conventions diplomatiques passées entre la France et un grand nombre d'États étrangers. Toutefois cette abolition n'avait été réalisée que sous la réserve au profit du roi d'un droit dit de *détraction*. Ce droit était d'une certaine fraction (ordinairement un dixième) de ce que le roi pouvait auparavant réclamer à titre de droit d'*aubaine*. Le droit d'*aubaine* avait donc été en réalité restreint plutôt que supprimé.

N° 2. Condition des étrangers dans notre droit intermédiaire.

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

N° 3. Condition des étrangers en France dans notre droit nouveau.

148. Le code civil établit une distinction, inconnue jusqu'alors, entre les étrangers qui ont été admis à fixer leur domicile en France et ceux qui n'ont pas obtenu cette faveur. La première hypothèse est régie par l'art. 13; la deuxième par les art. 11, 14, 15 et 16.

A. Des étrangers admis à fixer leur domicile en France.

149. Aux termes de l'art. 13 al. 1 (rédaction nouvelle de la loi du 26 juin 1889 : « *L'étranger qui aura été autorisé par décret à fixer son domicile en France y jouira de tous les droits civils* »).

L'étranger domicilié en France en vertu d'une autorisation du chef de l'Etat est donc l'objet d'une faveur importante : il jouit en France de tous les droits civils, même des droits civils *stricto sensu* comme le droit d'adopter et d'être adopté. Il cesse aussi d'être soumis aux mesures de défaveur, *privilegia odiosa*, qu'entraîne l'extranéité, telles que l'obligation de fournir la caution dont parle l'art. 16.

Est-ce à dire que l'étranger autorisé par décret à fixer son domicile en France soit absolument de même condition qu'un Français? Non. Sa situation diffère de celle d'un Français à deux points de vue.

1° Il demeure régi par la loi de son pays en ce qui concerne son état et sa capacité ;

2° Il n'a pas la jouissance des droits politiques : le droit d'élection et d'éligibilité lui est donc refusé ; il ne peut aspirer aux fonctions publiques ni être témoin dans un testament (art. 980).

Suivant quelques auteurs, il ne pourrait pas non plus être tuteur en France, ni membre d'un conseil de famille, parce que, dit-on, la capacité requise pour exercer ces fonctions est une dépendance de la capacité politique ; mais ce point est gravement contesté. La cour de cassation admet à être tuteur l'étranger non domicilié en France, à plus forte raison celui qui a été autorisé à y fixer son domicile. Cass., 16 février 1875, S., 75. 1. 193. D., 76. 1. 49. Nous reviendrons du reste sur ce point.

150. L'étranger qui veut obtenir l'autorisation de fixer son domicile en France doit adresser sa demande au ministre de la justice. Il y joint certaines pièces indiquées par l'art. 1 du décret du 13 août 1889. Voyez ce texte. C'est le chef de l'Etat qui statue : il a un pouvoir discrétionnaire pour accorder ou refuser l'autorisation. L'autorisation accordée est révocable, et, quand elle a été révoquée, l'étranger est pour l'avenir dans la même situation que s'il ne l'avait jamais obtenue.

Le bénéfice de l'admission à domicile est exclusivement personnel à l'étranger qui l'a obtenu. Mais rien ne s'oppose à ce qu'il demande et obtienne l'autorisation pour sa femme et ses enfants en même temps que pour lui. Toutefois il faut que la femme et les

enfants majeurs s'associent personnellement à la demande qui aurait été formée en leur nom ou forment eux-mêmes la demande.

151. D'après le code civil, l'étranger conservait indéfiniment le bénéfice de l'autorisation qui lui avait été accordée de fixer son domicile en France, à la seule condition d'y résider. Il n'en est plus ainsi. Le nouvel art. 13 dit dans son alinéa 2 : « *L'effet de l'autorisation cessera à l'expiration de cinq années, si l'étranger ne demande pas la naturalisation, ou si sa demande est rejetée* ». Cette disposition, qui a pour but d'inviter l'étranger à se faire naturaliser, se trouve complétée par une disposition transitoire placée à la fin de la loi du 26 juin 1889 et ainsi conçue : « Toute admission à domicile obtenue antérieurement à la présente loi sera périmée si, dans un délai de cinq années à compter de la promulgation, elle n'a pas été suivie d'une demande en naturalisation, ou si la demande en naturalisation a été rejetée ».

Le dernier alinéa de l'art. 13 porte : « *En cas de décès avant la naturalisation, l'autorisation et le temps de stage qui a suivi profiteront à la femme et aux enfants qui étaient mineurs au moment du décret d'autorisation* ». En effet si l'étranger admis à domicile avait assez vécu pour obtenir la naturalisation, sa femme et ses enfants auraient pu en partager le bénéfice sans être astreints à aucune condition de stage (*supra* n. 138).

151 bis. Un étranger peut-il acquérir un domicile en France sans l'autorisation du gouvernement? Pour la négative on peut dire : Aux termes de l'art. 102, le domicile de tout Français... est au lieu où il a son principal établissement. C'est donner à entendre que les Français peuvent seuls avoir un domicile en France; autrement on aurait dit : le domicile de toute personne... On peut ajouter que le domicile étant le résultat d'une fiction légale (*infra* n. 297) constitue un droit civil *stricto sensu* : c'est dans la loi civile, dans le *jus civile*, qu'il a sa source et non dans la loi naturelle. Un étranger, à moins qu'il ne puise ce droit dans la réciprocité résultant d'un traité, ne saurait donc acquérir un domicile en France qu'en vertu d'une autorisation du gouvernement. L'étranger qui ne peut invoquer ni l'art. 11 ni l'art. 13, peut bien avoir en France une résidence mais non un domicile.

L'affirmative nous paraît préférable. Si l'art. 102 ne parle que des Français, ce n'est pas pour exclure les étrangers du bénéfice de sa disposition, mais uniquement parce qu'il veut établir une opposition entre le domicile civil et le domicile politique (arg. des mots : *quant à l'exercice de ses droits civils*), opposition qui n'est possible que pour les Français. D'autre part, est-il bien vrai que le domicile soit un droit civil *stricto sensu*? N'est-ce pas plutôt un droit naturel consacré par toutes les législations. Alors la réciprocité résultant d'un traité n'est pas nécessaire pour permettre à l'étranger d'acquérir un domicile en France, car les étrangers jouissent en France des droits naturels indépendamment de tout traité. L'autorisation du gouvernement n'est pas nécessaire non plus. L'art. 13 ne dit pas qu'un étranger ne peut acquérir un domicile en France sans l'autorisation du gouvernement; il détermine seulement les effets de cette autorisation quand elle a été accordée. Et même, en disposant que l'étranger autorisé à fixer son domicile en France y jouira de tous les droits civils, il donne à entendre que celui qui l'y aura établi sans autorisation ne jouira pas des droits civils et reconnaît ainsi que l'étranger peut avoir un domicile en France sans autorisation. Enfin la question n'est-elle pas aujourd'hui résolue *in terminis*

par l'art. 4 de la loi du 23 août 1871, qui parle « d'un étranger domicilié en France avec ou sans autorisation ». Bien entendu l'étranger qui a établi son domicile en France sans autorisation n'y jouira pas du bénéfice de l'art. 13 et ne cessera pas d'être soumis aux mesures de défaveur, *privilegia odiosa*, établies contre l'étranger.

Nous n'insistons pas beaucoup, parce que la question présente peu d'intérêt au point de vue pratique. En effet les auteurs qui ne reconnaissent à l'étranger, indépendamment d'un traité ou de l'autorisation du gouvernement, que le droit d'acquérir en France une simple résidence attachent en définitive à cette résidence à peu près tous les effets du domicile, et se trouvent ainsi bien près d'être d'accord avec leurs adversaires qui pensent que l'étranger peut acquérir un véritable domicile sans autorisation. Qu'importe que ce soit résidence ou domicile, si les effets sont les mêmes ? D'un autre côté, les décisions de la jurisprudence, si on les envisage abstraction faite du principe d'où elles dérivent, sont à peu près d'accord avec celles des auteurs. C'est donc uniquement sur le principe que la dissidence existe. Et sur ce point il est assez difficile de dire quelle est l'opinion de la jurisprudence, car les termes des arrêts sont loin d'avoir la précision désirable. Ainsi, dans un arrêt du 7 juillet 1874 (S., 75. 1. 19, D., 75. 1. 271), la cour de cassation, après avoir dit que « l'autorisation du gouvernement ne s'impose pas à l'étranger comme une condition préalable à l'établissement de son *domicile* en France, mais comme un moyen d'assurer les effets de cet établissement relativement aux droits civils dont il veut se procurer la jouissance », ajoute immédiatement : « qu'aucune loi ne s'oppose à ce qu'un étranger, fixé en France sans avoir obtenu cette autorisation, y acquière et y conserve un *domicile de fait* entraînant certaines conséquences, telles que de le soumettre à la juridiction des tribunaux français, et de déterminer la compétence du juge qui devra connaître, après son décès, de la succession qu'il laissera en France ». Dans la première phrase, la cour dit que l'étranger peut acquérir en France sans l'autorisation du gouvernement un *domicile* ; dans la seconde, qu'il peut seulement acquérir un *domicile de fait*, c'est-à-dire probablement une simple *résidence*. Cpr. Cass., 22 juillet 1886, D., 87. 1. 224, S., 87. 1. 69, et Aix, 27 mars 1890, D., 91. 2. 13 ; Aubry et Rau, t. I, p. 576 ; Laurent, t. II, p. 68.

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

151 ter. A quatre points de vue, les étrangers non admis à domicile sont dans un état d'infériorité par rapport aux Français.

151 quater. I. L'étranger non admis à domicile qui veut résider en France doit, sous certaines peines, en faire la déclaration devant le maire de la commune où il entend se fixer, dans les quinze jours de son arrivée. Voyez à ce sujet le décret du 2 octobre 1888, et pour l'Algérie le décret du 21 juin 1890.

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

Ce texte établit, entre la France et les autres nations, au point de vue de leurs sujets, non une réciprocité *de fait*, mais une réciprocité *diplomatique*, c'est-à-dire une réciprocité ayant sa base dans un traité ou convention internationale. En d'autres termes, les droits civils dont un étranger jouit en France ne sont pas tous les droits civils accordés aux Français dans le pays de cet étranger par sa loi nationale, mais seulement ceux dont un Français jouit

dans le pays de cet étranger en vertu d'un traité passé entre ce pays et la France. Comme le dit Demante, l'art. 11 accorde aux étrangers en France « la réciprocité des droits dont jouissent les Français dans leur pays, non en vertu des lois de ce pays, mais en vertu des traités faits avec la nation à laquelle ils appartiennent ».

Le projet de l'art. 11 consacrait un régime basé sur la réciprocité diplomatique et sur la réciprocité de fait tout à la fois. Le texte primitif portait : *par les lois ou traités*. Or, dans la rédaction définitive, on ne trouve plus que les mots *par les traités*. A l'appui de cet amendement, on a fait valoir cette raison, que nous ne serions plus maîtres chez nous, si une nation étrangère pouvait faire acquérir en France à ses sujets la jouissance des droits civils les plus importants, en concédant chez elle ces mêmes droits aux Français par une loi, c'est-à-dire par un acte auquel la France ne participe pas.

153. Quels sont les droits dont un étranger, n'ayant pas en France de domicile autorisé, peut jouir en l'absence de la réciprocité résultant d'un traité? Précisons bien la question. Un étranger réside en France, sans avoir obtenu du chef de l'Etat l'autorisation d'y fixer son domicile; il n'y a pas de traité entre la France et le pays auquel il appartient; de quels droits cet étranger jouira-t-il? Ou bien il y a un traité; en vertu de la réciprocité créée par ce traité, l'étranger jouit en France de tels et tels droits; quelle est sa situation pour les autres droits? Grave est la controverse sur ce point. La loi du 26 juin 1889 sur la nationalité ne l'a pas fait cesser. Elle était résolue par un texte du projet ainsi conçu : « L'étranger jouit en France des droits civils dont il n'est pas privé par une disposition de la loi, et, parmi les droits réservés, il jouit de ceux qui sont reconnus aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartient. » Mais ce texte a été retiré par la commission à la suite des observations faites par M. Sarrien, garde des sceaux. La question a toutefois un intérêt plutôt théorique que pratique; car, au point de vue des résultats, les différences ne sont pas très considérables entre les divers systèmes qui ont été proposés, et dont voici l'analyse sommaire.

Premier système. Les mots *droits civils*, qu'emploie l'art. 11, désignent tous des droits privés, qu'ils aient leur source dans le droit naturel ou dans la loi positive. En l'absence d'un traité, l'étranger ne jouit en France que de ceux de ces droits qui lui ont été expressément ou tacitement concédés par des textes spéciaux.

Si l'on doit juger de la valeur d'un système par les conséquences qu'il engendre, celui-là ne paraîtra guère acceptable. Il conduirait notamment à décider que les étrangers ne peuvent pas, en l'absence d'un traité, devenir propriétaires en France. On proteste, il est vrai, contre cette conséquence. Le droit d'être propriétaire en France est, dit-on, tacitement reconnu à l'étranger par l'art. 3 al. 2. — Sans doute. Mais ce texte a peut-être été écrit en vue des cas où la jouissance du droit en question résulte pour l'étranger d'un traité, et par suite il ne prouve nullement qu'en l'absence d'un traité ces droits doivent appartenir à l'étranger en France.

Deuxième système. Ce système s'accorde avec le précédent sur le sens à donner aux mots *droits civils*. On peut le formuler ainsi : L'étranger, qui n'a pas en France de domicile autorisé, y jouit de tous les droits civils que notre loi ne lui retire pas; quant à ceux qu'un texte de loi lui retire, il n'en peut jouir qu'en vertu d'un traité.

Les considérations qu'on fait valoir à l'appui de cette opinion, qui accorde en principe à l'étranger la jouissance de tous les droits civils, pourraient être bonnes s'il s'agissait de faire la loi, mais elles n'ont presque aucune valeur quand il s'agit de l'interpréter. De plus le système que nous analysons est manifestement contraire au texte de l'art. 11. Il est contraire aussi : 1^o à l'art. 8 qui, en disant que « Tout Français jouira des droits civils », donne à entendre très clairement qu'il en est autrement des étrangers; 2^o à l'art. 13 qui, en accordant la jouissance de tous les droits civils à l'étranger domicilié en France en vertu d'une autorisation, laisse entendre non moins clairement que cette jouissance n'appartient pas à l'étranger non autorisé; 3^o enfin à la rubrique de la section I du chapitre II, d'où il résulte qu'en perdant la qualité de Français, c'est-à-dire en devenant

étranger, on perd la jouissance des droits civils. C'est ce système que consacrait le projet de la loi du 26 juin 1889, cité tout à l'heure.

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

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

Il est bien entendu d'ailleurs que le système qui vient d'être exposé cesse de recevoir son application toutes les fois qu'il existe un texte accordant ou refusant un droit civil aux étrangers indépendamment de tout traité. Ainsi, bien que le droit de devenir concessionnaire d'une mine puisse être considéré comme un droit civil *stricto sensu*, un étranger peut, même en l'absence d'un traité, devenir concessionnaire d'une mine en France, parce qu'il existe un texte qui accorde dans les termes les plus généraux ce droit aux étrangers (loi du 21 avril 1810, art. 13). En sens inverse, un étranger ne jouirait pas en France du bénéfice de cession de biens, alors même qu'un traité assurerait ce bénéfice aux Français dans le pays de l'étranger, parce qu'il y a un texte qui le refuse d'une manière générale aux étrangers, l'art. 905 du code de procédure civile. V. aussi loi du 21 mars 1884 art. 4 al. fin., loi du 30 oct. 1886 art. 4, et *infra* n. 169.

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

154. Passons aux applications dont l'art. 11 interprété d'après ce système est susceptible. Ces applications ne sont pas sans difficulté, à cause de l'absence d'un *criterium* certain permettant de distinguer les droits naturels des droits civils *stricto sensu*. Dans notre droit actuel, on peut citer comme exemples de droits civils *stricto sensu*, dont par conséquent les étrangers non admis à domicile ne pourraient jouir en France qu'en vertu d'un traité, le droit de réclamer la caution *judicatum solvi* (*infra* n. 164), le droit pour une femme mariée de se prévaloir de l'hypothèque légale de l'art. 2121 (Cass., 4 mars 1884, S., 84. 1. 273, D., 84. 1. 205, et Paris, 13 août 1889, D., 90. 2. 161), le droit d'adopter et celui d'être adopté. La plupart des auteurs ajoutent le droit d'être tuteur en France ou membre d'un conseil de famille ; mais c'est fort contestable, car les lois sur la tutelle ont pour fondement l'incapacité du mineur et la protection qui lui est due à raison de cette incapacité, et à ce titre elles paraissent bien appartenir au droit naturel. C'est ce qu'a décidé la cour de cassation dans un arrêt du 16 février 1875, S., 75. 1. 193, D., 76. 1. 49. V. aussi L. 15 juillet 1893, *sur l'assistance médicale gratuite*, art. 1 *in fine*.

* **155.** Deux autres applications très remarquables du principe formulé par l'art. 11 étaient contenues dans les art. 726 et 912 du code civil. Bien que ces textes n'appartiennent plus qu'à l'histoire, il est nécessaire d'en dire quelques mots.

a. — Aux termes de l'art. 726 : « Un étranger n'est admis à succéder aux biens que son parent, étranger ou Français, possède dans le territoire du Royaume, que dans les cas et de la manière dont un Français succède à son parent possédant des biens dans le pays de cet étranger, conformément aux dispositions de l'article 11, au titre de la Jouissance et de la Privation des Droits civils ».

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

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

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

Les art. 726 et 912 ont été abrogés par la loi du 14 juillet 1819 intitulée à tort : *Loi sur l'abolition des droits d'aubaine et de détraction*. La France était alors épuisée d'hommes et d'argent. Elle sentait le besoin de ne pas éloigner d'elle les étrangers et surtout leurs capitaux. Or les étrangers ne se risquaient guère à faire des placements chez nous, sous l'empire d'une législation qui ne leur permettait pas d'espérer qu'après leur mort les biens, par eux acquis en France, passeraient à leurs parents les plus proches, étrangers comme eux. La loi du 14 juillet 1819 a fait disparaître cet obstacle en abrogeant les art. 726 et 912 et en déclarant qu'en conséquence « les étrangers auront le droit de succéder, » de disposer et de recevoir de la même manière que les Français, dans toute l'étendue du » Royaume ».

Pendant que le législateur de 1819 était à l'œuvre, il aurait dû aller jusqu'au bout. Au lieu de supprimer seulement les deux applications les plus importantes de l'art. 11, il aurait dû abolir le principe même que ce texte consacre. Il faut reconnaître d'ailleurs qu'au point de vue pratique, ce résultat n'est pas loin d'être atteint. Le domaine de l'art. 11 se trouvait déjà singulièrement restreint après la loi du 14 juillet 1819. Il a été diminué encore par d'autres lois postérieures. Voyez notamment la loi du 5 juillet 1844 sur les brevets d'invention, art. 27 à 29, et la loi du 23 juin 1857 sur les marques de fabrique, art. 5. Encore quelques efforts de ce genre et rien ne subsistera plus de ce fragile édifice. Il faudra s'en réjouir. L'art. 11 marque en effet dans notre législation une étape rétrograde. Le vrai principe est celui posé par l'assemblée constituante ; il faut y revenir. Les étrangers doivent avoir en France la jouissance de tous les droits civils sans exception. Que sont en effet les droits civils, sinon des droits naturels consacrés par la loi positive, des droits naturels écrits, comme on l'a fort bien dit ? L'expérience a d'ailleurs pleinement confirmé le mot célèbre de Boissy d'Anglas : « Ce qui est juste est aussi utile ». Quand le législateur de 1819 a abrogé les art. 726 et 912, il a accompli une œuvre de justice, et l'expérience a prouvé qu'il avait du même coup réalisé une œuvre utile à la France. Notre pays a eu plus à souffrir qu'à profiter de l'étroit égoïsme qui l'a porté à marchander aux étrangers la jouissance des droits civils. L'ancienne et fausse distinction des droits civils et des droits naturels a fait son temps, et nul ne la regrettera, quand elle aura disparu. La seule distinction rationnelle est celle des droits politiques et des droits civils *lato sensu*. On conçoit que la jouissance des premiers ne soit accordée dans chaque pays qu'aux nationaux. Comme le dit fort bien M. Laurent, « impossible de voter à la fois à Paris et à Londres ; impossible de siéger à la fois au parlement anglais et au sénat français ». On ne peut pas être citoyen de deux cités, parce que la qualité de citoyen d'une cité impose des devoirs particuliers qui peuvent n'être pas compatibles avec ceux dont on serait tenu comme citoyen d'une autre cité. Mais où est l'impossibilité qu'un homme jouisse des droits civils dans tous les pays ? Le législateur d'un pays voisin l'a bien compris. L'art. 3 du nouveau code civil italien du 1^{er} janvier 1866 porte : « L'étranger est admis à jouir des droits civils accordés aux citoyens ».

156. III. L'art. 11 établit, on le voit, une différence importante

entre les Français, et les étrangers qui n'ont pas en France de domicile autorisé : les premiers jouissent de tous les droits civils; les seconds ne peuvent jouir en France des droits civils (entendez des droits civils *stricto sensu*) que par suite d'un traité.

Une nouvelle différence va nous être révélée par les art. 14 et 15.

Quand un Français est tenu d'une obligation envers un étranger, ou en d'autres termes quand un étranger est créancier d'un Français, on applique les règles ordinaires de la compétence pour la détermination du tribunal devant lequel doit être poursuivie l'exécution de l'obligation. Ce sera toujours un tribunal français, ordinairement le tribunal du domicile du Français débiteur, conformément à la règle *Actor sequitur forum rei* (1) (C. pr., art. 59 al. 1). Il en sera ainsi alors même qu'il s'agirait d'une obligation contractée en pays étranger. « Un Français, dit l'art. 15, pourra » être traduit devant un tribunal de France, pour des obligations » par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger ». C'est justice. Comment un Français pourrait-il contester la compétence des juges de son pays, des juges de son domicile, de ses juges naturels?

Si au contraire c'est un Français qui est créancier d'un étranger, celui-ci pourra dans tous les cas, c'est-à-dire soit que l'obligation ait pris naissance en France ou à l'étranger, être traduit devant les tribunaux français pour l'exécution de son obligation. Il sera ainsi détourné du tribunal de son domicile, puisqu'on suppose qu'il n'est pas domicilié en France. C'est ce qui résulte de l'art. 14, ainsi conçu : « L'étranger, même non résidant en France, pourra » être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français; il pourra » être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations » par lui contractées en pays étranger envers des Français ». Cette dérogation aux règles ordinaires de la compétence, dont l'application aurait eu le plus souvent pour résultat d'obliger ici le Français à plaider devant un tribunal étranger, paraît avoir été écrite en vue de procurer au Français créancier d'un étranger une justice plus prompte et moins coûteuse; peut-être aussi a-t-elle été inspirée par un sentiment de défiance envers les tribunaux étrangers, par la crainte que les Français n'en obtinssent pas bonne justice.

D'ailleurs cette circonstance que le Français aurait son domicile en pays étranger

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

n'aurait pas pour résultat de le priver du bénéfice de l'art. 14, pas plus qu'elle ne lui permettrait d'échapper à l'application de l'art. 15. *Lex non distinguit.*

En contractant avec un étranger, un Français peut renoncer au bénéfice de l'art. 14. Il le peut également après coup. La renonciation peut être expresse ou tacite. Il appartient aux tribunaux d'apprécier souverainement les faits et circonstances d'où l'on prétend faire résulter la renonciation tacite. Paris, 9 mars 1887, S., 90. 2. 197, D., 88. 2. 49, et 17 février 1888, D., 90. 2. 5; Cass., 13 mars 1889, S., 89. 1. 200, D., 89. 1. 420, et 25 février 1888, S., 89. 1. 150; Aix, 28 février 1889, D., 90. 2. 59.

* **157.** La compétence exceptionnelle, que l'art. 14 attribue aux tribunaux français, est assez facile à justifier lorsque l'obligation, dont le Français poursuit l'exécution, a été contractée en France. On peut aisément supposer en effet que l'étranger, qui s'est obligé en France, a accepté implicitement la compétence des tribunaux français pour tout ce qui est relatif à l'exécution de l'obligation. Mais cette supposition n'est plus admissible lorsque l'obligation a été contractée en pays étranger. Même dans ce cas cependant, notre article admet la compétence des tribunaux français. Aussi bien n'est-ce pas sans quelques scrupules de conscience que notre législateur a formulé cette décision. Le projet déniait formellement, dans l'hypothèse dont il s'agit, la compétence des tribunaux français; du moins il ne l'admettait que dans le cas où l'étranger était *trouvé en France*, ce qui l'excluait quand il était trouvé en pays étranger: « *Et s'il est trouvé en France*, il pourra être traduit devant les tribunaux de France pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français », disait la rédaction primitive. En vue de rendre les tribunaux français compétents dans tous les cas, on a supprimé dans la rédaction définitive les mots *et s'il est trouvé en France*. Cette suppression, pour le dire en passant, a rendu très vicieuse la rédaction de l'art. 14, qui, ne formulant plus désormais qu'une même règle pour les deux hypothèses régies primitivement par deux règles différentes, aurait dû réunir ces deux hypothèses dans une seule disposition et leur appliquer cumulativement la même solution.

En vue d'éviter les mesures de rétorsion que nous a values l'art. 14 *in fine*, le projet de révision du code de procédure civile déclare que le texte précité ne pourra être opposé qu'aux étrangers dont la législation contient une disposition semblable à l'encontre des Français.

* **158.** L'art. 14 ne dit pas devant quel tribunal français l'étranger devra être traduit. Il faut suppléer à son silence.

Le droit commun devra être appliqué toutes les fois que cela sera possible. Si donc on se trouve dans l'un des cas où la loi établit une attribution spéciale de compétence, il faudra se conformer à ses dispositions. Ainsi l'étranger poursuivi comme membre d'une société dont le siège est établi en France, devra être assigné devant le tribunal du siège de la société, conformément à l'art. 59 al. 5 C. pr. Cass., 4 mars 1885, S., 85. 1. 169, D., 85. 1. 353, et Nîmes, 31 juillet 1885, S., 85. 2. 180. De même l'étranger attaqué, à raison d'une succession ouverte en France, pour l'une des causes indiquées en l'art. 59 al. 6 C. pr., devra être assigné devant le tribunal de l'ouverture de la succession. De même enfin, en matière commerciale, il y aurait lieu d'appliquer l'art. 420 C. pr. Bordeaux, 20 janvier 1891, D., 91. 2. 265. S'il n'y a pas d'attribution spéciale de compétence, le défendeur étranger devra être assigné devant le tribunal de son domicile, s'il en a un en France, et, s'il n'en a pas, devant le tribunal de sa résidence, toujours conformément au droit commun (C. pr., art. 59, al. 1).

En dehors de ces cas, la question devient délicate. La plupart des auteurs appliquent par analogie l'art. 420 C. pr. : ce qui conduit à déclarer compétent, soit le tribunal dans l'arrondissement duquel la promesse a été faite et la marchandise livrée, soit celui dans l'arrondissement duquel le paiement devait être effectué. Dans les cas où l'application de l'art. 420 C. pr. serait impossible, l'obligation ayant été contractée en pays étranger et ne devant pas être exécutée en France dans un lieu déterminé, ce serait le tribunal du domicile du demandeur qui serait compétent, la règle *Actor sequitur forum rei* se trouvant ainsi renversée; et cela parce qu'il a dû être dans le vœu de la loi que l'un des plaideurs

au moins reçût justice en un lieu rapproché de son domicile. — Mais on a remarqué avec raison que l'art. 420 C. pr. n'est obligatoire qu'en matière commerciale, et que l'attribution de compétence au tribunal du domicile du demandeur est complètement arbitraire. En définitive il n'y a pas de loi. Alors pourquoi ne pas décider que le demandeur a le choix du tribunal, sous la seule condition, bien entendu, conformément à la règle *Malitius non est indulgendum*, de ne pas faire un choix qui aurait pour but unique de vexer le défendeur ou de l'exposer à des frais frustratoires ?

* 159. L'art. 14 ne prévoit que le cas où un Français se trouve créancier d'un étranger par suite d'un contrat ; il parle en effet d'obligations *contractées*. Mais c'est vraisemblablement parce que le contrat est la source la plus fréquente des obligations, *lex statuit de eo quod plerumque fit*, et nullement afin de soustraire à l'application de la règle les obligations dont un étranger pourrait se trouver tenu envers un Français en vertu d'une autre cause, par exemple d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit. Où serait d'ailleurs la raison de distinguer ici entre les obligations résultant d'un contrat et celles dérivant d'une autre source ? Caen, 6 juin 1882, S., 84. 2. 138, D., 84. 2. 13 ; Rennes, 21 déc. 1887, S., 88. 2. 25, D., 89. 2. 145 ; Aix, 28 février 1889, D., 90. 2. 59.

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

* 161. La loi ne s'occupe pas du cas où une contestation s'élèverait en France entre deux étrangers. Les tribunaux français seraient-ils compétents pour juger cette contestation ? Nous supposons, bien entendu, d'une part, que le débat s'élève entre étrangers qui n'ont ni l'un ni l'autre en France un domicile autorisé, car autrement la compétence des tribunaux français résulterait de l'art. 13, et, d'autre part, qu'il n'y a pas entre la France et la nation à laquelle les plaideurs appartiennent un traité leur accordant l'accès des tribunaux français.

La jurisprudence établit en principe que les tribunaux français sont incompétents pour le jugement des contestations entre étrangers. Cass., 18 juillet 1892, D., 92. 1. 489, S., 92. 1. 407. Mais à ce principe elle admet un certain nombre d'exceptions, principalement dans les cas suivants :

1° *S'il s'agit d'une affaire commerciale*. « Nul, en tant que commerçant, n'est étranger en France », dit un vieil adage. En ce qui concerne leurs intérêts commerciaux, les commerçants sont considérés comme citoyens de toutes les cités. L'intérêt du commerce exige qu'ils puissent trouver des juges dans tous les pays. Aussi l'art. 631 C. co. détermine-t-il la compétence des tribunaux de commerce en se préoccupant exclusivement de la nature de l'acte ou de la profession des plaideurs, sans distinguer s'ils sont Français ou étrangers, et la cour de cassation, dont on ne peut qu'approuver la jurisprudence sur ce point, décide que ce n'est pas une simple faculté, mais une obligation, pour les tribunaux de commerce français régulièrement saisis, de connaître des affaires commerciales dans lesquelles des étrangers sont intéressés. Cpr. Chambéry, 11 février 1880, S., 81. 2. 237.

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

3° Lorsque le litige donne lieu à l'application de lois *de police et de sûreté françaises* (arg. art. 3 al. 1), ces expressions devant être entendues dans un sens très large et comme comprenant non seulement le cas où il s'agit de la répression de délits ou de quasi-délits commis en France par des étrangers, mais aussi celui où il s'agit d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires urgentes soit relativement aux personnes, soit relativement aux biens. Ainsi, les tribunaux français, incompétents pour statuer sur une demande en divorce ou en séparation de corps entre époux étrangers, n'en seraient pas moins tenus de statuer sur la demande relative à la garde des enfants et à la provision soit alimentaire soit *ad litem*. Paris, 6 juin 1888, D., 90. 2. 333.

4^o Lorsque, dans toute autre hypothèse, le défendeur étranger, traduit devant un tribunal français, néglige d'opposer l'exception d'incompétence in limine litis (Alger, 13 janvier 1892, S., 92. 2. 152), et accepte ainsi tacitement la compétence de ce tribunal. Il y a alors consentement réciproque des parties à être jugées par le tribunal devant lequel elles sont en instance (Alger, 24 juillet 1882, S., 84. 2. 27). Mais, comme les tribunaux français ne sont pas institués pour rendre la justice aux étrangers, le tribunal aurait la faculté de se déclarer incompétent. Ce ne serait pas une obligation pour lui, l'incompétence résultant de l'extranéité n'étant pas une incompétence absolue et d'ordre public. Cass., 4 février 1891, D., 91. 1. 113, S., 91. 1. 449.

Il nous semble qu'il faut partir d'un principe opposé à celui de la jurisprudence : l'extranéité des plaideurs n'est pas une cause d'incompétence des tribunaux français ; aucun texte en effet ne subordonne leur compétence à la condition que les plaideurs ou l'un d'eux soient Français. De là nous concluons que les tribunaux français sont compétents pour juger une contestation entre étrangers dans tous les cas où ils le seraient pour juger la même contestation entre Français et qu'ils ne pourront se déclarer incompétents que dans les cas où ils le pourraient si les plaideurs étaient Français. — On dit que les tribunaux français sont institués pour rendre la justice aux nationaux et non aux étrangers. N'est-il pas plus vrai de dire, comme l'observe M. Laurent, que la mission des tribunaux français consiste à maintenir le bon ordre au sein de la société, en rendant justice aux particuliers pour éviter qu'ils ne soient forcés de se rendre justice eux-mêmes, et qu'à ce point de vue il importe fort peu que les plaideurs soient Français ou étrangers ; que d'ailleurs le droit d'obtenir justice est un droit naturel, dont les étrangers doivent jouir en France comme les Français, même en l'absence d'un traité, et qu'enfin l'opinion contraire peut conduire dans certains cas à cette conséquence qu'un étranger résidant en France se trouverait dans l'impossibilité d'obtenir justice d'aucun tribunal. Qu'on suppose par exemple un étranger créancier d'un individu fixé en France et qui a perdu sa nationalité d'origine sans acquérir la nationalité française. A qui demandera-t-il justice, si le tribunal du domicile ou de la résidence du défendeur peut se déclarer et se déclare incompétent ? D'après notre principe, ce tribunal sera forcé de juger. Cpr. Dijon, 7 avril 1887, S., 88. 2. 93, et Alger, 16 mai 1888, D., 90. 2. 93. Il en sera de même si le défendeur, appartenant à une nation déterminée, réside en France et qu'il ne justifie pas avoir dans son pays un domicile devant le tribunal duquel il puisse être assigné. La jurisprudence se forme dans ce sens. Paris, 18 mai 1892, S., 93. 2. 20.

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

Un étranger veut intenter un procès à un Français ; à cet effet, il le traduit devant le tribunal compétent. Le Français défendeur a le droit de dire à son adversaire : « Fournissez-moi la caution de l'art. 16 ; tant que vous n'aurez pas satisfait à cette obligation, la justice ne vous écoutera pas ». La loi, on le voit, considère ici

l'étranger comme *sujet à caution*. Pourquoi cette mesure de défiance? On craint qu'il ne se joue du Français. Peut-être le procès intenté par l'étranger est-il fort injuste; qui sait même s'il n'agit pas uniquement dans une vue de tracasserie et de vexation? En pareil cas le tribunal ne manquera pas sans doute de *débouter* l'étranger demandeur de sa prétention, c'est-à-dire de le déclarer mal fondé dans sa demande. Il le condamnera en outre à payer tous les frais de l'instance (C. pr., art. 130), par conséquent à rembourser au Français défendeur tous les frais dont il a été obligé de faire l'avance ou du paiement desquels il est responsable. Souvent même le tribunal condamnera par surcroît l'étranger à payer au Français ce que nos anciens appelaient des dommages et intérêts d'*indue vexation*, c'est-à-dire une indemnité pécuniaire destinée à compenser le préjudice que l'étranger a pu causer à l'honneur, au crédit, à la réputation ou même seulement à la tranquillité du Français, en lui intentant un procès injuste. Eh bien! il ne faut pas qu'après avoir mérité et subi ces diverses condamnations, l'étranger puisse les rendre illusoires, ou tout au moins d'une exécution difficile, en quittant la France pour retourner dans son pays. De là l'obligation pour l'étranger demandeur de fournir, si le Français défendeur le requiert, une caution, c'est-à-dire un répondant, pour garantir le paiement des condamnations judiciaires dont nous venons de donner l'énumération. On donne à cette caution le nom de caution *judicatum solvi*, parce qu'elle garantit *quod fuerit judicatum solvi*. C'est une caution légale, car c'est la loi qui permet de l'exiger; elle devrait donc, aux termes de l'art. 2040, satisfaire aux conditions exigées par les art. 2018 et 2019.

En somme, ce que le législateur redoute et ce qu'il a voulu prévenir par la disposition de l'art. 16, ce sont des procès vexatoires intentés par des étrangers à des Français. Or ce danger est à peu près chimérique, et cela explique la tendance qui existe de toutes parts à supprimer l'entrave de la caution *judicatum solvi*.

163. Qui doit fournir la caution *judicatum solvi*. — L'art. 166 C. pr. dit qu'elle est due par TOUT *étranger* DEMANDEUR. Il résulte de cette formule : 1° que la qualité d'un étranger, fût-il ambassadeur ou souverain, ne saurait le soustraire à la nécessité de fournir la caution *judicatum solvi*; 2° que cette caution n'est pas due par l'étranger défendeur. On en a donné ce motif que la défense est de droit naturel et que par suite elle ne doit pas être entravée. Nous répondons : Est-ce que la demande n'est pas aussi de droit naturel? D'autres disent que le défendeur ne doit pas la

caution, parce qu'il est présumé libre de tout engagement tant que le contraire n'est pas prouvé. — La véritable raison ne serait-elle pas qu'on conçoit plus difficilement une défense vexatoire qu'une demande vexatoire? L'institution de la caution *judicatum solvi* n'est pas destinée à créer des entraves aux étrangers qui veulent obtenir justice des tribunaux français, soit en demandant, soit en défendant; elle a surtout pour but d'empêcher les procès vexatoires. Or ce sont les demandeurs, la plupart du temps, et non les défendeurs, qui agissent dans un esprit de vexation.

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

Le défendeur, qui veut requérir la caution *judicatum solvi*, doit le faire par une requête d'avoué à avoué, à laquelle il est répondu dans la même forme (Tarif du code de procédure civile, art. 75). Tant que l'étranger n'a pas fourni la caution requise par le défendeur, celui-ci n'est pas obligé de répondre à la demande. Et c'est pour cela que le code de procédure nous présente le refus de fournir caution comme constituant une exception au profit du défendeur. Cette exception doit être proposée avant toute autre, et à plus forte raison avant toute défense au fond (C. pr., art. 166); autrement elle est considérée comme couverte, c'est-à-dire que le défendeur est censé avoir renoncé au droit de l'opposer.

164. A qui est due la caution *judicatum solvi*. Il est sans difficulté que le défendeur français peut la requérir. Le défendeur étranger a-t-il le même droit? Oui certainement, s'il possède en France un domicile autorisé (arg. art. 13). Oui encore, si, n'ayant pas en France de domicile autorisé, il peut puiser ce droit dans un traité (arg. art. 11). En dehors de ces deux cas, il paraît difficile de lui reconnaître le droit de requérir la caution; car c'est bien là, ce semble, un droit civil *stricto sensu*, dont l'étranger par suite ne peut jouir qu'en vertu de la réciprocité résultant d'un traité (art. 11).

165. Ce que garantit la caution *judicatum solvi*. — Elle garantit l'exécution des condamnations judiciaires qui pourront être prononcées au profit du Français, c'est-à-dire : 1° le paiement des dommages et intérêts d'*indue vexation*; 2° le paiement des frais auxquels l'étranger pourra être condamné et dont le défendeur se serait trouvé forcé de faire l'avance ou du paiement desquels il est responsable.

166. Dispense de la caution. — Dans trois cas l'étranger demandeur n'est pas tenu de fournir la caution *judicatum solvi* :

1° *S'il a en France un domicile autorisé* (arg. art. 13);

2° *S'il existe un traité dispensant les Français de fournir caution dans le pays auquel appartient l'étranger* (arg. art. 11);

3° *En matière commerciale* (art. 16). Exception fondée sur ce triple motif que les commerçants sont considérés comme citoyens de toutes les cités, que les affaires commerciales requièrent célérité,

enfin et surtout que les frais auxquels ces affaires donnent lieu sont minimes.

Mais la caution serait due en toute autre matière (art. 16). Par conséquent non seulement en matière civile, mais aussi en matière administrative. Ajoutons et en matière criminelle, au cas où un étranger se porte partie civile contre un Français.

167. Des garanties qui peuvent remplacer la caution *judicatum solvi*. — Le cautionnement prescrit par l'art. 16 peut être remplacé par des garanties équivalentes. On doit considérer comme telles : 1° un gage en nantissement suffisant (art. 2041); 2° la consignation d'une somme égale à celle jusqu'à concurrence de laquelle le tribunal a ordonné que la caution serait fournie (C. pr., art. 167); 3° la justification faite par l'étranger qu'il possède en France des immeubles d'une valeur suffisante pour répondre du paiement de cette somme (C. civ., art. 16, et C. pr., art. 167).

Quoi qu'on en ait dit, l'étranger n'est pas obligé de constituer une hypothèque sur ses immeubles; la loi ne l'exige pas. Toutefois le tribunal pourrait, en fait, considérer les immeubles que l'étranger possède en France comme n'ayant une « valeur suffisante » qu'autant qu'il consentirait à les grever d'une hypothèque au profit du Français.

168. Telles sont les différences que notre chapitre signale entre les Français, et les étrangers qui n'ont pas en France un domicile autorisé.

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

1° Tous les étrangers *sans distinction* sont régis en France par leur statut personnel; en d'autres termes leur état et leur capacité sont régis par la loi de leur pays. Tous également ont en France la jouissance des droits naturels et des droits qu'un texte spécial accorde aux étrangers en général (ex. L. 23 juin 1857 art. 5). Tous en troisième lieu sont privés de la jouissance des droits politiques. Quatrièmement tout étranger peut être expulsé par mesure de police. L. 3 déc. 1849, art 7 et 8. Enfin nul étranger, même admis à domicile, ne peut jouir en France des droits qu'un texte retire aux étrangers en général, par exemple du bénéfice de cession de biens (C. pr., art. 905. Cpr. t. II, n. 1076), ni de ceux dont la loi subordonne la jouissance à la condition que l'on soit Français, comme le droit de remplir certaines fonctions publiques, d'enseigner dans une école d'enseignement primaire (L. 30 octobre 1886 art. 4. V. cep. l'al. 2 de l'article), d'être témoin dans un testament (art. 980) ou dans un acte notarié (L. 25 ventôse an XI, art. 9). V. aussi L. 21 mars 1884 art. 4 al. fin.

2° Les étrangers *qui ont en France un domicile autorisé* y jouissent en principe de tous les droits civils (art. 13) à l'exception de ceux qu'un texte spécial leur refuse. De plus ils ne sont pas soumis aux mesures de défaveur connues sous le nom *privilegia odiosa*, notamment à l'obligation de fournir la caution *judicatum solvi*.

3° Les étrangers *qui n'ont pas en France un domicile autorisé* n'ont pas en principe la jouissance des droits civils *stricto sensu*; de plus ils sont soumis aux *privilegia odiosa*. Ils ne peuvent acquérir la jouissance des droits civils ou cesser d'être soumis aux *privilegia odiosa* qu'en vertu de la réciprocité dérivant d'un traité (art. 11). Enfin l'étranger non admis à domicile est soumis aux prescriptions du décret du 2 octobre 1888, relatives à la déclaration du lieu de sa résidence en France.

CHAPITRE II

DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS

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

SECTION PREMIÈRE

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

171. Les art. 17 à 21 qui régissent cette matière ont été profondément modifiés par la loi du 26 juin 1889 sur la nationalité.

172. La jouissance des droits civils étant attachée à la qualité de Français (art. 8 al. 1), il est naturel que la perte de cette qualité entraîne la privation des droits civils. C'est ce que donne à entendre la rubrique de notre section.

Reste à savoir quelles sont les causes qui entraînent la perte de la qualité de Français. Dans notre droit actuel, la perte de la nationalité n'est jamais prononcée à titre de peine (v. cep. *infra* n. 188); elle est ordinairement le résultat d'une abdication volontaire ou présumée telle, et suppose chez celui qui la subit la capacité requise pour une semblable abdication. Le code civil (textes nouveaux de la loi du 26 juin 1889) indique cinq causes qui entraînent la perte de la nationalité française, savoir : 1° L'acqui-

sition volontaire la qualité d'étranger; 2° La répudiation de la qualité de Français, dans les cas où la loi l'autorise; 3° Le fait d'avoir conservé des fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger, malgré l'injonction du gouvernement français de les résigner dans un délai déterminé; 4° Le fait d'avoir pris du service militaire à l'étranger sans l'autorisation du gouvernement français (ces quatre premières causes sont indiquées par le nouvel art. 17); 5° Le mariage d'une Française avec un étranger (art. 19). A cette énumération il y a lieu d'ajouter; 6° Le démembrement d'une portion du territoire français; 7° La possession ou le trafic des esclaves même en pays étranger. Etudions successivement ces diverses causes.

173. I. Le nouvel art. 17 dit dans sa première partie : « *Perdent la qualité de Français : — 1° Le Français naturalisé à l'étranger ou celui qui acquiert sur sa demande la nationalité étrangère par l'effet de la loi* ». Le Français qui sollicite et acquiert volontairement une nationalité étrangère renonce implicitement à la nationalité française : nul ne peut servir deux patries à la fois. Il en serait autrement du Français auquel une nationalité étrangère aurait été conférée sans qu'il l'eût sollicitée, fût-ce à la suite d'un fait volontairement accompli par lui. Ainsi le Français qui fonde en Espagne un établissement commercial ne perd pas la qualité de Français, bien qu'à raison de ce seul fait la loi espagnole le déclare naturel espagnol. Il en est de même du Français qui va s'établir en Amérique : l'attribution forcée qui lui est faite de la nationalité américaine ne lui fait pas perdre la qualité de Français.

A plus forte raison, faut-il décider que le Français, qui a seulement fixé son domicile dans un pays étranger en vertu d'une autorisation accordée par le souverain de ce pays, y eût-il acquis la jouissance des droits civils, ne perd pas sa qualité de Français. Ainsi le Français, qui a obtenu en Angleterre ce qu'on appelle la *dénization*, ne perd pas sa nationalité. Le *denizen* en effet n'a pas la qualité de naturel anglais; il est seulement autorisé à fixer son domicile en Angleterre et à y jouir de certains droits civils ou politiques qui sont refusés aux étrangers en général. La *dénization* n'est donc pas une naturalisation.

174. L'art. 17-1° ajoute : « *S'il [le Français naturalisé en pays étranger] est encore soumis aux obligations du service militaire pour l'armée active, la naturalisation à l'étranger ne lui fera perdre la qualité de Français que si elle a été autorisée par le Gouvernement français* ». Cette disposition permet d'atteindre le Français qui, pour se soustraire au service militaire en France, passerait la frontière et se ferait naturaliser en pays étranger sans autorisation du gouvernement. En effet, s'il rentre en France, il y

subira les conséquences pénales de la loi militaire française, puisqu'il n'a pas perdu la qualité de Français.

Dans tous les cas autres que celui prévu par l'art. 17-1^o, un Français peut, sans l'autorisation du gouvernement, abdiquer sa qualité de Français en se faisant naturaliser étranger. Et cette abdication n'entraîne pour lui aucune déchéance. Il ne peut plus être question de lui appliquer celle résultant des art. 6 et 7 du décret du 26 août 1811 (déchéance du droit de succéder en France), ce décret étant abrogé par la loi nouvelle (art. 6, *infra* n. 190 *ter*).

En vertu du principe que les effets de la naturalisation sont individuels, il faut décider que la naturalisation acquise par un Français en pays étranger n'entraîne pas la dénationalisation de sa femme et de ses enfants.

175. II. Perd en second lieu la qualité de Français : « *Le Français qui a décliné la nationalité française dans les cas prévus au paragraphe 4 de l'article 8 et aux articles 12 et 18* » (nouvel art. 17-2^o). L'individu auquel cette disposition s'applique a deux nationalités, la nationalité française, que notre loi lui attribue, et une autre nationalité qui lui est attribuée par une loi étrangère. S'il opte pour la nationalité étrangère, dans l'année qui suit sa majorité, ainsi que notre loi le lui permet, il perd nécessairement la nationalité française et les droits qui y sont attachés.

176. III. L'art. 17-3^o fait perdre sa nationalité au « *Français qui, ayant accepté des fonctions publiques conférées par un Gouvernement étranger, les conserve nonobstant l'injonction du Gouvernement français de les résigner dans un délai déterminé* ». D'après le code civil (ancien art. 17-2^o), le simple fait d'avoir accepté sans autorisation du gouvernement français des fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger entraînait la perte de la qualité de Français. Moins rigoureux, le législateur de 1889 n'attache la perte de la qualité de Français qu'au refus d'obtempérer à l'injonction du gouvernement français de résigner la fonction dans un délai déterminé. Cela suffit pour que le gouvernement ne soit pas désarmé. Il usera du recours à l'injonction dont parle notre texte dans les cas assez rares où, en exerçant la fonction qu'il a acceptée en pays étranger, le Français causerait préjudice aux intérêts de sa patrie.

A un autre point de vue encore, le législateur de 1889 s'est montré moins rigoureux que le législateur du code civil. L'établissement en pays étranger sans esprit de retour n'entraîne plus la perte de la qualité de Français. Cela résulte invinciblement de la comparaison de l'ancien art. 17 avec le nouveau. La disposition, a dit le rapporteur, M. Dubost, était d'une application difficile; elle ne pouvait avoir pour résultat que d'augmenter le nombre des indusdivi sans patrie.

177. Le Français, qui a perdu sa qualité par l'une des trois causes que nous venons d'étudier, peut la recouvrer en vertu d'une naturalisation privilégiée dont le nouvel art. 18 indique les conditions en ces termes : « *Le Français qui a perdu sa qualité de Français peut la recouvrer pourvu qu'il réside en France, en obtenant sa réintégration par décret* ». Il faut donc que l'ex-Français rentre en France, s'il a quitté le pays, et qu'il sollicite et obtienne du gouvernement un décret de réintégration. L'article ajoute : « *La qualité de Français pourra être accordée par le même décret à la femme et aux enfants majeurs s'ils en font la demande. Les enfants mineurs du père ou de la mère réintégrés deviennent Français, à moins que, dans l'année qui suivra leur majorité, ils ne déclinent cette qualité, en se conformant aux dispositions de l'article 8, paragraphe 4* ». Cpr. art. 12, *supra* n. 138.

A raison de la généralité de ses termes, l'art. 18 nous paraît applicable au Français qui a perdu sa qualité par suite d'une annexion. En fait c'est le parti qu'a pris le gouvernement français, après quelques hésitations, relativement aux Alsaciens-Lorrains devenus allemands faute d'option dans les délais.

178. IV. Perd la qualité de Français... « *4° Le Français, qui, sans autorisation du Gouvernement, prend du service militaire à l'étranger, sans préjudice des lois pénales contre le Français qui se soustrait aux obligations de la loi militaire* » (nouvel art. 17-4°).

La loi se montre sévère pour le Français qui a perdu sa qualité par la cause que nous examinons. En effet le nouvel art. 21 dispose : « *Le Français qui, sans autorisation du Gouvernement, prendrait du service militaire à l'étranger, ne pourra rentrer en France qu'en vertu d'une permission accordée par décret, et recouvrer la qualité de Français qu'en remplissant les conditions imposées en France à l'étranger pour obtenir la naturalisation ordinaire* ».

Doit être considéré comme ayant pris du service militaire à l'étranger et comme tombant par suite sous le coup des textes précités non seulement le Français qui a contracté un engagement sans autorisation du gouvernement dans une armée étrangère, mais aussi celui qui, porté sur les listes du recrutement du pays où il réside, a satisfait à la loi militaire de ce pays sans exciper de son extranéité. En acceptant volontairement du service militaire à l'étranger, ce qui l'exposait à combattre contre la France, il a abdiqué sa patrie. Ce motif même indique qu'il faut, pour que les dispositions des art. 17-4° et 21 soient applicables, que le Français ait été incorporé dans une armée régulière, c'est-à-dire dans une armée soumise à l'autorité du gouvernement légal du pays et destinée à combattre les ennemis du dehors (Cass., 30 avril 1890, D., 92. 1. 363, et Chambéry, 28 juin 1892, S., 93. 2. 65), et que cette incorporation soit volontaire (tribun. de Lunéville, 28 mai 1889, *Rev. pr. de dr. intern. privé*, 1890-1891. 1. 41; trib. d'Orléansville, 20 mars 1887, *Gaz. du palais*, 87. 2. 78).

179. V. Aux termes du nouvel art. 19 *in principio* : « *La femme française qui épouse un étranger suit la condition de son mari* ». C'est la contre-partie de l'art. 12 al. 1, d'après lequel « *L'étrangère*

» *qui aura épousé un Français suivra la condition de son mari* ». De deux êtres le mariage n'en fait qu'un. Il est donc naturel d'établir entre les deux époux l'unité de nationalité. C'est cette pensée qui a dicté les deux textes que nous venons de reproduire. Dans l'un et l'autre cas on fait prévaloir la nationalité du mari sur celle de la femme, en vertu du principe qui accorde la prééminence à l'époux sur l'épouse.

180. La femme française qui épouse un étranger perd sa qualité de Française alors même qu'elle serait mineure. La loi ne distingue pas.

181. Le législateur de 1889 formule sans aucune restriction le principe que l'étrangère qui épouse un Français devient Française elle-même (art. 12 al. 1). Ce principe reçoit donc son application même lorsque, d'après la loi de son pays, la femme conserve sa nationalité après son mariage. La femme aura dans ce cas deux nationalités. Française en France, elle sera considérée dans son pays comme ayant encore son ancienne nationalité.

Il n'en est pas de même du principe consacré par l'art. 19 première partie, d'après lequel *La femme française qui épouse un étranger suit la condition de son mari*. Ce principe ne reçoit son application qu'autant qu'il ne se trouve pas en contradiction avec la loi du pays auquel le mari appartient. Et en effet il est au-dessus du pouvoir du législateur français de conférer à une Française la nationalité de l'étranger qu'elle épouse, si la loi nationale de cet étranger s'y oppose. Tout ce que peut faire en pareil cas le législateur français, c'est de décider que la femme perdra sa qualité de Française. Mais pourquoi donc faire subir à la femme cette déchéance imméritée, qui aura pour résultat de la priver de toute nationalité? On n'en verrait pas le motif. Aussi le nouvel art. 19, modifiant sur ce point la disposition de l'ancien, décide-t-il que, dans cette hypothèse, la femme restera Française : « *à moins, dit* » le nouveau texte, *que son mariage ne lui confère pas la nationalité de son mari, auquel cas elle reste Française* ».

182. Une femme française épouse un Français; son mari perd sa qualité de Français pendant le mariage, par exemple en se faisant naturaliser étranger. La femme perdra-t-elle du même coup sa qualité de Française? Non. L'art. 19 ne dit pas que la femme doive nécessairement avoir la même nationalité que son mari, d'où il résulterait que, toutes les fois que le mari change de nationalité, la femme en change avec lui; il dit seulement que la femme française qui épouse un étranger suivra la condition de son mari. Or ici la femme n'a pas épousé un étranger, elle a épousé un Français; on est donc en dehors du texte de l'art. 19. On est aussi en dehors de son esprit. La femme donnant sa personne à son mari, à tel point qu'elle devient en quelque sorte une partie de lui-même, il est assez rationnel de supposer que, lorsqu'elle épouse un étranger, elle accepte implicitement la nationalité qui appartient à son mari lors du mariage. En la lui donnant on ne blesse donc

pas le principe que l'acquisition d'une nouvelle nationalité implique le consentement de celui qui l'acquiert. Mais on ne peut pas supposer, parce que cette supposition serait déraisonnable, que la femme entende accepter à l'avance, et les yeux fermés en quelque sorte, toute nationalité nouvelle qu'il plaira à son mari d'acquérir pendant le cours du mariage.

183. Le mariage d'une Française avec un étranger demeure sans influence sur la nationalité des enfants que cette femme aurait eus d'un précédent mariage.

184. La femme française, qui a perdu sa qualité pour s'être mariée avec un étranger, peut facilement recouvrer cette qualité après la dissolution de son mariage. La loi lui offre à cet effet le bénéfice d'une naturalisation de faveur, dont le nouvel art. 19 al. 1 *in fine* indique les conditions en ces termes : « *Si son mariage est dissous par la mort du mari ou le divorce, elle recouvre la qualité de Française, avec l'autorisation du Gouvernement, pourvu qu'elle réside en France ou qu'elle y rentre, en déclarant qu'elle veut s'y fixer* ». Ainsi, à la seule condition de résider en France ou d'y rentrer en déclarant qu'elle veut s'y fixer, la femme *veuve* ou *divorcée* peut obtenir du gouvernement sa réintégration par décret dans la qualité de Française. La même faveur ne pourrait pas être accordée à la femme tant que son mariage dure, fût-elle séparée de corps, et à ce point de vue elle est traitée plus rigoureusement qu'une ex-Française ordinaire (art. 18).

185. Quel sera le sort des enfants mineurs de la femme veuve ou divorcée qui se fait réintégrer dans la qualité de Française que son mariage lui avait fait perdre ? Quelquefois, ces enfants seront Français de naissance. C'est ce qui arrivera s'ils sont nés en France et leur mère également (*supra* n. 121). S'ils sont étrangers, la loi leur offre, comme à leur mère, le bénéfice d'une naturalisation de faveur : l'unité de nationalité favorise l'unité de la famille. Il en est ainsi du moins dans le cas où le mariage s'est dissous par la mort du mari, car, s'il s'est dissous par le divorce, il est naturel que les enfants conservent la nationalité de leur père, sauf à user du bénéfice de l'art. 10. Le nouvel art. 19 al. final dit à ce sujet : « *Dans le cas où le mariage est dissous par la mort du mari, la qualité de Français peut être accordée par le même décret de réintégration aux enfants mineurs sur la demande de la mère, ou par un décret ultérieur, si la demande en est faite par le tuteur avec l'approbation du conseil de famille* ». Ainsi, la femme veuve, qui veut faire acquérir à ses enfants mineurs la nationalité qu'elle recouvre pour elle-même, formera une demande tant en son nom qu'au nom desdits enfants, et un même décret pourra donner satis-

faction à cette double demande. Et si la femme a seulement demandé et obtenu sa réintégration, la qualité de Français pourra être conférée aux enfants par un décret ultérieur, sur la demande du tuteur autorisé par un conseil de famille. Notre texte ne réserve pas aux enfants qui acquièrent ainsi la nationalité française le droit de la répudier à leur majorité.

La disposition que nous venons d'analyser, il est impossible de ne pas le reconnaître, est en contradiction formelle avec celles de l'art. 12 al. 3 et de l'art. 18. C'est en vertu d'une naturalisation que la veuve recouvre la qualité de Française, que son mariage lui avait fait perdre. Pour être une naturalisation de faveur, ce n'en est pas moins une naturalisation. Or, aux termes de l'art. 12 al. 3 : « Deviennent Français [de plein droit] les enfants mineurs d'un père ou d'une mère survivant qui se font naturaliser Français... », sauf à répudier cette qualité dans l'année qui suit leur majorité. Comment cette disposition ne serait-elle pas applicable aux enfants mineurs de la femme veuve qui obtient le bénéfice de la naturalisation de faveur de l'art. 19 al. 2? Serait-ce parce que leur mère a eu autrefois la qualité de Française? Mais c'est là pour eux un titre de plus à devenir Français. Et d'ailleurs, l'art. 18 *in fine* ne dispose-t-il pas : « Les enfants mineurs du père ou de la mère réintégrés deviennent Français, à moins que, dans l'année qui suivra leur majorité, ils ne déclinent cette qualité en se conformant aux dispositions de l'art. 8 § 4 ».

La contradiction que nous venons de relever a été signalée au sénat par M. Léon Clément, dans le cours de la discussion à laquelle a donné lieu l'art. 12. Le rapporteur a déclaré qu'il se réservait d'examiner la question lorsqu'on serait arrivé à l'art. 19. Malheureusement le rapporteur a oublié sa promesse et la contradiction est restée.

Maintenant, faut-il sacrifier l'art. 19 al. 2 à l'art. 12 al. 3, ce qui revient à dire que l'art. 19 al. 2 doit être considéré comme n'existant pas? Nous n'oserions pas proposer cette solution, parce qu'elle est contraire à une de nos règles d'interprétation les plus sûres, la règle *Specialia generalibus derogant*. L'art. 12 al. 3 est une règle générale, l'art. 19 al. 2, une règle spéciale. Celle-ci déroge à la règle générale, et il faut l'appliquer, bien que la dérogation paraisse ne pouvoir se justifier par aucune bonne raison. Il n'appartient pas à l'interprète de réparer les bévues commises par le législateur.

Quant aux enfants majeurs de la femme veuve qui se fait réintégrer dans sa qualité de Française, l'art. 19 al. 2 paraît bien impliquer qu'ils ne peuvent pas acquérir la qualité de Français en vertu du décret de réintégration obtenu par leur mère, puisqu'il n'accorde ce droit qu'aux enfants mineurs. Alors ils pourront seulement invoquer le bénéfice de l'art. 10.

186. Un Français peut-il perdre sa nationalité par une abdication expresse? Il semble bien, au premier abord, que l'affirmative doive être admise. Dans tous les cas prévus par les articles de notre section, la perte de la qualité de Français est le résultat d'une abdication tacite; or l'abdication expresse semble devoir produire un effet au moins aussi puissant. — Telle paraît bien en effet avoir été la première pensée du législateur : le projet faisait figurer l'abdication expresse parmi les causes qui entraînent la perte de la qualité de Français. Mais au conseil d'Etat on se ravisa, et l'abdication expresse disparut de la rédaction définitive de la loi. D'où il résulte d'une manière indubitable qu'elle n'entraîne pas la perte de la qualité de Français. En amendant la loi sur ce point, nous croyons qu'on l'a améliorée. En effet, si, à première vue, l'abdication expresse de la qualité de Français apparaît comme plus significative que l'abdication tacite, un examen approfondi conduit à reconnaître qu'elle l'est beaucoup moins. Les faits ont ici plus d'éloquence que les paroles : l'abdication expresse peut être le résultat d'un mouvement irrésistible, tandis que les faits d'où la loi induit l'abdication tacite supposent une volonté fermement arrêtée chez leur auteur. Il fallait d'ailleurs éviter que des Français, qui se proposent de rester en France et d'y jouir de tous les avantages attachés à la qualité de Français, fussent tentés d'abdiquer cette qualité pour se soustraire aux charges qu'elle entraîne.

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

C'est la contre-partie de ce qui a été dit au n. 140 relativement à l'annexion d'un territoire étranger à la France. Dans les deux cas les naturels suivent le sort du sol; ils changent de nationalité comme lui.

Quand le démembrement résulte d'un traité, la condition des naturels du pays démembré est ordinairement réglée par des clauses particulières. C'est ce qui a été fait par le traité franco-allemand du 18 mai 1871, dont l'art. 2 est ainsi conçu : « Les sujets français originaires des territoires cédés, domiciliés actuellement sur ce territoire, qui voudront conserver la nationalité française, jouiront jusqu'au 1^{er} octobre 1871 (1), et moyennant déclaration préalable faite à l'autorité compétente, de la faculté de transporter leur domicile en France et de s'y fixer, sans que ce droit puisse être altéré par les lois sur le service militaire, auquel cas la qualité de citoyen français leur sera maintenue... »

Trois conditions étaient donc nécessaires pour que les habitants des territoires cédés devinssent allemands : 1^o qu'ils fussent originaires de ces territoires; 2^o qu'ils y fussent domiciliés actuellement; 3^o qu'ils n'eussent pas opté dans le délai légal pour la nationalité française. Malgré ce texte si clair, l'Allemagne éleva la prétention de considérer comme allemands tous ceux qui étaient simplement originaires des provinces cédées sans y être domiciliés, à moins qu'ils n'eussent opté dans le délai légal pour la nationalité française. En outre elle annonça, quelques jours avant l'expiration du délai accordé pour l'option, l'intention de considérer comme allemands tous ceux qui, étant simplement domiciliés dans les provinces cédées sans en être originaires, n'auraient pas opté pour la nationalité française dans le délai légal. Beaucoup furent ainsi surpris et ne mirent pas à profit le délai accordé pour l'option. Allemands en Allemagne, ils sont considérés comme Français en France.

Les Alsaciens-Lorrains qui ont usé régulièrement du droit d'option sont censés n'avoir jamais cessé d'être Français; les autres sont devenus allemands à partir du 2 mars 1871, époque fixée par le traité pour le changement de souveraineté.

L'option faite par le père est demeurée sans influence sur la nationalité de ses enfants (*supra* n. 127). Mais le père a pu valablement, en qualité de représentant légal de ses enfants mineurs, opter pour ceux-ci, surtout si, étant en très bas âge, il leur était impossible d'user personnellement du droit d'option. Autrement toute une catégorie d'Alsaciens-Lorrains auraient été privés de la faculté de devenir Français en usant du droit d'option, ce qui est manifestement contraire à l'esprit du traité. Cpr. Paris, 13 août 1883, S., 85. 2. 89, D., 84. 2. 105.

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

C'est ce qui résulte de l'art. 8 du décret du 27 avril 1848, ainsi conçu : « A l'avenir, même en pays étranger, il est interdit à tout Français de posséder, d'acheter ou de vendre des esclaves, et de participer soit directement soit indirectement à tout trafic ou exploitation de ce genre. Toute infraction à ces dispositions entraînera la perte de la qualité de

(1) Ce délai a été prorogé jusqu'au 1^{er} octobre 1873 par l'article 1^{er} d'une convention additionnelle du 11 décembre 1871, ratifiée par l'assemblée nationale le 9 janvier 1872, pour les sujets originaires des territoires cédés qui résidaient hors d'Europe.

citoyen français. Néanmoins les Français, qui se trouvent atteints par ces prohibitions au moment de la promulgation du présent décret, auront un délai de trois ans pour s'y conformer. — Ceux qui deviendraient possesseurs d'esclaves en pays étranger par héritage, don ou mariage, devront, sous la même peine, les affranchir ou les aliéner dans le même délai à partir du jour où leur possession aura commencé ».

La loi du 11 février 1851 porta à dix ans le délai fixé à trois années par la disposition législative qui vient d'être rapportée, et, à l'expiration de ce délai, fut rendue, à la date du 28 mai 1858, une loi ainsi conçue : « ARTICLE UNIQUE. Le paragraphe 2 de l'art. 8 du décret du 27 avril 1848 est modifié ainsi qu'il suit : Le présent article n'est pas applicable aux propriétaires d'esclaves dont la possession est antérieure au 27 avril 1848, ou résulterait soit de succession, soit de donations entre vifs ou testamentaires, soit de conventions matrimoniales ». Il y avait, paraît-il, vingt mille Français qui aimaient mieux perdre leur qualité de Français que leurs esclaves ! Il a fallu, pour la leur conserver, leur permettre de conserver leurs esclaves.

Dans la deuxième délibération sur le projet qui a abouti à la loi du 26 juin 1889, le sénat avait voté l'abrogation du décret du 27 avril 1848. La chambre des députés a refusé de s'associer à cette manière de voir, et en définitive le décret et les lois qui le complètent sont encore debout, dans toutes celles de leurs dispositions qui ne sont pas contraires à la nouvelle loi sur la nationalité. Mais cette législation ne pourra donner lieu désormais qu'à des applications de plus en plus rares. Elle ne constitue guère qu'une menace ; on l'a laissée subsister pour l'honneur d'un principe.

189. Telles sont les causes qui font perdre la qualité de Français. Dans quelques cas, on l'a vu, la loi autorise l'ex-Français à recouvrer sa qualité au moyen d'une naturalisation privilégiée. La recouvre-t-il alors avec effet rétroactif ? Non. Il ne la recouvre que pour l'avenir, mais non dans le passé. A plus forte raison en est-il ainsi de celui qui *acquiert* la qualité de Français sans l'avoir possédée autrefois. Tout cela résulte du nouvel art. 20 ainsi conçu : « *Les individus qui acquerront la qualité de Français dans les cas prévus par les articles 9, 10, 18 et 19, ne pourront s'en prévaloir que pour les droits ouverts à leur profit depuis cette époque* ».

Dire que celui qui acquiert ou recouvre la qualité de Français ne peut s'en prévaloir que pour les droits ouverts à son profit depuis cette époque, c'est exprimer très nettement qu'il ne peut pas s'en prévaloir pour les droits ouverts auparavant, et on n'en voit pas d'autre raison que celle-ci : c'est qu'il acquiert ou recouvre sa qualité pour l'avenir, mais non dans le passé. La loi considère celui qui acquiert la nationalité française comme ayant toujours été étranger auparavant, et celui qui recouvre cette même nationalité, comme étant resté étranger dans l'intervalle écoulé entre la perte et le recouvrement de sa qualité de Français ; elle suppose ainsi le principe de non-rétroactivité sans le formuler en termes exprès.

La consécration du principe de non-rétroactivité étant certaine dans l'espèce, il appartient à l'interprète d'en déduire toutes les conséquences. D'après cette donnée, il faut décider que si l'ex-Français, qui a recouvré sa nationalité, ne peut pas se prévaloir rétroactivement de sa qualité de Français pour l'exercice de droits dont son extranéité lui a fait perdre le bénéfice, on ne peut pas, en sens inverse, s'en prévaloir contre lui pour le priver des droits qu'il a acquis à la faveur de son extranéité. Cette solution est tout à la fois légale et juste.

* **190.** L'ancien art. 20 du code civil disposait : « Les individus qui recouvreront la qualité de Français, dans les cas prévus par les articles 10, 18 et 19, ne pourront s'en

» prévaloir qu'après avoir rempli les conditions qui leur sont imposées par ces articles, » et seulement pour l'exercice des droits ouverts à leur profit depuis cette époque ». Ce texte ne renvoyant pas à l'art. 9 (ancien), la question s'était élevée de savoir si l'étranger qui acquérait la nationalité française en vertu du bénéfice de cet article l'acquerrait avec effet rétroactif. L'affirmative avait été admise, à tort selon nous, par la jurisprudence. V. la 3^e édition du *Précis de droit civil*, t. I, n. 190. Que décider aujourd'hui ?

La disposition de l'ancien art. 9 a été dédoublée. D'après le nouvel art. 8 al. 7, l'étranger né en France devient Français de plein droit, s'il est domicilié en France à l'époque de sa majorité, sauf à répudier dans l'année sa qualité de Français. Quant à l'étranger né en France, qui n'est pas domicilié dans notre pays à l'époque de sa majorité, la nationalité française ne lui est pas attribuée de plein droit, il peut seulement l'acquérir jusqu'à l'âge de vingt-deux ans au moyen d'une naturalisation de faveur (nouvel art. 9). Dans ce cas il est certain que la nationalité française est acquise sans effet rétroactif (nouvel art. 20). En est-il de même dans l'autre, dans celui prévu par l'art. 8 al. 7 ? La négative semble bien résulter par argument *a contrario* du nouvel art. 20 qui ne vise pas l'art. 8. D'autant plus que si la rétroactivité n'a pas lieu dans ce cas, elle n'aura lieu dans aucun, et alors on se demande pourquoi l'art. 20 n'aurait pas été rédigé ainsi : L'acquisition ou le recouvrement de la qualité de Français a toujours lieu sans effet rétroactif.

La question de savoir si la qualité de Français est acquise ou recouvrée avec effet rétroactif offrait un très grand intérêt à l'époque où les étrangers étaient incapables de succéder en France. Elle présentait aussi quelques applications pratiques en ce qui concerne le divorce, à l'époque où il était proscrit par notre loi. A présent que le divorce est rétabli (loi du 27 juillet 1884) et que les étrangers ont le droit de succéder en France comme les Français (loi du 14 juillet 1819), la question a perdu presque tout son intérêt pratique.

190 bis. Coup d'œil rétrospectif sur la législation relative à la nationalité. — Dans notre ancien droit, on considérait comme Français d'origine : 1^o l'enfant né de parents français, même en pays étranger. Il en fut ainsi du moins à partir du XVIII^e siècle, car auparavant tout individu né hors du territoire français, même de parents français, était considéré comme étranger ; 2^o l'enfant né en France, même de parents étrangers. L'origine, indépendamment du lieu de la naissance, *jus sanguinis*, et le lieu de la naissance indépendamment de l'origine, *jus soli*, étaient donc également attributifs de la nationalité française.

Maintenu par la constitution de 1791 (tit. II, art. 9), ce système fut également consacré par le projet de code civil. Le conseil d'Etat y donna son adhésion. Mais il fut vivement critiqué par le tribunat, en tant qu'il attribuait la qualité de Français à l'individu né en France de parents étrangers. N'est-ce pas prodiguer la qualité de Français, disait le tribunat ? Quel dévouement la France peut-elle attendre de celui que le hasard peut-être a fait naître sur la terre française, surtout si, peu de temps après sa naissance, il a été ramené dans le pays auquel il appartient par son origine ? L'observation porta ses fruits. On abandonna le principe du *jus soli* pour se rattacher au principe du *jus sanguinis*. En d'autres termes, d'après le système admis par le code civil, la qualité de

Français se transmet par le sang. L'enfant d'un Français naît Français quel que soit le lieu de sa naissance (anc. art. 10). Au contraire, l'enfant issu de parents étrangers naît étranger, même quand il a vu le jour sur la terre française (anc. art. 9). Et toutefois, comme ce dernier peut avoir un certain attachement pour la France, à raison de la loi de nature qui rattache l'homme au pays qui l'a vu naître, le code civil lui offrait le bénéfice d'une naturalisation privilégiée. On l'admettait à réclamer la qualité de Français dans l'année qui suivait sa majorité, et même à tout âge, s'il avait payé l'impôt du sang en France (loi du 22 mars 1849), sous la seule condition, s'il résidait en France, de déclarer que son intention était d'y fixer son domicile, et, s'il résidait en pays étranger, de faire sa soumission de fixer son domicile en France et de l'y établir dans l'année à compter de l'acte de soumission (anc. art. 9). L'étranger devenait alors Français de plein droit; l'agrément du gouvernement n'était pas nécessaire comme pour la naturalisation ordinaire. La qualité de Français pouvait ainsi être acquise par des étrangers qui n'étaient pas dignes de cette faveur.

Le système admis par le code civil présentait un inconvénient plus grave encore. De nombreux étrangers nés en France négligeaient volontairement de profiter de la naturalisation privilégiée qui leur était offerte, tout en continuant de résider en France. Ils bénéficiaient ainsi de la plupart des avantages accordés aux Français, sans supporter les charges qui en sont la contre-partie et notamment celle du service militaire, la plus lourde de toutes. De là une inégalité choquante entre ces étrangers et les Français. L'abus était criant surtout, en tant qu'il profitait à des étrangers dont les parents étaient établis en France depuis plusieurs générations et qui étaient ainsi devenus Français par les mœurs et les habitudes.

La loi du 7 février 1851, complétée plus tard par les lois des 14 février 1882 et 28 juin 1883, crut obvier à ce mal en attribuant de plein droit la qualité de Français à l'individu né en France d'un étranger qui lui-même y était né. Mais elle accordait à cet individu la faculté de revendiquer la qualité d'étranger dans l'année suivant sa majorité. La plupart usèrent de cette faculté, comme il était facile de le prévoir, afin d'échapper à l'obligation du service militaire en France, et la loi fut ainsi rendue illusoire. Elle contenait en elle-même le germe de sa ruine.

Inutilement, pour remédier à ce mal, la loi du 16 décembre 1874 décida-t-elle que l'étranger né en France d'un étranger qui lui-

même y était né ne pourrait utilement, lors de sa majorité, répudier la qualité de Français qu'à la condition de justifier par une attestation en due forme de son gouvernement, qu'il avait conservé sa nationalité d'origine. Dans la pratique on se procurait facilement de semblables certificats sans appartenir à aucune nation déterminée, et on échappait partout à l'obligation du service militaire.

Voilà pourquoi la loi du 26 juin 1889 *sur la nationalité* supprima la faculté d'option accordée par la loi de 1831 et réglementée par celle de 1874, rendant ainsi irrévocablement Français l'enfant né en France d'un étranger qui lui-même y est né. Mais ce régime fut de courte durée. De nombreuses réclamations adressées au gouvernement français ont amené la loi du 22 juillet 1893 qui restitue la faculté d'option à l'enfant né en France d'une étrangère qui elle-même y est née, laissant soumis au droit antérieur l'enfant issu d'un père étranger.

La loi précitée de 1889 fait à l'individu né en France de parents étrangers qui eux-mêmes n'y sont pas nés, une situation analogue à celle que les lois des 7 février 1851 et 16 décembre 1874 faisaient à l'individu né en France d'un étranger qui lui-même y était né. Aujourd'hui cet individu naît étranger; mais il est déclaré Français par cela seul qu'il est domicilié en France lors de sa majorité, sauf la faculté qui lui appartient de réclamer sa nationalité d'origine dans l'année qui suit sa majorité telle qu'elle est réglée par la loi française. C'est un pas nouveau dans la voie du retour au *jus soli*.

En somme, la loi de 1889 *sur la nationalité* s'est proposé pour but d'augmenter la population de la France, qui ne croît pas aussi vite que celle des autres pays. Pour en arriver là, elle a d'abord donné au principe du *jus soli* plus de portée que ne l'avait fait le code civil, sans toutefois l'adopter complètement comme le projet de ce code. La France s'est assimilé ainsi un très grand nombre d'individus qui, de père en fils, séjournèrent sur son territoire et jouissaient, à la faveur de leur qualité d'étrangers, de tous les bienfaits de notre civilisation sans en supporter les charges (*heimatlosen*). Ensuite la loi nouvelle a rendu la naturalisation plus facile en diminuant la durée du stage. En troisième lieu, elle a établi de nombreux cas de naturalisation privilégiée : au profit de l'enfant né en France d'un étranger qui lui-même n'y est pas né; au profit de l'étranger qui a épousé une Française; au profit de la femme et des enfants de l'étranger naturalisé Français; au profit du Français qui a perdu sa qualité, de sa femme et de ses enfants; au

profit de la femme qui a perdu sa qualité de Française pour s'être mariée avec un étranger, lorsque son mariage est dissous par le divorce ou par la mort de son mari, et aussi au profit de ses enfants mineurs, mais seulement alors dans le cas de mort du mari. Enfin la nouvelle loi diminue le nombre des causes qui font perdre la qualité de Français.

190 *ter.* Pour en finir avec la loi sur la nationalité, il ne nous reste plus qu'à donner le texte des articles 2, 5 et 6 de la loi du 26 juin 1889, ainsi conçus :

ART. 2. — *La présente loi est applicable à l'Algérie et aux colonies de la Guadeloupe, de la Martinique et de la Réunion. — Continueront toutefois de recevoir leur application, le sénatus-consulte du 14 juillet 1865 et les autres dispositions spéciales à la naturalisation en Algérie.*

ART. 5. — *Pour l'exécution de la présente loi, un règlement d'administration publique déterminera : 1° les conditions auxquelles ses dispositions seront applicables aux colonies autres que celles dont il est parlé à l'article 2 ci-dessus, ainsi que les formes à suivre pour la naturalisation dans les colonies; 2° les formalités à remplir et les justifications à faire relativement à la naturalisation ordinaire et à la naturalisation de faveur, dans les cas prévus par les art. 9 et 10 du code civil, ainsi qu'à la renonciation à la qualité de Français, dans les cas prévus par les articles 8 paragraphe 4, 12 et 18.*

Le décret annoncé par cette disposition a été rendu à la date du 26 juin 1889. V. aussi la circulaire ministérielle du 23 août 1889.

ART. 6. — *Sont abrogés les décrets des 6 avril 1809 et 26 août 1811; les lois des 22 mars 1849, 7 février 1851, 29 juin 1867, 16 décembre 1874, 14 février 1882, 28 juin 1883, et toutes les dispositions contraires à la présente loi.*

A mentionner ici l'art. 11 de la loi militaire du 15 juillet 1889, postérieure en date de trois semaines à la loi sur la nationalité, qui présente comme existant encore la loi du 16 décembre 1874, abrogée par notre article.

Appendice. — De ceux qui ont deux nationalités et de ceux qui n'en ont aucune.

191. En principe on ne peut avoir deux nationalités, deux patries, pas plus qu'on ne peut avoir deux mères. En fait cependant le contraire a lieu quelquefois par suite du conflit de deux législations différentes. Ainsi l'enfant, né en Angleterre de parents français, est Anglais d'après la loi anglaise, qui attribue la qualité d'Anglais à tout individu né en Angleterre; ce même enfant est Français d'après la loi française (art. 10 al. 1); il a donc deux nationalités.

Ce conflit peut donner lieu à des situations singulières. Celui qui se trouve avoir ainsi deux nationalités peut être astreint au service militaire dans deux pays à la fois. En outre il a nécessairement deux statuts personnels, qui pourront lui être appliqués à tour de rôle dans chacun des deux pays dont il a la nationalité, aussi souvent qu'il quittera l'un pour aller dans l'autre. Cet état de choses durera tant que durera sa cause, c'est-à-dire jusqu'à ce que l'intéressé ait définitivement opté pour l'une des deux nationalités : ce qu'il peut faire expressément ou tacitement, et à une époque quelconque, puisque la loi n'a rien réglé à cet égard, pourvu qu'il soit capable d'après les règles du droit commun.

En revanche, il y a des individus qui n'ont pas de nationalité, qui sont étrangers partout, *nullius civitatis cives*. Ainsi un Français prend du service militaire à l'étranger sans l'autorisation du gouvernement français. Il a perdu sa qualité de Français (nouvel art. 17-4°), et il se peut qu'il n'ait pas acquis la nationalité du pays au profit duquel il a engagé ses services, auquel cas il sera sans patrie, sans nationalité.

Quelle est la situation de ceux qui, n'ayant pas de patrie, résident en France sans être autorisés à y fixer leur domicile? D'abord ils n'ont pas de statut personnel. Comme il faut bien cependant que leur état et leur capacité soient régis par une loi quelconque, on décide

qu'ils sont soumis sur ce point à la loi du pays où ils se trouvent. Ils changeront donc de lois personnelles toutes les fois qu'ils changeront de pays. Ensuite les individus sans nationalité ne peuvent avoir en France la jouissance des droits civils auxquels s'applique l'art. 11 ; car le texte de cet article suppose un étranger ayant une nationalité, puisqu'il parle de traités intervenus entre la France « et la nation à laquelle l'étranger appartiendra ». Il ne suffit pas de n'être pas Français pour pouvoir invoquer l'art. 11, il faut appartenir à une nation déterminée et à une nation ayant des traités avec la France.

SECTION II

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

Première partie. Généralités.

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

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

On distingue trois espèces d'infractions, suivant leur gravité : les contraventions, les délits et les crimes.

L'art. 1 du code pénal dit en substance : *L'infraction que les lois punissent de peines de police est une CONTRAVENTION. — L'infraction que les lois punissent de peines correctionnelles est un DÉLIT. — L'infraction que les lois punissent d'une peine criminelle est un CRIME.*

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

A. Les peines *de simple police* sont, d'après l'art. 464 du code pénal : 1° *L'amende* (de un à quinze francs) ; 2° *L'emprisonnement* (de un à cinq jours) ; 3° *La confiscation spéciale* ou confiscation de certains objets saisis.

B. Les peines *correctionnelles*, énumérées par l'art. 9 C. pén., sont : 1° *L'amende* (de plus de quinze francs) ; 2° *L'emprisonnement* (de six jours à cinq ans) ; 3° *L'interdiction de certains droits*

(1) Cette matière appartenant au droit criminel plus qu'au droit civil, nous la traiterons très succinctement.

civiques, civils ou de famille, que nous appellerons plus brièvement *interdiction civique*.

Il faut ajouter à cette liste la *confiscation spéciale*.

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

a. — Les peines *afflictives et infamantes* sont (C. pén., art. 7) : 1° La *mort*; 2° Les *travaux forcés à perpétuité*; 3° La *déportation*, dont il existe deux variétés : la *déportation simple* et la *déportation dans une enceinte fortifiée*; toutes les deux sont perpétuelles; 4° Les *travaux forcés à temps* (minimum cinq ans, maximum vingt ans); 5° La *détention* (de cinq à vingt ans); 6° La *réclusion* (de cinq à dix ans).

b. — Les peines *infamantes* sont (C. pén., art. 8) : 1° Le *bannissement* (de cinq à dix ans); 2° La *dégradation civique*.

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

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

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

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

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

§ I. Peines de simple police.

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

§ II. Peines correctionnelles.

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

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

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

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

§ III. Peines criminelles.

197. La condamnation à une peine criminelle porte toujours atteinte aux droits civils du condamné.

Tantôt cette atteinte est le résultat direct et exclusif de la con-

damnation, qui a pour but unique de priver le condamné de ses droits civils ; on dit alors que la privation des droits civils est prononcée comme *peine principale*.

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

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

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

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

On voit que la dégradation civique prive celui qui en est frappé de tous ses droits politiques et de quelques-uns de ses droits de famille. Ce n'est pas seulement l'exercice de ces droits qui est retiré au condamné, mais aussi la jouissance. D'ailleurs on ne comprendrait guère qu'il pût en perdre l'exercice sans en perdre en même temps la jouissance ; car il s'agit de droits qui ne peuvent pas être exercés par l'intermédiaire d'un représentant légal,

de droits par conséquent qui sont complètement perdus pour le titulaire quand l'exercice lui en est retiré, puisqu'ils ne sont alors susceptibles d'être exercés ni par lui ni pour lui.

A la différence de l'interdiction civique, la dégradation civique n'est pas susceptible de plus ou de moins dans son application. Le juge qui prononce cette peine, ne peut pas la mitiger, en déclarant que le condamné sera privé de quelques-uns seulement des droits énumérés par l'art. 34 du code pénal. La dégradation civique constitue donc une peine *indivisible*.

On peut voir dans les art. 111, 114, 127 et 130 du code pénal des exemples de cas dans lesquels la dégradation civique est prononcée comme peine principale. Nous allons retrouver à l'instant la dégradation civique comme peine accessoire.

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

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

I. Peines criminelles temporaires.

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

A. Dégradation civique.

201. Aux termes de l'art. 28 1^{re} partie du code pénal : « La condamnation à la peine des travaux forcés à temps, de la détention, de la réclusion ou du bannissement, emportera la dégradation civique ». La dégradation civique est donc l'accessoire obligé de toute condamnation à une peine criminelle temporaire; elle est sous-entendue par la loi dans la condamnation.

A partir de quel moment la dégradation civique, accessoire d'une peine criminelle temporaire, est-elle encourue ? L'art. 28, 2^e partie, du code pénal répond : « *La dégradation civique sera encourue du jour où la condamnation sera devenue irrévocable [si elle est contradictoire], et en cas de condamnation par contumace, du jour de l'exécution par effigie* ». Notre article distingue donc, pour déterminer le point de départ de la dégradation civique, si la condamnation d'où elle résulte accessoirement est contradictoire ou par contumace.

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

Cela posé, notre article dit que si la condamnation est *contradictoire*, la dégradation civique sera encourue à dater du jour où cette condamnation sera devenue irrévocable, c'est-à-dire à compter du jour où le pourvoi en cassation formé par le condamné aura été rejeté, et, s'il ne s'est pas pourvu en cassation, à dater de l'expiration du délai de trois jours qui lui était accordé pour se pourvoir. Si au contraire, la condamnation est *par contumace*, la dégradation civique sera encourue du jour de l'*exécution par effigie*. Autrefois l'exécution par effigie consistait dans l'exposition publique d'un tableau représentant la personne du contumax (*effigies*), et au bas duquel était transcrit le jugement de condamnation. Ce n'était guère qu'un moyen, assez grossier d'ailleurs, de rendre public le jugement de condamnation. L'art. 472 C. I. cr. y a substitué un mode de publicité plus sérieux et plus en harmonie avec nos mœurs (voyez cet article). Bien qu'on n'y voie plus figurer l'effigie du contumax, le mot *exécution par effigie* est resté dans nos lois.

Les effets de la dégradation civique, encourue comme peine accessoire, sont les mêmes que ceux de la dégradation civique prononcée comme peine principale (*supra* n. 198). Sa durée est indéfinie. Elle continue à frapper le coupable, même après qu'il a subi sa peine. Elle survit aussi à la grâce et à la prescription de la peine. Seules la réhabilitation et l'amnistie peuvent y mettre fin.

B. Interdiction légale.

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

La dégradation civique fait perdre au condamné la jouissance de certains droits, de ceux qui sont énumérés par l'art. 34 du code pénal (*supra* n. 198) ; il conserve la jouissance de tous les autres, mais l'interdiction légale lui en enlève l'exercice. On peut donc dire que l'interdiction légale fait perdre au condamné à une peine criminelle temporaire — sauf le bannissement (1) — l'exercice des droits dont la dégradation civique ne lui enlève pas la jouissance. L'interdiction légale est encourue de plein droit, *ipso jure*,

(1) Le bannissement, qui consiste en droit dans un simple exil, n'enlève pas en fait au condamné l'administration de sa fortune et par suite ne nécessite pas l'établissement d'une tutelle.

à dater du jour où la condamnation, de laquelle elle résulte virtuellement, est devenue irrévocable. Sa durée est la même que celle de la peine; elle prend donc fin de plein droit par tout événement qui met fin à la peine, non seulement par suite lorsque le condamné a subi sa peine, mais aussi lorsqu'il en est libéré par la prescription ou par la grâce ou à plus forte raison par l'amnistie.

203. Suivant l'opinion qui a prévalu, l'interdiction légale n'est pas attachée aux condamnations par contumace. C'est du moins ce que l'on peut induire de l'art. 29 du code pénal, d'après lequel le condamné est en état d'interdiction légale *pendant la durée de sa peine*. Ces expressions témoignent que la loi a en vue un condamné subissant sa peine; sa disposition ne doit donc pas être appliquée au contumax, qui ne la subit pas; car en matière pénale l'interprétation restrictive doit toujours être admise. L'interdiction légale est attachée à la peine plutôt qu'à la condamnation; par suite, de même qu'elle cesse nécessairement avec la peine, elle ne peut commencer qu'avec elle.

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

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

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

205. Mais il y a des droits dont l'exercice et la jouissance paraissent inséparables, en ce sens qu'ils ne sont pas susceptibles d'être exercés par un représentant légal du titulaire. On

(1) Cass., 27 février 1823, S., 84. 1. 65, D., 81. 1. 113.

admet généralement que l'interdiction légale n'enlève pas au condamné l'exercice de ces droits; car, lui en retirer l'exercice, ce serait par le fait lui en retirer la jouissance, puisque le droit ne pourrait être exercé ni par lui ni pour lui, ce qui équivaudrait à la privation complète du droit. Par application de ce principe, l'interdit légalement peut :

1° *Reconnaître un enfant naturel*;

2° *Contracter mariage* (avec l'agrément de l'administration bien entendu) et consentir au mariage de ses enfants;

3° *Disposer par testament*. Cela paraît difficile à contester depuis la loi du 31 mai 1854. En effet l'art. 2 de ladite loi déclare que les condamnés à des peines afflictives perpétuelles sont en état d'interdiction légale, et l'article suivant ajoute qu'ils ne peuvent pas disposer par testament. C'est donc alors que l'interdiction légale ne rend pas celui qu'elle frappe incapable de tester; autrement l'art. 3 contiendrait une disposition surrogatoire! En ce sens, Cass., 27 février 1883, S., 84. 1. 65, D., 83. 1. 113.

Tous autres actes passés par la personne légalement interdite sont *nuls de droit* (arg. art. 502). *Nuls de droit*, c'est-à-dire qu'il suffira aux ayant droit de démontrer que ces actes ont été accomplis sous le coup de l'interdiction légale, pour que la justice soit tenue d'en prononcer la nullité. V. *infra* n. 1179.

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

206. Les rigueurs de l'interdiction légale peuvent être adoucies par le gouvernement en faveur des condamnés aux travaux forcés à temps, qui subissent leur peine hors du territoire continental de la France. L'art. 12 de la loi du 30 mai 1854 permet en effet au gouvernement d'accorder aux condamnés, dans le lieu d'exécution de la peine, l'exercice de tout ou partie des droits civils dont ils sont privés par leur état d'interdiction légale, et même de les autoriser à jouir de tout ou partie de leurs biens. Voyez le texte pour les détails.

II. *Peines criminelles perpétuelles.*

207. Les peines criminelles *perpétuelles*, ainsi appelées parce qu'elles n'ont pas d'autre limite que la vie même du condamné, sont : 1° la mort; 2° les travaux forcés à perpétuité; 3° la déportation soit simple, soit dans une enceinte fortifiée.

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

208. Toutes ces condamnations entraînaient autrefois la mort civile, la condamnation à mort, en vertu de l'art. 23 du code civil, les condamnations aux travaux forcés à perpétuité et à la déportation, en vertu de l'art. 18 du code pénal.

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

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

Voici maintenant les effets de la mort civile. Ils sont indiqués par l'art. 25 du code civil.

1° La mort civile donnait ouverture à la succession du condamné. A ce point de vue elle produisait même un effet plus puissant que la mort naturelle, car le testament du mort civilement restait sans exécution, à la différence du testament de celui qui est mort naturellement. « *Par la mort civile, le condamné perd la propriété de tous les biens qu'il possédait : sa succession est ouverte au profit de ses héritiers, auxquels ses biens sont dévolus, de la même manière que s'il était mort naturellement et sans testament* » (art. 25 al. 1).

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

3° « *Il ne peut ni disposer de ses biens, en tout ou en partie, soit par donation entre vifs, soit par testament, ni recevoir à ce titre,*

» *si ce n'est pour cause d'aliments* » (art. 25 al. 3). Cette disposition se trouve reproduite complètement dans l'art. 3 al. 1 de la loi du 31 mai 1854.

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

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

Telle était la situation du mort civilement ! Et encore l'art. 25 ne contient pas la liste complète des incapacités dont il était frappé. C'est ainsi notamment que le mort civilement était privé de ses droits politiques.

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

La mort civile n'appartient plus aujourd'hui qu'à l'histoire. L'art. 1 de la loi du 31 mai 1854 porte : « La mort civile est abolie ».

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

209. La mort civile étant abolie, quelle va être désormais, au point de vue des droits civils, la situation des condamnés à une peine criminelle perpétuelle ? On ne pouvait évidemment faire cette situation meilleure que celle des condamnés à une peine criminelle temporaire. Il convenait même de la rendre pire, parce que la condamnation à une peine criminelle perpétuelle suppose chez le

coupable une perversité plus grande. C'est ce qu'a fait la loi du 31 mai 1854.

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

1. *Etat du condamné à une peine criminelle perpétuelle.*

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

On admet à peu près unanimement que la condamnation par contumace à une peine afflictive perpétuelle n'entraîne pas l'interdiction légale. Sans compter les motifs exposés plus haut en ce qui concerne la condamnation par contumace à une peine criminelle temporaire (*supra* n. 203), cette solution peut se justifier par les travaux préparatoires de la loi, qui sont formels dans ce sens.

211. Outre la dégradation civique et l'interdiction légale, le condamné à une peine afflictive perpétuelle encourt certaines incapacités particulières. Elles sont énumérées par l'art. 3 al. 1 et 2 de la loi du 31 mai 1854 : « *Le condamné à une peine afflictive perpétuelle ne peut disposer de ses biens, en tout ou en partie, soit par donation entre vifs, soit par testament, ni recevoir à ce titre, si ce n'est pour cause d'aliments. — Tout testament par lui fait antérieurement à sa condamnation contradictoire, devenue définitive, est nul* ».

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

Ce n'est pas seulement l'exercice de ces différents droits que la loi retire au condamné ; elle lui en retire aussi la jouissance. Cela résulte d'abord du texte, qui paraît bien priver le condamné du droit lui-même de disposer et de recevoir à titre gratuit (1) ; puis des travaux préparatoires de la loi, qui sont formels en ce sens ; enfin de cette considération que, si notre texte retirait seulement au condamné l'exercice des droits dont il s'agit, sa disposition serait inutile, puisque l'article précédent lui a déjà retiré cet exercice en le frappant d'interdiction légale.

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

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

212. 1^o Incapacité de disposer à titre gratuit. Le condamné à une peine afflictive perpétuelle est privé du droit de *disposer de ses biens en tout ou en partie, soit par donation entre vifs, soit par testament*, c'est-à-dire qu'il est complètement privé du droit de disposer à titre gratuit, la donation entre vifs et le testament étant les seuls modes de disposition à titre gratuit qui existent dans notre droit. On a craint sans doute que le coupable ne fit des libéralités à ses complices, ou à quelqu'un qui aurait facilité son évasion.

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

213. La loi ne se borne pas à priver le condamné à une peine afflictive perpétuelle du droit de disposer à titre gratuit. Elle annule le testament qu'il aurait fait antérieurement à sa condamnation contradictoire devenue définitive. A partir du jour où il a été irrévocablement frappé, le condamné devient donc incapable, non seulement de *disposer*, mais aussi de *transmettre* par testament. Sa condamnation le rend incapable d'avoir une volonté testamentaire, c'est-à-dire de faire des dispositions par testament, ou de maintenir celles qu'il a faites. Mais la loi n'annule pas les donations entre vifs qui auraient été faites par le condamné antérieurement à sa condamnation contradictoire devenue définitive. Elles seront donc maintenues : ce qui est de toute justice; car la donation entre vifs, aussitôt qu'elle est parfaite, confère un droit acquis au donataire, à la différence du testament qui ne donne qu'une simple espérance jusqu'au décès du testateur.

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

214. 2^o Incapacité de recevoir à titre gratuit. Le condamné à une peine afflictive perpétuelle est privé du droit de recevoir soit par donation entre vifs, soit par testament, c'est-à-dire à titre gratuit. La loi ne veut pas qu'il puisse se procurer, par le moyen de libéralités qui lui seraient faites, des ressources qu'il emploierait sans doute à augmenter son bien-être ou à corrompre ses gardiens.

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

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

Il est sans difficulté qu'on devrait maintenir les donations, faites au condamné, qui ont acquis leur perfection antérieurement à sa condamnation contradictoire devenue définitive. Elles lui ont conféré un droit acquis.

215. La loi excepte de la règle, qui interdit au condamné à une peine afflictive perpétuelle de recevoir à titre gratuit, les donations faites *pour cause d'aliments*. L'exception ne recevra guère son application pendant la durée de la peine, car alors le condamné n'a pas besoin d'aliments; l'administration lui fournit le nécessaire. Une libéralité ne pourrait avoir pour but que d'améliorer son régime, et c'est justement ce que la loi veut empêcher. La disposition exceptionnelle qui nous occupe présente surtout de l'utilité pour le condamné qui a prescrit sa peine ou obtenu sa grâce. Il est alors *solutus a pœna*, mais il reste encore soumis aux incapacités de disposer et de recevoir à titre gratuit, édictées par l'art. 3 (*infra* n. 218). Grâce à notre disposition, il pourra recevoir les libéralités qui ont un caractère alimentaire.

216. Il faut se garder d'étendre les incapacités édictées par l'art. 3. *Pœnalia non sunt extendenda*. La loi ne frappe le condamné à une peine afflictive perpétuelle que de l'incapacité de disposer et de recevoir par donation entre vifs ou par testament; il demeure donc capable de transmettre ou de recevoir par succession *ab intestat*. En d'autres termes, il peut être héritier et avoir des héritiers. Bien entendu ses héritiers ne pourront s'emparer de ses biens qu'après son décès; car sa succession n'est pas ouverte avant cette époque, contrairement à ce qui avait lieu avant l'abolition de la mort civile.

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

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

Si la condamnation est contradictoire, ces incapacités sont encourues à dater du jour où la condamnation est devenue irrévocable.

Si au contraire la condamnation est par contumace, elles ne

sont encourues que cinq ans après l'exécution par effigie. « *Le présent article n'est applicable au condamné par contumace que cinq ans après l'exécution par effigie* », dit l'art. 3 al. final. La raison en est que la condamnation par contumace inspire toujours une certaine défiance. Après tout, l'accusé a été condamné sans avoir été entendu; peut-être s'il eût été présent eût-il démontré son innocence, ou tout au moins fourni des explications qui eussent diminué sa culpabilité et amené l'application d'une peine moins sévère.

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

S'il ne meurt au contraire qu'après les cinq ans, il y aura lieu d'annuler les donations entre vifs par lui faites ou reçues après l'expiration des cinq années. On maintiendra les donations antérieures; car elles ont fait naître des droits acquis, et une incapacité survenue postérieurement à leur perfection ne saurait leur porter atteinte. On maintiendrait aussi, en vertu du même principe, les donations testamentaires faites au profit du condamné et qui ont produit leur effet antérieurement à l'expiration des cinq années. Quant au testament du condamné, il serait sans efficacité quelle que fût sa date, car la loi annule le testament même antérieur à la condamnation (art. 3 al. 2).

218. Les incapacités de l'art. 3 sont encourues de plein droit, *ipso jure*, à partir du moment qui vient d'être précisé. Elles constituent en effet une peine accessoire que le juge ne prononce pas, un appoint de pénalité que la loi ajoute de sa propre autorité à la peine principale prononcée par le juge.

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

2. Modifications que le gouvernement peut faire subir à l'état du condamné à une peine afflictive perpétuelle.

219. « *Le Gouvernement peut relever le condamné à une peine afflictive perpétuelle de tout ou partie des incapacités prononcées par l'article précédent* », dit l'art. 4 al. 1.

Le gouvernement jouit à cet égard d'un pouvoir discrétionnaire. Il peut donc, suivant les cas, relever complètement le condamné de toutes les incapacités prononcées par l'art. 3, ou le relever de l'une d'elles seulement, par exemple de l'incapacité de disposer par testament, ou, restreignant encore plus sa faveur, ne relever le condamné que d'une

incapacité déterminée et en vue d'un cas déterminé seulement, par exemple l'autoriser à faire une donation à son enfant pour le doter, ou à recevoir à titre de donation de tel ascendant qui veut opérer le partage de ses biens entre ses descendants.

Le gouvernement peut aussi relever le condamné en tout ou en partie des conséquences de l'interdiction légale. « *Il peut lui accorder l'exercice, dans le lieu d'exécution de la peine, des droits civils, ou de quelques-uns de ces droits, dont il a été privé par son état d'interdiction légale* » (art. 4 al. 2). Les mots *dans le lieu d'exécution de la peine* font allusion au cas où le condamné subit sa peine dans un des établissements coloniaux pénitentiaires.

L'art. 3 al. 4 de la loi du 8 juin 1850 (1) sur la déportation permettait au gouvernement d'autoriser la remise au profit des déportés de tout ou partie de leurs biens. La loi du 31 mai 1854 ne reproduisant pas cette disposition, le bénéfice n'en peut être étendu aux condamnés à une peine afflictive perpétuelle autre que la déportation, exclusion qui est peut-être regrettable.

220. Un condamné à une peine afflictive perpétuelle a été relevé en tout ou en partie par le gouvernement des incapacités édictées par l'art. 3. Sur quels biens les actes qu'il accomplira en vertu de cette concession seront-ils exécutoires? Ainsi un condamné, autorisé par le gouvernement à faire des donations, a donné une somme d'argent; à quels biens le donataire pourra-t-il s'attaquer pour obtenir le paiement de cette somme? L'art. 4 al. final répond: « *Les actes faits par le condamné, dans le lieu d'exécution de la peine, ne peuvent engager les biens qu'il possédait au jour de sa condamnation, ou qui lui sont échus à titre gratuit depuis cette époque* ». Ils ne peuvent donc engager que les biens acquis par le condamné à titre onéreux depuis sa condamnation. Les autres, par conséquent ceux qu'il possédait lors de sa condamnation ou ceux qui lui sont advenus depuis cette époque à titre gratuit (c'est-à-dire à titre de succession, ou même à titre de donation si le gouvernement l'a relevé de l'incapacité de recevoir par donation), ne seront pas atteints par les actes qu'accomplira le condamné; ils seront donc réservés à sa famille.

221. On discute la question de savoir si le gouvernement pourrait donner au condamné à une peine afflictive perpétuelle l'autorisation de disposer de ses biens à titre onéreux. Il y a de si bonnes raisons en faveur de l'affirmative qu'on s'étonne de ne la pas voir admise unanimement. Elle s'appuie en effet sur un double argument *fortiori*. D'une part, la faculté d'aliéner à titre onéreux sera la plupart du temps beaucoup plus utile au condamné que la faculté d'aliéner à titre gratuit. D'autre part, l'aliénation à titre onéreux est moins grave dans ses conséquences que l'aliénation à titre gratuit. La faculté pour le gouvernement d'autoriser le condamné à disposer de ses biens à titre gratuit, implique donc celle de l'autoriser à disposer à titre onéreux. D'ailleurs l'art. 4 ne dit-il pas que le gouvernement peut accorder au condamné l'exercice des droits civils dont il est privé par

(1) Une loi du 25 mars 1873, à laquelle on peut se reporter, est venue modifier profondément la situation des déportés de l'une et de l'autre catégorie. Voyez surtout les art. 9 à 16 qui se rattachent à la privation des droits civils.

son état d'interdiction légale? Or le droit d'aliéner à titre onéreux est justement un de ces droits civils dont l'exercice, l'exercice seul et non la jouissance, qu'on le remarque bien, est enlevé au condamné. Donc le gouvernement peut lui restituer cet exercice, et alors il se trouvera avoir tout à la fois la jouissance et l'exercice de ce droit.

3. Dispositions transitoires.

222. *Les effets de la mort civile cessent, pour l'avenir, à l'égard des condamnés actuellement morts civilement, sauf les droits acquis aux tiers. — L'état de ces condamnés est régi par les dispositions qui précèdent* » (art. 5). — La loi du 31 mai 1854 a donc fait revenir à la vie civile tous les condamnés qui étaient morts civilement lors de sa promulgation. Voilà de la rétroactivité, mais elle est de bon aloi. C'est d'ailleurs sur ce point seulement que la loi du 31 mai 1854 produit un effet rétroactif, car le législateur a soin de dire que le retour du condamné à la vie civile n'a lieu que *sauf les droits acquis aux tiers*, c'est-à-dire que la résurrection civile du condamné n'a pu porter aucune atteinte aux droits que sa mort civile avait fait définitivement acquérir à des tiers. Ainsi les héritiers du mort civilement, qui avaient recueilli sa succession, n'ont pas été obligés de lui restituer ses biens après son retour à la vie civile. De même le mariage du mort civilement n'a pas pu revivre par suite de la promulgation de la loi du 31 mai 1854; sa dissolution par la mort civile du condamné constituait un fait accompli. Son conjoint a donc pu valablement contracter un nouveau mariage, non seulement avant la loi du 31 mai 1854, mais aussi après sa promulgation. Quant au mort civilement, il a pu lui-même contracter un nouveau mariage depuis la loi du 31 mai 1854, car cette loi ne déclare pas les condamnés à des peines afflictives perpétuelles incapables de se marier. — Que si les deux conjoints, dont l'un était mort civilement, se trouvant libres de tout autre lien, ont voulu rester unis, ils ont dû procéder à une nouvelle célébration de leur mariage. C'est ainsi qu'un mort civilement a pu, comme on l'a dit plaisamment, épouser sa veuve.

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

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

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

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

L'art. 5 *in fine* de la loi du 31 mai 1854 explique suffisamment comment les morts civilement qui sont revenus à la vie civile ont été immédiatement soumis au régime de la loi nouvelle, par conséquent frappés de la dégradation civique et de l'interdiction légale et atteints des incapacités spéciales édictées par l'art. 3.

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

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

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

Mais il semble résulter aussi de notre article que la loi du 31 mai 1854 n'est pas applicable à ceux qui ont été condamnés à la déportation antérieurement à la loi du 8 juin 1850. S'il en était ainsi, ces condamnés seraient encore aujourd'hui frappés de mort civile car la loi du 8 juin 1850 ne les a pas fait revenir à la vie civile (elle est muette sur ce point) et la loi de 1854 ne les y aurait pas fait revenir non plus, puisqu'elle ne leur serait pas applicable. Mais cette solution, conforme au texte de la loi, est si évidemment contraire à son esprit que la plupart des auteurs la rejettent. M. Valette, qui se croit obligé de l'admettre, dit que l'histoire de nos lois ne présente guère d'exemples de fautes de rédaction d'une énormité pareille.

TITRE II

Des actes de l'état civil.

224. L'état civil ou privé d'une personne, c'est la position qu'elle occupe soit dans la famille, soit dans la société, et d'où dérivent ses droits et ses devoirs (*supra* n. 109).

Les actes de l'état civil sont des écrits (*instrumenta*) qui constatent les faits relatifs à l'état civil des personnes. Parmi ces faits les principaux sont la naissance, le mariage et le décès. Le législateur ne s'occupe, dans notre titre, que des actes qui constatent ces trois faits. Mais ce ne sont pas là les seuls actes de l'état civil. Il faut encore considérer comme tels les décrets de naturalisation, les jugements de divorce (cpr. art. 231), et aussi les actes d'adoption (cpr. art. 359) et de reconnaissance d'enfants naturels (art. 62). Nous en dirions autrement des actes qui sont relatifs à la capacité plutôt qu'à l'état des personnes, tels que les actes d'émancipation,

les jugements d'interdiction et ceux qui nomment un conseil judiciaire.

225. L'institution des actes de l'état civil est due au clergé. Dès le moyen-âge, le clergé, en vue d'assurer l'exécution des prescriptions de la loi religieuse, introduisit l'usage de constater les baptêmes, les mariages et les sépultures par des actes inscrits sur les registres des paroisses. Tout imparfaits qu'ils étaient au point de vue de la forme, ces actes offraient, pour l'état civil des personnes, un mode de preuve bien supérieur à la preuve testimoniale, dont le législateur, à toutes les époques, a redouté les dangers, surtout en cette matière. L'autorité civile le comprit, et diverses ordonnances furent successivement rendues, tendant, d'une part, à substituer en cette matière la preuve résultant des actes inscrits sur les registres des paroisses à la preuve testimoniale (voyez notamment l'ordonnance de Villers Cotterets d'août 1539, art. 50 à 55, complétée plus tard par celle de Blois, de mai 1579, art. 181), et, d'autre part, à perfectionner au point de vue de la forme les actes inscrits sur ces registres, afin de les adapter plus complètement au nouveau but qui leur était assigné (voyez notamment l'ordonnance de 1667, tit. 20, et la déclaration du 9 avril 1736). A dater de ce moment, les actes de baptêmes, mariages et sépultures devinrent des actes de l'état civil. Les curés demeurèrent chargés du soin de les dresser. Cette pratique n'était pas sans inconvénients : on forçait ainsi les citoyens qui ne professaient pas la religion catholique, à s'adresser au ministre d'un culte qu'ils réprouvaient, pour faire constater leur état civil ou celui de leurs enfants. C'était grave, surtout en ce qui concerne les mariages. Le contrat civil étant alors confondu avec le sacrement, ceux qui appartenaient aux cultes dissidents, les protestants par exemple, en étaient réduits, s'ils voulaient faire constater légalement leurs mariages, à fouler aux pieds leurs croyances, en venant demander aux ministres du culte catholique l'administration d'un sacrement que leur foi repoussait. Cette situation intolérable fut améliorée pour les protestants par l'édit de Nantes, qui, en leur assurant la liberté de leur culte, leur permit de faire constater légalement leurs mariages par leurs ministres. Mais elle reparut avec toutes ses injustices, lorsque l'édit de Nantes fut révoqué en octobre 1685, et les protestants durent la subir pendant près d'un siècle. Ce n'est qu'en 1787 qu'ils réussirent à arracher au roi un édit qui leur rendait leur état civil en les autorisant à faire célébrer leurs mariages par le tribunal de leur domicile, qui avait aussi qualité pour constater leurs naissances et leurs décès.

L'état civil des hommes doit être indépendant de leurs croyances religieuses. C'est le principe de la *sécularisation* de l'état civil, qui n'est lui-même que la conséquence d'un principe plus général : la séparation et l'indépendance réciproques du pouvoir civil ou *séculier* et du pouvoir religieux. « La loi civile, dit le procureur général Ronjat, admet et tolère tous les cultes ; elle en reconnaît quelques-uns, mais elle n'est asservie à aucun ». Dégagé par les philosophes du dix-huitième siècle, le principe de la sécularisation de l'état civil fut consacré par l'assemblée constituante qui émit le vœu que le législateur établît une autorité exclusivement civile pour constater les naissances, les mariages et les décès de tous les habitants sans distinction (constitution de 1791, tit. II, art. 7). Ce vœu fut réalisé par la loi du 20 septembre 1792, dont beaucoup de dispositions se retrouvent dans notre code civil. Cette loi établit sous le nom d'*officiers de l'état civil* des officiers publics spéciaux, de l'ordre exclusivement civil, chargés de constater les principaux faits relatifs à l'état civil des personnes (naissances, mariages et décès), d'en dresser acte et de tenir les registres sur lesquels ces actes seraient inscrits, déclarant que ces registres feraient désormais seuls foi en justice. La loi précitée confia ce soin aux municipalités. Depuis lors, le principe que l'état civil des hommes doit être indépendant de leurs croyances religieuses a été à plusieurs reprises violemment attaqué, surtout en ce qui concerne le mariage. Mais, par cela même qu'elles ont été impuissantes à l'ébranler, ces attaques n'ont fait que le consolider, et il est permis de penser qu'aujourd'hui ce principe a définitivement conquis le droit de cité dans nos lois.

Il est bien entendu que les naissances, mariages et décès, antérieurs à la loi du 20 septembre 1792, ont pu, même après cette loi, et peuvent encore aujourd'hui être prouvés

par les actes inscrits sur les registres des paroisses. C'est une application toute simple du principe de non-rétroactivité (art. 2). Mais les naissances, mariages et décès postérieurs à cette époque ne sont plus susceptibles, en principe, d'être régulièrement établis que par des actes rédigés conformément aux prescriptions des lois nouvelles.

CHAPITRE PREMIER

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

226. Nous traiterons dans sept paragraphes : 1° des personnes qui figurent dans les actes de l'état civil ; 2° des règles générales relatives à la rédaction des actes de l'état civil ; 3° des registres de l'état civil ; 4° de la nature des actes de l'état civil et de leur force probante ; 5° des cas dans lesquels la loi autorise exceptionnellement la preuve par témoins des faits relatifs à l'état civil ; 6° de la sanction des dispositions relatives à la rédaction des actes de l'état civil et à la tenue des registres ; 7° des actes de l'état civil des Français en pays étranger.

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

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

I. De l'officier de l'état civil.

228. Les fonctions d'officier de l'état civil sont confiées, dans chaque commune, au maire et à ses adjoints par les art. 13 à 16 de la loi du 28 pluviôse an VIII, que le code civil n'a point abrogés.

Dans notre droit actuel, les adjoints et les conseillers municipaux peuvent être appelés à remplir les fonctions d'officiers de l'état civil à la place du maire par voie de suppléance ou par voie de délégation.

Par voie de suppléance. Aux termes de l'art. 84 de la loi du 5 avril 1884 : « En cas » d'absence, de suspension, de révocation ou de tout autre empêchement, le maire est » provisoirement remplacé, dans la plénitude de ses fonctions, par un adjoint dans l'ordre » des nominations, et à défaut d'adjoints, par un conseiller municipal désigné par le conseil, sinon pris dans l'ordre du tableau ».

L'art. 85 ajoute : « Dans le cas où le maire refuserait ou négligerait de faire un des » actes qui lui sont prescrits par la loi, le préfet peut, après l'en avoir requis, y procéder » d'office par lui-même ou par un délégué spécial ».

Par voie de délégation. Le maire peut, par arrêté, déléguer en tout ou en partie l'exercice de ses fonctions d'officier de l'état civil à un ou plusieurs de ses adjoints et à leur défaut à un conseiller municipal, sans qu'il soit nécessaire ici de suivre l'ordre du tableau (circul. minist. du 30 juillet 1807, et loi du 5 avril 1884, art. 82). L'irrégularité de la délégation, par exemple au cas où un conseiller municipal aurait été délégué alors qu'il y avait un adjoint non empêché, n'entraîne pas la nullité des actes reçus par le délégué.

Cass., 7 août 1883, S., 84, 1. 1, et la note de M. Labbé, D., 84, 1. 4, et la note de M. Ducrocq.

Les officiers de l'état civil sont chargés :

- 1° De constater les naissances et d'en dresser acte (art. 55 et 56) ;
- 2° De recevoir, concurremment avec les notaires, les reconnaissances d'enfants naturels et d'en dresser acte (art. 62 et 334) ;
- 3° De célébrer les mariages, après avoir fait les publications requises par la loi, et d'en dresser acte (art. 63, 75 et 165) ;
- 4° De constater les décès et d'en dresser acte (art. 78) ;
- 5° De tenir les registres de l'état civil, c'est-à-dire d'écrire sur ces registres tout ce qu'ils doivent contenir, savoir : *a.* tous les actes que l'officier de l'état civil rédige lui-même en cette qualité ; *b.* certains actes rédigés par d'autres officiers publics, tels que les actes d'adoption (art. 359. V. aussi art. 61, 87, 98, 170 et 171) ; *c.* divers jugements, par exemple les jugements de divorce (art. 251-252) et ceux qui ordonnent la rectification d'un acte de l'état civil ou l'insertion d'actes omis (art. 101 et 198) ; *d.* enfin les mentions qui doivent, d'après la loi, être faites, dans certains cas, en marge d'actes de l'état civil déjà inscrits (art. 49) ;
- 6° De veiller à la conservation des registres courants, et de ceux des années antérieures déposés aux archives de la commune, et d'en délivrer des extraits à tout requérant.

229. La compétence des officiers de l'état civil est *territoriale* et non personnelle. Cela signifie qu'ils ne peuvent exercer leur ministère que dans les limites du territoire de leur commune et à raison de faits accomplis sur ce territoire, quel que soit d'ailleurs le domicile des parties. Ainsi un acte de décès ne peut être dressé que par l'officier de l'état civil du lieu et sur le territoire même de la commune où le décès s'est produit, alors même que le défunt était domicilié dans une autre commune. Toutefois notre principe souffre, en ce qui concerne le mariage, une exception résultant de l'art. 74 et 163, exception sur laquelle nous nous expliquerons aux n. 539 à 541.

230. Une lettre du garde des sceaux, en date du 21 juillet 1818, prescrit aux officiers de l'état civil de s'abstenir de recevoir ou de dresser des actes concernant leurs propres enfants. Mais, en l'absence d'un texte de loi, il serait difficile de prononcer la nullité des actes qui auraient été faits en violation de cette prescription.

La même lettre prescrit aussi aux officiers de l'état civil de s'abstenir de dresser un acte auquel ils figurent déjà en qualité de partie, de déclarant ou de témoin. Cette prescription paraît plus essentielle que la précédente ; aussi son inobservation pourrait entraîner dans certains cas la nullité de l'acte. C'est ce qui aurait lieu, suivant l'opinion générale, si un officier de l'état civil avait célébré lui-même son propre mariage, jouant ainsi dans le même acte deux rôles qui sont ici absolument incompatibles : celui de partie contractante, et celui de ministre de la loi chargé de constater le consentement des parties. Un maire qui veut se marier dans sa commune doit faire célébrer son mariage par un adjoint.

231. En tant qu'ils remplissent les fonctions d'officiers de l'état civil, les maires et leurs adjoints sont agents de l'autorité judiciaire, gardienne de l'état civil des hommes ; ils sont officiers de police judiciaire, et relèvent à ce titre des procureurs généraux et de la république et du ministre de la justice. Au contraire, envisagé comme administrateur de la commune à laquelle il est pré-

posé, le maire est un agent du gouvernement, soumis à ce titre à l'autorité du préfet.

L'officier de l'état civil n'est investi d'aucun pouvoir de juridiction. Ainsi il ne peut se faire jugé du mérite d'une opposition à mariage.

II. Des parties.

232. Les parties sont les personnes dont l'état fait l'objet de l'acte à rédiger, exemple : les époux dans l'acte de mariage. « Dans » les cas où les parties intéressées ne seront point obligées de comparaitre en personne, elles pourront se faire représenter par un fondé de procuration spéciale et authentique » (art. 36). Ainsi une reconnaissance d'enfant naturel peut être faite par mandataire. De même, dans le contrat d'adoption, les parties peuvent se faire représenter par un mandataire. La procuration, dit la loi, doit être *spéciale*, c'est-à-dire *ad hoc* ; un mandat général ne suffirait pas. Elle doit de plus être *authentique*, c'est-à-dire notariée.

Notre article donne à entendre qu'il y a au moins un cas où les parties sont obligées de comparaitre en personne, et où par suite elles ne pourraient pas se faire remplacer par un fondé de pouvoirs. Il en est ainsi pour le mariage. Cpr. *infra* n. 469.

III. Des comparants ou déclarants.

233. Ce sont des personnes qui *comparaissent* (d'où le nom de *comparants*) devant l'officier de l'état civil pour lui *déclarer* (d'où le nom de *déclarants*) les faits qu'il est chargé de constater dans les actes qu'il dresse. Les comparants fournissent ainsi à l'officier de l'état civil les matériaux avec lesquels il rédige l'acte.

Toute personne capable de fournir un témoignage digne de confiance peut être déclarant. Donc les femmes aussi bien que les hommes. Cpr. art. 56. Il n'est même pas nécessaire que les déclarants soient majeurs : la loi ne l'exige pas.

Les déclarants peuvent se faire remplacer par un fondé de pouvoirs ; c'est ce qui résulte implicitement de l'art. 38. Mais on peut induire de l'art. 36 que la procuration doit être spéciale et authentique.

IV. Des témoins.

234. La présence des témoins requis par la loi rend plus difficiles, sinon impossibles, les fraudes que l'officier de l'état civil pourrait essayer de commettre dans l'exercice de son ministère. Elle garantit en outre, dans une certaine mesure, la conformité

des énonciations de l'acte de l'état civil avec les déclarations des comparants, et la sincérité de ces déclarations.

L'art. 37 indique les conditions auxquelles les témoins doivent satisfaire. « *Les témoins produits aux actes de l'état civil ne pourront être que du sexe masculin, âgés de vingt et un ans au moins, parents ou autres; et ils seront choisis par les personnes intéressées* ». Deux conditions sont donc nécessaires et suffisantes pour pouvoir être témoin dans un acte de l'état civil, savoir : être mâle; être majeur de vingt et un ans.

Dans notre droit intermédiaire (décret des 20-25 sept. 1792, tit. 1^{er}, art. 1^{er}), les femmes étaient admises à jouer le rôle de témoins dans les actes de l'état civil, et effectivement il n'existe pas de bonne raison pour les exclure. En Italie, une loi de 1877 autorise les femmes à servir de témoins dans tous les actes publics et privés. Une proposition de loi dans le même sens a été déposée le 17 février 1887 sur le bureau de la chambre des députés.

Dans les actes notariés, la loi repousse en principe le témoignage des parents des parties (loi du 25 ventôse an XI, art. 10 al. 2); comment se fait-il qu'elle l'admette dans les actes de l'état civil? La communauté d'intérêts, qui existe ordinairement entre parents, pouvait faire craindre que les parents des parties ne remplissent pas consciencieusement dans un acte notarié le rôle de témoins, qu'ils ne se fissent facilement complices de quelque fraude profitable à leur parent. On ne pouvait guère concevoir une semblable crainte au sujet des actes de l'état civil. Ici les parents des parties ont presque toujours un intérêt opposé à celui des parties elles-mêmes : ils sont ordinairement intéressés à contredire plutôt qu'à corroborer les déclarations constatées par l'acte auquel ils participent; de sorte que la parenté, loin d'affaiblir leur témoignage, ne fait qu'en augmenter le poids. Ainsi le frère d'un enfant légitime voit ses droits diminués par la naissance de cet enfant, qui viendra plus tard réclamer lui aussi sa part de la succession paternelle. Pourquoi donc suspecterait-on son témoignage, quand il vient figurer comme témoin dans l'acte de naissance? D'autre part, les actes de l'état civil constatent des événements de famille; or qui donc est mieux en situation de les connaître et d'en témoigner que les personnes appartenant à la famille?

Il est plus difficile d'expliquer comment la loi a pu admettre les parents de l'officier de l'état civil comme témoins dans les actes de son ministère; elle les admet certainement par cela seul qu'elle ne les exclut pas, à la différence des parents du notaire dans un acte notarié (loi du 25 ventôse an XI, art. 10). En cela le législateur a peut-être manqué de prévoyance. N'est-il pas à craindre, si l'officier de l'état civil veut commettre une fraude, que ses parents, témoins à l'acte ne s'en fassent trop facilement les complices?

Il existe encore d'autres différences entre les témoins des actes de l'état civil et les témoins des actes notariés. Les témoins qui figurent aux actes notariés doivent : 1^o savoir signer; 2^o être domiciliés dans l'arrondissement où l'acte est passé; 3^o être citoyens français (loi du 25 ventôse an XI, art. 9). Ces trois conditions ne sont pas requises chez les témoins qui figurent dans les actes de l'état civil. Il n'est même pas nécessaire qu'ils soient Français; la loi ne l'exige pas. Enfin les témoins des actes de l'état civil sont choisis par les parties intéressées (art. 37), tandis que les témoins des actes notariés sont choisis par le notaire rédacteur de l'acte.

§ II. Règles générales relatives à la rédaction des actes de l'état civil.

235. C'est l'officier de l'état civil qui rédige les actes de l'état civil. Les matériaux nécessaires pour cette rédaction lui sont four-

nis en grande partie par les comparants ou déclarants. Que doivent-ils déclarer à l'officier de l'état civil? « *Les officiers de l'état civil*, dit l'art. 35, *ne pourront rien insérer dans les actes qu'ils recevront, soit par note, soit par énonciation quelconque, que ce qui doit être déclaré par les comparants* ». Ainsi l'officier de l'état civil doit insérer dans les actes qu'il dresse, non pas tout ce que les comparants lui déclarent, mais seulement ce qu'ils doivent lui déclarer. Quelles sont les déclarations que les comparants doivent faire? La loi le dit implicitement, pour chaque nature d'acte, en indiquant les énonciations que cet acte doit contenir. Naturellement les comparants doivent faire à l'officier de l'état civil les déclarations nécessaires pour que celui-ci puisse insérer dans l'acte les énonciations exigées par la loi. Ainsi l'art. 57 dit que l'acte de naissance doit énoncer le jour, l'heure et le lieu de la naissance de l'enfant; donc les comparants doivent déclarer ce jour, cette heure et ce lieu. De même il est dit dans l'art. 79 que l'acte de décès contiendra les prénoms, nom, âge, profession et domicile de la personne décédée; donc les comparants doivent donner toutes ces indications à l'officier de l'état civil. En un mot, comme le dit Chabot, l'orateur du tribunal, ce qui doit être déclaré par les comparants, c'est ce que la loi ordonne d'insérer dans les actes et rien de plus.

Il en résulte d'abord que l'officier de l'état civil ne doit pas insérer dans les actes qu'il dresse les déclarations inutiles. C'est donc avec raison qu'un officier de l'état civil de la Vendée a refusé, malgré de pressantes sollicitations, de mentionner dans un acte de naissance que l'enfant lui avait été présenté « coiffé d'un bonnet blanc donné par la duchesse de Berry ». A plus forte raison l'officier de l'état civil devrait-il ne tenir aucun compte des déclarations contraires à la loi, par exemple, s'il s'agit d'un décès, de la déclaration que le défunt s'est suicidé (art. 85), ou, s'il s'agit d'une naissance, de la déclaration que l'enfant est né d'un commerce incestueux ou adultérin (arg. art. 335).

Mais voilà que les comparants refusent de faire à l'officier de l'état civil les déclarations nécessaires, ou bien ils sont, à raison de leur ignorance, dans l'impossibilité de faire ces déclarations. Ainsi les comparants refusent de déclarer le jour et l'heure d'une naissance, ou encore ils déclarent ne pas connaître ce jour et cette heure. L'officier de l'état civil peut-il, à l'aide des renseignements qu'il possède personnellement, suppléer au silence des comparants? Non; l'officier de l'état civil ne doit constater que ce qu'on lui déclare: il dresse procès-verbal des déclarations des comparants.

236. Pour le même motif, on doit décider que l'officier de l'état civil n'a pas, en principe, qualité pour vérifier et contrôler l'exactitude des déclarations qui lui sont faites par les comparants.

237. Voici maintenant, relativement à la rédaction matérielle des actes de l'état civil, une série de règles qui n'offrent point de difficultés.

1° « *Les actes de l'état civil énonceront l'année, le jour et l'heure où ils seront reçus, les prénoms, noms, âge, profession et domicile de tous ceux qui y sont dénommés* » (art. 34).

La date offre une grande importance dans les actes de l'état civil. Ainsi, dans les actes de naissance, elle permet de vérifier si l'acte a été dressé dans les trois jours de l'accouchement, comme l'exige l'art. 55. Dans les actes de mariage, elle sert à déterminer le moment précis où commence l'incapacité de la femme.

2° « *L'officier de l'état civil donnera lecture des actes aux parties comparantes, ou à leur fondé de procuration, et aux témoins. — Il y sera fait mention de l'accomplissement de cette formalité* » (art. 38).

La mention de la lecture, qu'exige la partie finale de l'article, a pour but d'assurer l'accomplissement de cette formalité. L'officier de l'état civil, qui mentionnerait avoir donné lecture de l'acte alors qu'il ne l'aurait pas fait, commettrait un faux en écritures publiques et se rendrait ainsi passible de la peine des travaux forcés à perpétuité (C. pén., art. 146). On aura donc la quasi-certitude que la formalité de la lecture a été remplie, lorsque l'acte mentionnera son accomplissement. Et pour que l'officier de l'état civil n'omette pas, soit de faire la mention après avoir fait la lecture, soit de faire la lecture et la mention tout à la fois, la loi prononce contre lui une amende (art. 50), s'il omet l'une ou l'autre de ces formalités. En un mot, comme le dit Demante, « l'omission de la mention exposerait l'officier de l'état civil aux mêmes peines que l'omission de la formalité même (la lecture), et la mention mensongère le rendrait coupable du crime de faux ».

3° « *Ces actes seront signés par l'officier de l'état civil, par les comparants et les témoins ; ou mention sera faite de la cause qui empêchera les comparants et les témoins de signer* » (art. 39). — Quelques officiers de l'état civil ont la mauvaise habitude de signer par avance un certain nombre d'actes sur les registres. Il est arrivé de cette façon qu'un maire de campagne a signé son propre acte de décès.

238. Une instruction ministérielle du 25 fructidor an XII, contient des modèles pour la rédaction des divers actes de l'état civil. Ces modèles ne sont pas obligatoires pour les officiers de l'état civil, et les actes qui n'y sont pas conformes ne pourraient pas, pour ce motif, être attaqués de nullité. Avis du conseil d'Etat des 12-25 thermidor an XII.

Aujourd'hui, dans le double but de rendre la rédaction des actes de l'état civil plus uniforme et de diminuer le travail matériel des officiers de l'état civil, on leur délivre ordinairement des registres dans lesquels se trouve imprimé à l'avance le squelette des divers actes à rédiger (actes de naissance, de mariage et de décès). Il n'y a plus alors qu'à remplir les blancs qui ont été ménagés.

§ III. *Des registres de l'état civil.*

239. Aux termes de l'art. 40 : « *Les actes de l'état civil seront inscrits, dans chaque commune, sur un ou plusieurs registres tenus doubles* ». A raison de l'importance des actes de l'état civil, la loi défend de les inscrire sur des feuilles volantes qui s'égareraient facilement, et elle assure l'observation de cette sage prescription en édictant des peines sévères contre les officiers de l'état civil qui ne s'y soumettent pas (C. pén., art. 192) ; sans préjudice des dommages et intérêts qu'ils pourraient être condamnés à payer aux intéressés, à raison du préjudice causé par leur coupable négligence (art. 52).

D'après la loi du 25 septembre 1792, il devait y avoir dans chaque commune un registre différent pour chaque nature d'actes : donc un registre pour les naissances, un autre pour les mariages, un troisième pour les décès. Le code civil a modifié cette disposition trop absolue, dont la pratique avait révélé les inconvénients. Notre article dispose que les actes de l'état civil seront inscrits sur *un* ou *plusieurs* registres. C'est l'autorité judiciaire qui apprécie souverainement s'il convient de délivrer un seul registre ou plusieurs. Cela dépend de l'importance de la commune, de l'intelligence de l'officier de l'état civil préposé à cette commune...

240. Qu'il y ait un seul registre ou plusieurs, la loi exige qu'ils soient *tenus doubles*, c'est-à-dire qu'il doit y avoir un double exemplaire, un double original du registre unique ou de chacun des trois registres, de sorte que chaque acte de l'état civil sera inscrit sur deux registres. Mais pourquoi ce double emploi ? L'art. 43 al. final va nous le dire : l'un des doubles du registre unique ou des trois registres doit être déposé à la fin de chaque année aux archives de la commune, et l'autre au greffe du tribunal civil de première instance. A cela il y a deux avantages. Le premier et le plus considérable consiste en ce que, les registres de l'état civil se trouvant ainsi dans un double dépôt, leur conservation est, par cela même, mieux assurée. Que les archives d'une commune soient détruites par un incendie, il restera encore les registres déposés au greffe ; il ne resterait plus rien, s'il n'existait pas un double dépôt. Le second avantage consiste en ce qu'il devient plus facile aux particuliers de consulter les registres, puisqu'ils les trouvent dans deux dépôts, dont un dans une ville d'une certaine importance, celle où siège le tribunal de première instance.

La règle que les registres de l'état civil doivent être tenus doubles, souffre exception pour un registre spécial dont nous n'avons pas encore parlé : le registre *des publications de mariage*, sur lequel il est fait aussi mention sommaire des oppositions à mariage. Ce registre n'est tenu qu'en simple original : ce qui s'explique par le peu d'importance des documents qu'il contient. V. art. 63 et 67.

241. Les registres de l'état civil sont en papier timbré. Les frais de ces registres figurent parmi les dépenses obligatoires des communes (loi du 5 avril 1884, art. 136-4°).

Les actes de naissance, de mariage et de décès, inscrits sur les registres de l'état civil, ainsi que les extraits qui en sont délivrés, sont dispensés de la formalité de l'enregistrement (loi du 22 frimaire an VII, art. 70 § III 8°).

242. Aux termes de l'art. 41 : « *Les registres seront cotés par première et dernière, et parafés sur chaque feuille, par le président du tribunal de première instance, ou par le juge qui le remplacera* ».

Coter un registre, c'est mettre un numéro d'ordre à chaque feuillet. Sur le dernier, on ajoute, à la suite de son numéro d'ordre : *dernier feuillet*.

Parafier, c'est apposer le trait de plume qui accompagne la signature, ou à défaut les initiales du nom.

Grâce à la cote et au parafé, il devient impossible, soit de supprimer un feuillet, soit d'en intercaler ou ajouter un, soit de substituer un feuillet à un autre, sans qu'il reste trace de la fraude.

La loi prévient encore une foule d'autres fraudes en décidant que : « *Les actes seront inscrits sur les registres, de suite, sans aucun blanc. Les ratures et les renvois seront approuvés et signés de la même manière que le corps de l'acte. Il n'y sera rien écrit par abréviation, et aucune date ne sera mise en chiffres* » (art. 42).

Enfin l'art. 43 dispose : « *Les registres seront clos et arrêtés par l'officier de l'état civil, à la fin de chaque année ; et dans le mois, l'un des doubles sera déposé aux archives de la commune, l'autre au greffe du tribunal de première instance* ».

— *Dans le mois*. Ce délai est accordé à l'officier de l'état civil, pour qu'il puisse dresser une table alphabétique de tous les actes reçus dans l'année (décret du 20 juillet 1807). En outre, tous les dix ans, le greffier du tribunal de première instance doit dresser une table dite *décennale*. Ce travail exigeant plus de temps, il est accordé au greffier pour le parfaire un délai de six mois à dater de l'expiration de chaque dixième année (même décret).

243. Souvent des procurations ou autres pièces doivent être annexées aux actes de l'état civil. Qu'en fera l'officier de l'état civil à l'expiration de l'année ? La loi veut qu'elles aillent, avec l'un des doubles du registre contenant les actes auxquels elles se réfèrent, dans celui des deux dépôts qui offre le plus de garanties, c'est-à-dire au greffe du tribunal : « *Les procurations et les autres pièces qui doivent demeurer annexées aux actes de l'état civil, seront déposées, après qu'elles auront été parafées par la personne qui les aura produites, et par l'officier de l'état civil, au greffe du tribunal, avec le double des registres dont le dépôt doit avoir lieu audit greffe* » (art. 44).

244. Aux termes de l'art. 49 : « *Dans tous les cas où la mention d'un acte relatif à l'état civil devra avoir lieu en marge d'un autre acte déjà inscrit, elle sera faite à la requête des parties intéressées, par l'officier de l'état civil, sur les registres courants ou sur ceux qui auront été déposés aux archives de la commune, et par le greffier du tribunal de première instance, sur les registres déposés au greffe ; à l'effet de quoi l'officier de l'état civil en donnera avis, dans les trois jours, au procureur du Roi près ledit tribunal, qui veillera à ce que la mention soit faite d'une manière uniforme sur les deux registres* ». Cpr. art. 62, 101.

245. — De la publicité des registres de l'état civil. — Les hommes, dans leurs relations civiles les uns avec les autres, ont intérêt à connaître respectivement leur état. Ainsi, quand je contracte avec une personne, il m'importe de savoir quel est son âge, car si elle est mineure elle est incapable de contracter. De même, quand je contracte avec une femme, j'ai intérêt à savoir si elle est ou non mariée, car la femme mariée est incapable de contracter sans autorisation.

L'intérêt social exige donc que l'état des personnes ne reste pas secret. De là cette règle que les registres de l'état civil, qui contiennent les principaux documents relatifs à cet état, sont publics.

Cela ne signifie pas que tout particulier peut exiger la communication de ces registres, mais bien que chacun peut s'en faire délivrer des extraits. C'est ce que dit l'art. 45, ainsi conçu : « *Toute personne* » *pourra se faire délivrer, par les dépositaires des registres de l'état civil, des extraits de ces registres. Les extraits délivrés conformes aux registres, et légalisés par le président du tribunal de première instance, ou par le juge qui le remplacera, feront foi jusqu'à inscription de faux* ».

Pour obtenir un ou plusieurs extraits des registres de l'état civil, il n'est pas nécessaire de justifier d'un intérêt. Le premier venu a la faculté de les requérir (C. pr., art. 853), sous la seule obligation de payer le droit fixé par la loi, droit très minime d'ailleurs. Il en est autrement des actes notariés. Les notaires ne doivent en principe communication de leurs minutes qu'aux parties intéressées. La raison en est que les actes notariés sont relatifs aux intérêts privés des parties ; de quel droit les tiers viendraient-ils donc en demander la communication ?

L'*extrait* est une copie littérale d'un acte inscrit sur les registres de l'état civil. Alors pourquoi cette dénomination d'*extrait*, qui semble désigner un *résumé* de l'acte inscrit sur le registre ? Elle peut s'expliquer ainsi : L'acte dont il est délivré copie est *extrait* du registre qui en contient l'original ; l'extrait est une reproduction partielle du registre.

246. Qui a qualité pour délivrer les extraits des registres de l'état civil ? Ce sont les dépositaires de ces registres, c'est-à-dire l'officier de l'état civil et les greffiers des tribunaux de première instance. Les requérants peuvent, à leur choix, s'adresser à l'un ou à l'autre de ces dépositaires. Toutefois, quand il s'agit d'un acte inscrit sur les registres de l'année courante, il faut de toute nécessité s'adresser à l'officier de l'état civil, puisqu'il est encore en possession des deux doubles du registre qui contient l'acte (arg. art. 43).

Dans les premiers temps qui suivirent la promulgation du code civil, les secrétaires des mairies, considérés à tort comme dépositaires des registres de l'état civil confiés aux archives de la commune, délivrèrent un grand nombre d'extraits. Un avis du conseil d'Etat des 6 juin-2 juillet 1807 a condamné cette pratique pour l'avenir ; mais, s'inspirant avec raison de la maxime *Error communis facit jus*, il a déclaré valables les extraits délivrés jusqu'alors par lesdits secrétaires.

247. Pour faire foi, les extraits doivent être *certifiés conformes* au registre d'où ils sont extraits, par le dépositaire qui les délivre. C'est ce qu'entend dire l'art. 45, quand il parle d'extraits *délivrés conformes aux registres*. Il ne suffit donc pas que l'extrait soit en fait conforme au registre ; il faut que la conformité soit attestée

par le dépositaire qui délivre l'extrait. Les formules les plus usitées pour attester cette conformité sont les suivantes : *pour extrait conforme*, ou : *délivré conforme*, ou encore *certifié conforme*.

La signature du dépositaire qui délivre l'extrait doit être *légalisée*. L'art. 45 le dit en termes assez inexacts, quand il parle de la légalisation de l'extrait. On légalise une signature ; on ne légalise pas un extrait. A moins qu'on ne dise que, par cela même que la signature du dépositaire est légalisée, l'extrait se trouve légalisé également.

La légalisation consiste dans la double attestation que la signature mise au bas de l'extrait n'est pas fautive, et que l'auteur de cette signature a qualité pour délivrer l'extrait. Cette légalisation doit, d'après l'art. 45, émaner du président du tribunal civil ou du juge chargé de le remplacer. Une loi du 2 mai 1861 permet aujourd'hui aux juges de paix de légaliser, concurremment avec le président du tribunal, les extraits délivrés par les officiers de l'état civil des communes qui dépendent de leur canton soit en totalité, soit en partie. Cette règle ne souffre exception que pour les juges de paix siégeant au chef-lieu du ressort du tribunal de première instance.

On admet, sauf quelques dissentiments, que la légalisation d'un extrait de l'état civil est nécessaire, alors même qu'on le produit dans l'arrondissement où il a été délivré. *Lex non distinguit*. Le contraire a lieu, il est vrai, pour les actes notariés (loi du 25 ventôse an XI, art. 28). Mais cette différence s'explique aisément. Les notaires étant beaucoup moins nombreux que les officiers de l'état civil et exerçant leur juridiction dans un plus grand rayon, sont par cela même plus connus. On a donc pu supposer la signature d'un notaire connue dans toute l'étendue de son arrondissement, de son département ou même du ressort de la cour d'appel au chef-lieu de laquelle il siège (voyez le texte précité), tandis qu'on se serait manifestement placé en dehors de la réalité, en supposant la signature de tout officier de l'état civil connue dans son arrondissement, et en n'exigeant pas, sur ce fondement, la légalisation des extraits qu'il délivre et dont on veut se servir dans l'arrondissement même.

§ IV. *De la nature des actes de l'état civil et de leur force probante.*

1. *Nature des actes de l'état civil.*

248. Les actes de l'état civil sont des actes authentiques. « L'acte authentique », dit l'art. 1317, « est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises ». Cette définition s'applique à la lettre aux actes de l'état civil. En outre l'art. 45 porte que ces actes font foi jusqu'à inscription de faux ; or il n'y a que les actes authentiques qui jouissent de ce privilège sur le sens duquel nous allons nous expliquer.

2. Force probante des actes de l'état civil.

249. La force probante d'un acte, c'est le *degré* d'autorité qui s'attache à cet acte, la foi qui lui est due. Cette autorité est considérable pour les actes de l'état civil; l'art. 45 déclare qu'ils font foi *jusqu'à inscription de faux*. Cela signifie que, pour démontrer la fausseté des énonciations qu'ils contiennent et faire tomber ainsi l'autorité qui s'attache à ces actes comme moyen de preuve, il faut nécessairement avoir recours à une procédure spéciale qu'on appelle *l'inscription en faux* (C. pr., art. 214 et s.). Cette procédure est particulièrement périlleuse; la loi semble avoir semé comme à plaisir les écueils sous les pas du plaideur qui s'y engage. Pour réussir, il devra triompher dans trois jugements, et si, en fin de compte, il succombe, on le condamnera à une amende dont le *minimum* est de trois cents francs, sans préjudice des dommages et intérêts s'il y a lieu. Plus redoutable est la procédure, et plus grande est l'autorité de l'acte qui ne peut être attaqué que par ce moyen. Tel est précisément le but que s'est proposé la loi. Elle devait rendre très difficile toute attaque contre des actes qu'elle voudrait ne jamais voir attaqués.

Aux actes qui font foi jusqu'à inscription de faux on oppose ceux qui ne font foi que jusqu'à preuve contraire. L'autorité qui s'attache à ces derniers tombe devant une simple preuve contraire, c'est-à-dire devant la preuve de la fausseté des énonciations qu'ils contiennent, administrée suivant les règles du droit commun, tandis que la sincérité des premiers ne peut être attaquée que par l'inscription en faux.

250. Ce ne sont pas seulement les registres de l'état civil qui font foi jusqu'à inscription de faux; la même autorité s'attache aux extraits qui en sont régulièrement délivrés. Il est même remarquable que le législateur, déterminant dans l'art. 45 la foi qui est due aux actes de l'état civil, ne parle que des extraits. Ce sont les *extraits*, qui, d'après cette disposition, font foi jusqu'à inscription de faux. On dirait que la loi les considère comme étant les vrais actes de l'état civil, car elle ne mentionne même pas les registres à propos de la force probante, sinon pour dire que les extraits doivent être délivrés conformes aux registres.

En donnant ainsi aux extraits une autorité propre et indépendante de celle du registre auquel ils ont été empruntés, le législateur a dérogé aux règles du droit commun, d'après lesquelles « les copies, lorsque le titre original subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu au titre dont la représentation peut toujours être exigée » (art. 1334). Si l'on avait appliqué cette disposition aux extraits des registres de l'état civil, un plaideur, à qui on aurait opposé en justice un de ces extraits, aurait pu en méconnaître l'autorité et

exiger la représentation du titre original, c'est-à-dire du registre. Il aurait donc fallu faire voyager les registres, ce qui les aurait exposés à de nombreuses chances de perte ou d'altération. Sans compter que, durant l'absence des registres, il aurait été impossible aux intéressés de s'en faire délivrer des extraits par le dépositaire, impossible aussi, lorsqu'il se serait agi des registres de l'année courante, d'inscrire de nouveaux actes. L'application de l'art. 1334, toute simple pour les actes dont l'original est sur une feuille volante, comme les minutes des notaires, aurait donc entraîné des inconvénients considérables en ce qui concerne les actes de l'état civil. C'était le cas d'y déroger, et le législateur l'a fait par l'art. 45.

On objecte, il est vrai, que les extraits ne font foi jusqu'à inscription de faux qu'autant qu'ils sont *délivrés conformes aux registres* (art. 45). Donc, dit-on, celui qui produit un extrait est tenu de prouver que cet extrait est conforme au registre, ce qu'il ne peut faire qu'en représentant le registre avec l'extrait pour qu'on puisse confronter l'un avec l'autre. Mais, ainsi que nous l'avons déjà dit, les mots *délivrés conformes* sont synonymes de *certifiés conformes*. Le législateur les emploie en ce sens dans l'art. 2-1^o de la loi du 12 février 1872. D'ailleurs, dans le système contraire, à quoi donc serviraient les extraits, puisqu'ils n'auraient d'autorité que lorsqu'ils seraient accompagnés du registre ?

En résumé, lorsque l'extrait d'un acte de l'état civil est présenté en justice, l'adversaire auquel on l'oppose n'a pas le droit d'exiger la représentation du registre pour vérifier la conformité de l'extrait avec le registre. L'extrait à lui tout seul fait foi jusqu'à inscription de faux.

* Mais supposons que l'adversaire, à qui on oppose un extrait régulier dans la forme, ait la preuve que cet extrait n'est pas conforme au registre; une erreur a été commise, cela arrive souvent. Devra-t-il nécessairement, pour démontrer cette erreur, en supposant qu'elle lui soit préjudiciable, avoir recours à la procédure de l'inscription en faux? On pourrait le soutenir, car les termes de l'art. 45 sont absolus. Mais il est peu probable que telle ait été l'intention du législateur. En définitive il s'agit ici de constater un fait matériel, la conformité ou la non-conformité de l'extrait avec le registre, et il n'est pas besoin pour cela d'une procédure aussi compliquée que celle de l'inscription en faux; on s'expliquerait difficilement que le législateur l'eût exigée. Voici un moyen bien simple à l'aide duquel on pourrait, ce semble, l'éviter. Que l'adversaire auquel on oppose l'extrait non conforme au registre s'en fasse délivrer un conforme, et qu'il le présente au tribunal. En présence de deux extraits dissemblables qui ont la même autorité, le tribunal n'aura pas de motif pour s'en tenir à l'un plutôt qu'à l'autre. Il pourra alors, soit ordonner un compulsoire en présence des deux parties, soit vérifier par lui-même de quel côté est l'erreur: ce qui sera facile si le registre d'où l'acte a été extrait est déposé à son greffe, et ce qui ne sera pas impossible si ce registre est ailleurs, car le tribunal peut en ordonner le transport ou donner commission rogatoire au tribunal de la situation des registres.

251. Les registres et leurs extraits font-ils foi jusqu'à inscription en faux de toutes les énonciations qu'ils contiennent, indistinctement? L'affirmative semble résulter de la généralité des termes de l'art. 45 qui ne distingue pas. Mais le bon sens conduit nécessairement à faire des distinctions. Qu'est-ce, en effet, que s'inscrire en faux? C'est prétendre qu'un faux a été commis. Il faut donc, pour qu'il y ait lieu à l'inscription de faux contre un acte de l'état civil, que l'attaque dirigée contre cet acte implique l'existence d'un faux à la charge de l'officier de l'état civil rédacteur de l'acte: ce qui n'a lieu qu'autant que l'officier de l'état civil, agissant en cette qualité, a altéré la vérité d'une manière préjudiciable pour quelqu'un. D'où il résulte que l'inscription en faux ne sera pas nécessaire pour combattre la sincérité des énonciations qu'on peut prétendre fausses sans soutenir que l'officier de l'état civil a commis un faux. En deux mots, la prétention de celui qui attaque comme contraire à la vérité telle énonciation d'un acte de l'état civil doit-elle avoir pour résultat, en la supposant fondée, d'amener la constatation d'un faux en écritures publiques à la charge de l'officier de l'état civil? L'inscription en faux sera nécessaire. Dans le cas contraire, il n'y aura pas besoin de s'inscrire en faux; la fausseté de l'énonciation pourra être prouvée par les moyens de preuve du droit commun, si tant est qu'il s'agisse d'une énonciation ayant quelque autorité au point de vue de la preuve.

• D'ailleurs lorsque l'attaque dirigée contre l'acte de l'état civil implique à la charge de l'officier de l'état civil agissant en cette qualité une altération de la vérité préjudiciable pour quelqu'un, il n'y a pas à se préoccuper de savoir si l'officier de l'état civil a agi sciemment, et par suite avec une intention coupable, ou sans en avoir conscience, par exemple par inadvertance. En effet il y a faux dans les deux cas, avec cette différence seulement que, dans le premier, il s'agit d'un *faux criminel*, punissable de la peine des travaux forcés à perpétuité (C. pén., art. 145), tandis que dans le deuxième, il y a seulement un *faux civil*, ne pouvant donner lieu qu'à la rectification de l'erreur commise par l'officier de l'état civil et peut-être à des dommages et intérêts, sans qu'on puisse le poursuivre et le faire condamner comme faussaire. Bref, pour qu'il y ait lieu de s'inscrire en faux, il est nécessaire qu'il y ait faux, criminel ou civil peu importe.

Eclaircissons ces notions par des exemples. Voilà un acte de naissance. L'officier de l'état civil y constate : que tel jour et à telle heure ont comparu devant lui telles personnes (comparants et témoins), que ces personnes lui ont présenté un enfant, que cet enfant est vivant, du sexe masculin (l'officier de l'état civil doit vérifier par lui-même le sexe de l'enfant, *infra* n. 270)... Toutes ces énonciations feront foi jusqu'à inscription de faux, c'est-à-dire qu'on ne pourra les combattre qu'en s'inscrivant en faux, parce qu'on ne peut pas les contredire sans attaquer la véracité de l'officier de l'état civil agissant en cette qualité, sans soutenir qu'il a trahi la vérité.

* Prétend-on par exemple que l'acte, qui porte la date du 15 décembre, a été dressé le 16? On soutient par cela même que l'officier de l'état civil a donné à l'acte une fausse date. La loi n'est pas disposée à croire cette affirmation, parce que l'officier public dont on attaque la véracité est investi de sa confiance. D'ailleurs notre loi est sévère pour les officiers publics qui trahissent leur mandat : le crime de faux en écritures publiques, nous l'avons déjà dit, est puni de la peine des travaux forcés à perpétuité (C. pén., art. 145); or comment croire que l'officier de l'état civil ait accompli sciemment un acte qui l'exposerait à des peines aussi graves? On se bornera peut-être à soutenir, il est vrai, que l'officier de l'état civil a trahi la vérité par inadvertance, qu'il y a de sa part erreur et non crime, faux civil et non faux criminel. Mais la prétention ne devient pas pour cela beaucoup plus vraisemblable; car tout porte à croire que l'officier de l'état civil remplit avec un soin scrupuleux les fonctions qui lui sont confiées, et par suite les erreurs seront presque aussi rares en cette matière que les crimes. Sans doute les officiers de l'état civil ne sont pas infaillibles; mais du moins toutes les vraisemblances sont en faveur de leur sincérité et de leur exactitude; et voilà pourquoi la loi dresse de formidables obstacles contre ceux qui viennent les attaquer à l'un ou à l'autre de ces points de vue, en formulant une allégation qui se résume en définitive à les accuser d'un crime ou tout au moins d'une faute.

Au contraire l'inscription de faux ne sera pas nécessaire pour combattre cette énonciation contenue dans un acte de naissance : que l'enfant présenté était non seulement vivant, mais en outre *viable*. L'officier de l'état civil n'a pas qualité pour constater la viabilité de l'enfant. S'il la constate, il excède les limites du mandat qui lui a été donné par la loi; il n'agit plus par conséquent en sa qualité d'officier public, mais comme pourrait le faire un simple particulier, et son assertion n'a pas plus de valeur. Elle peut être fautive sans qu'il y ait faux en écritures publiques, parce que, dans cette hypothèse, c'est un particulier qui a trahi la vérité et non un officier public. L'inscription en faux ne sera donc pas nécessaire pour contredire une semblable énonciation.

De même encore si l'on attaque, non pas la sincérité des assertions de l'officier de l'état civil en cette qualité, mais l'exactitude des déclarations qui lui ont été faites par les comparants, il ne sera pas nécessaire de s'inscrire en faux. Ainsi, dans un acte de naissance, l'officier de l'état civil constate, d'après la déclaration des comparants, que l'enfant qu'on lui présente est né tel jour et à telle heure. L'acte prouvera jusqu'à inscription de faux que cette déclaration a été faite à l'officier de l'état civil. Si l'on soutient par exemple que l'officier de l'état civil a indiqué dans l'acte un jour autre que celui déclaré par les comparants, il faudra s'inscrire en faux, parce que la prétention du réclamant se résume en définitive à dire que l'officier de l'état civil a commis un faux. Mais si, tout en reconnaissant que l'officier de l'état civil a reproduit exactement la déclaration qui lui a été faite,

on soutient que cette déclaration est contraire à la vérité, auquel cas on attaque la véracité des comparants et non celle de l'officier de l'état civil, il ne sera pas nécessaire de s'inscrire en faux. Paris, 31 juillet 1890, D., 91. 2. 129.

* Pour soutenir le contraire, il faudrait prétendre, comme l'ont fait quelques auteurs, que les déclarants sont eux aussi des officiers publics, en tant qu'ils font les déclarations prescrites par la loi, que par suite ils commettent un faux en écritures publiques quand ils font une fausse déclaration. Mais cette solution, que le bon sens désavoue — car comment considérer le premier venu, qui peut jouer le rôle de déclarant, comme un officier public, et lui accorder à ce titre le même crédit qu'à l'officier de l'état civil ? — est aussi désavouée par les textes. Nous voyons en effet que les déclarants qui font de fausses déclarations sont punis de la peine de la réclusion (C. pén., art. 345), tandis que les faussaires en écritures publiques sont punis de la peine des travaux forcés (C. pén., art. 145 à 147).

Si les déclarations faites par les comparants ne font pas foi jusqu'à inscription de faux, quelle est alors leur force probante ? Il faut distinguer. S'agit-il de déclarations conformes à la loi ? Elles feront foi jusqu'à simple preuve contraire. En d'autres termes, celui à qui on oppose une semblable déclaration peut en démontrer l'inexactitude par les moyens de preuve du droit commun. Mais s'il ne parvient pas à faire cette démonstration, le fait constaté par la déclaration sera tenu pour exact. S'agit-il au contraire de déclarations qui n'auraient pas dû être faites, soit parce qu'elles ne sont pas exigées par la loi, comme par exemple la déclaration contenue dans un acte de naissance que l'enfant est né non viable, soit à plus forte raison parce qu'elles sont contraires à la loi, comme la déclaration d'une paternité adultérine ou incestueuse (arg. art. 335), on les tient pour non avenues, et elles n'ont par suite aucune autorité. V. sur cette question : Cass., 26 juin 1883, D., 84. 1. 229, S., 84. 1. 367, et 1^{er} juin 1889, S., 89. 1. 335.

252. En résumé, les énonciations contenues dans les actes de l'état civil n'ont pas toutes la même autorité, la même force probante.

Les énonciations qu'on ne peut pas prétendre fausses sans attaquer la véracité de l'officier de l'état civil parlant en cette qualité, sans soutenir en d'autres termes que l'officier de l'état civil a commis un faux, font foi jusqu'à inscription de faux. Il en est ainsi des énonciations relatives à la date de l'acte, à la présence des témoins, à l'accomplissement de toutes les formalités mentionnées dans l'acte, par exemple la lecture de l'acte aux comparants en présence des témoins, enfin aux faits que l'officier de l'état civil, agissant dans les limites de son mandat légal, ateste comme les ayant vérifiés *proprio sensibus, de visu aut auditu*, par exemple le sexe d'un enfant, le décès d'une personne, le fait que telle déclaration lui a été faite par les comparants. Comme le dit fort bien la cour d'Aix, après le tribunal de Marseille (arrêt du 18 août 1870), un acte de l'état civil fait foi jusqu'à inscription de faux de tout ce que l'officier de l'état civil « déclare avoir vu et entendu..., constaté et accompli ». Cpr. Cass., 18 février 1889, S., 89. 1. 161.

Quant aux autres énonciations, elles ne font jamais foi jusqu'à inscription de faux. Tantôt elles sont dénuées de toute autorité comme moyen de preuve, par exemple s'il s'agit d'énonciations relatant une constatation que l'officier de l'état civil a faite sans avoir qualité pour cela, ou d'énonciations reproduisant exactement une déclaration faite par les comparants contrairement aux prescriptions de la loi. Tantôt elles font foi jusqu'à simple preuve contraire, comme les énonciations qui sont la reproduction exacte de déclarations faites par les comparants conformément aux prescriptions de la loi.

§ V. Des cas dans lesquels la loi autorise exceptionnellement la preuve par témoins des naissances, mariages et décès.

253. Les naissances, mariages et décès, ne peuvent en principe être prouvés qu'à l'aide d'actes régulièrement inscrits sur les regis-

tres de l'état civil. Ici comme partout, plus peut-être qu'en toute autre matière, le législateur se défie de la preuve testimoniale. Mais quelle que soit sa prévention contre ce mode de preuve, il a dû cependant l'admettre exceptionnellement dans certains cas, où les parties se trouvent, sans leur faute, dans l'impossibilité de représenter un acte régulier. C'est ce qui résulte de l'art. 46, ainsi conçu : « *Lorsqu'il n'aura pas existé de registres ou qu'ils seront perdus, la preuve en sera reçue tant par titres que par témoins; et dans ce cas, les mariages, naissances et décès, pourront être prouvés tant par les registres et papiers émanés des pères et mères décédés que par témoins* ».

La preuve exceptionnelle, dont nous allons maintenant nous occuper, est autorisée par l'art. 46 dans deux cas :

1° Lorsque le réclamant justifie qu'il n'a pas existé de registres, ce qui peut arriver pendant les temps de troubles politiques.

2° Lorsqu'il prouve que les registres de l'état civil, qui contenaient la preuve de son état, ont été perdus ou détruits par un cas fortuit ou de force majeure, tel qu'un incendie ou un pillage.

254. Il ne suffit pas au réclamant d'alléguer la non-existence ou la perte des registres ; il doit en fournir la preuve. La loi dit que cette preuve sera faite tant par *titres* (c'est-à-dire par actes écrits) que par témoins : ce qui signifie, non pas que la preuve devra nécessairement être faite par titres et par témoins tout à la fois, mais qu'elle sera faite soit par l'un, soit par l'autre de ces deux modes ; ce sera presque toujours par témoins, les titres faisant ordinairement défaut. L'ordonnance de 1667, à laquelle notre disposition a été empruntée, s'exprimait dans les mêmes termes, et elle a toujours été entendue en ce sens.

255. Quand le réclamant aura prouvé la perte ou la non-existence des registres, le juge *pourra* (c'est une faculté pour lui) l'admettre à prouver les faits relatifs à son état par le mode de preuve exceptionnel de l'art. 46. En quoi consiste-t-il ? La loi dit que « les naissances, mariages et décès pourront être prouvés *tant par les registres et papiers émanés des pères et mères décédés que par témoins* ». Ces expressions ont un sens analogue à celui des mots *tant par titres que par témoins*, qui se trouvent dans la première partie de l'article ; elles signifient donc que la preuve pourra être faite soit par titres, soit par témoins. Parmi les titres qui peuvent être produits, figurent en première ligne les actes de baptême, mariage et sépulture, dressés par les ministres des différents cultes. Notre article cite en outre : « les registres et papiers

émanés des pères et mères décédés ». Il n'est guère possible de supposer que les documents, contenus dans ces registres ou papiers, aient été préparés pour le besoin de la cause, puisque, à l'époque où ils ont été recueillis, le procès dans lequel on veut les faire servir n'était pas encore né ni peut-être prévu. On comprend que le même crédit ne doive pas être accordé en principe aux documents puisés dans les registres ou papiers des pères et mères *encore vivants* ; car ceux là pourraient bien être l'œuvre de la fraude. C'est pourquoi la loi n'en parle pas, témoignant ainsi de son peu de confiance dans ces écrits, sans cependant défendre aux parties de les invoquer et au juge d'y avoir tel égard que de raison.

256. La jurisprudence et les auteurs s'accordent pour considérer comme non limitative l'énumération donnée par l'art. 46 des cas dans lesquels la preuve testimoniale peut être admise pour prouver les naissances, mariages et décès. L'art. 46 paraît en effet n'être qu'une application de ce principe général que l'emploi de la preuve testimoniale est autorisé toutes les fois que le réclamant justifie, soit de l'impossibilité où il s'est trouvé de se procurer un titre écrit, soit de la perte de son titre par suite d'un cas fortuit, imprévu ou résultant d'une force majeure (art. 1348). L'ordonnance de 1667, à laquelle notre disposition a été presque littéralement empruntée, a toujours été entendue en ce sens.

Seulement l'accord n'existe plus sur le point de savoir quels sont les cas qui doivent être assimilés à ceux prévus par l'art. 46. Presque tous les auteurs admettent l'assimilation dans les hypothèses suivantes :

1° Lorsqu'un décès s'est produit par suite de quelque accident imprévu qui en a rendu la constatation régulière impossible, comme il peut arriver pour les décès en mer par suite de naufrage. Rouen, 11 octobre 1889, S., 90. 2. 10, D., 90. 2. 305.

2° Quand les registres ont été tenus irrégulièrement et qu'ils présentent des lacunes. Sauf à démontrer que la date de la naissance, du mariage ou du décès qu'on demande à prouver par témoins correspond à la date des lacunes ; car il est clair par exemple que l'existence d'une lacune sur le registre pendant tout le mois de janvier, n'expliquerait pas l'absence de l'acte qui a dû être dressé pour constater un décès survenu en mars.

3° Quand des lacérations ont été commises sur le registre, n'y eût-il qu'un seul feuillet absent, et sauf toujours à démontrer que la date de la naissance, du mariage ou du décès à prouver coïncide ou à peu près avec celle des actes contenus dans le feuillet qui a disparu (arg. art. 5 de la loi du 13 janvier 1817).

Mais faut-il s'en tenir là ? C'est l'avis général. La plupart des auteurs critiquent les décisions judiciaires qui ont admis la preuve par témoins de naissances, mariages ou décès, alors qu'il y avait des registres régulièrement tenus et complets en apparence, et que le réclamant alléguait seulement l'omission sur les registres d'un seul acte, celui qui le concernait. Autrement, dit-on, ce serait l'arbitraire le plus complet ; ce serait la preuve testimoniale substituée dans tous les cas à la preuve par les registres de l'état civil. — Ces reproches ne nous semblent pas fondés. L'opinion que l'on repousse n'entend pas dire, évidemment, que les tribunaux doivent admettre dans tous les cas la preuve testimoniale proposée par le réclamant pour prouver une naissance, un mariage ou un décès ; on veut dire que le juge pourra admettre cette preuve, mais seulement lorsque le demandeur aura préalablement prouvé le fait qu'il allègue à savoir qu'il n'existe pas de titre, et que l'absence de titre ne lui est pas imputable, qu'il se trouve donc sans sa faute dans l'impossibilité de produire ce titre ; or cela peut arriver même dans le cas où les registres paraissent régulièrement tenus et ne présentent pas de traces d'altération. Un mari — nous empruntons cette espèce à la jurisprudence, — déclare à l'officier de l'état civil du lieu la mort de sa femme, celui-ci délivre le permis d'inhumier et promet de dresser l'acte

de décès ; l'acte ne figure pas sur les registres, d'ailleurs régulièrement tenus en apparence, l'officier de l'état civil a oublié de réaliser sa promesse. Ces faits étant établis, le réclamant devra être admis à prouver le décès de sa femme par témoins.

En définitive, il faut donc considérer l'art. 46 comme une application de ce principe écrit en l'art. 1348, que la preuve testimoniale est recevable dans toutes les hypothèses où le réclamant justifie qu'il se trouve, sans sa faute, dans l'impossibilité de rapporter un titre pour établir le fait servant de base à sa prétention, soit que ce titre n'ait jamais existé, soit qu'il ait été perdu ou détruit par un cas fortuit, imprévu ou résultant d'une force majeure. Or cela peut arriver dans d'autres hypothèses que celles prévues par l'art. 46, qui a seulement indiqué les plus usuelles.

* 257. Dans le cas particulier où le réclamant allègue l'omission d'un acte de l'état civil sur des registres d'ailleurs régulièrement tenus, il y aurait peut-être, pour suppléer à cet acte, un moyen de procéder autre que celui qui consiste dans l'application extensive de l'art. 46. L'officier de l'état civil, en négligeant de dresser un acte de naissance ou de décès lorsqu'il en est régulièrement requis, ou en négligeant de dresser un acte de mariage immédiatement après la célébration, ainsi que le lui ordonne l'art. 75 *in fine*, se rend coupable, sinon d'un fait délictueux (car il n'y a pas de texte qui prononce contre lui une peine pour cette omission), tout au moins d'une négligence qui engage sa responsabilité civile (arg. art. 1383). Les intéressés, auxquels préjudicie le défaut d'acte, peuvent donc intenter au civil une action contre l'officier de l'état civil, ou après sa mort contre ses héritiers, pour obtenir la réparation de ce dommage. Si cette action réussit, il en résultera la preuve que l'officier de l'état civil n'a pas dressé, quand il aurait dû le faire, un acte de naissance, de mariage ou de décès. Le jugement obtenu établira ainsi l'existence de la naissance, du mariage ou du décès allégué, et son inscription sur les registres de l'état civil tiendra lieu de l'acte omis. C'est du moins ce que l'on peut induire par argument des art. 198 à 200. Ces textes supposent qu'un officier de l'état civil a détruit frauduleusement un acte de mariage. L'officier de l'état civil, coupable de cette infraction, peut être poursuivi criminellement par le ministère public, sans préjudice de l'action à intenter au civil par les intéressés. Si ces poursuites réussissent et que l'officier de l'état civil soit condamné pour avoir frauduleusement supprimé l'acte de mariage, il en résulte la preuve qu'un mariage a été célébré, et la loi dit que l'inscription du jugement de condamnation sur les registres de l'état civil remplacera l'acte de mariage. Maintenant, si l'officier de l'état civil est décédé à l'époque où l'on découvre la fraude par lui commise, il n'est plus possible d'agir au criminel ; mais on peut encore agir au civil contre ses héritiers, car, si l'action publique meurt avec le coupable, l'action civile lui survit. Si les intéressés obtiennent un jugement condamnant les héritiers de l'officier de l'état civil à des dommages et intérêts à titre de réparation du préjudice que celui-ci leur a causé, ce jugement, en constatant l'existence du crime qui a supprimé l'acte de mariage, constate implicitement la célébration du mariage, et la loi admet toujours que l'inscription de ce jugement sur le registre remplacera l'acte de mariage ; seulement, comme une collusion serait possible entre les intéressés et les héritiers de l'officier de l'état civil, la loi décide (art. 200) que l'action au civil sera intentée par le ministère public, sur la dénonciation des intéressés. On ne voit pas pourquoi une action semblable, une action civile, ne pourrait pas être intentée, sous la même garantie, contre l'officier de l'état civil lui-même, qui aurait omis de dresser l'acte de mariage et aurait ainsi engagé sa responsabilité au point de vue civil seulement, sans l'engager au point de vue pénal. Le jugement qui interviendrait serait alors inscrit sur les registres de l'état civil, et remplacerait l'acte de mariage. Et si ce procédé peut être employé pour les actes de mariage, pourquoi ne pourrait-il pas l'être également pour les actes de naissance et de décès ?

Il y aurait un moyen plus simple encore de réparer l'omission dont s'est rendu coupable l'officier de l'état civil, ce serait de demander à la justice d'ordonner la confection de l'acte qui n'a pas été dressé et son inscription sur les registres de l'état civil. Cpr. *infra* n. 270 al. 4. Ce moyen peut être employé également lorsque l'omission n'est pas imputable à l'officier de l'état civil.

258. Lorsque la preuve testimoniale est recevable, d'après ce qui vient d'être dit, pour prouver, soit le fait de la non-existence ou de la perte des registres, soit, cette preuve une fois faite, les naissances, les mariages et les décès, il y a lieu d'admettre aussi la preuve par les simples présomptions; car c'est un principe général que, dans tous les cas où la preuve testimoniale est admise, les juges sont aussi autorisés à se déterminer par de simples présomptions que la loi abandonne à leur sagesse (art. 1353).

§ VI. Sanction des dispositions relatives à la rédaction des actes de l'état civil, à la tenue des registres, etc.

259. Il ne suffisait pas de formuler des règles relativement à la rédaction des actes de l'état civil, à la tenue des registres, à leur conservation, etc., il fallait encore en assurer l'observation. Tel est l'objet des art. 50 et suivants.

260. Aux termes de l'art. 50 : « *Toute contravention aux articles précédents de la part des fonctionnaires y dénommés, sera poursuivie devant le tribunal de première instance, et punie d'une amende qui ne pourra excéder cent francs* ». C'est par exemple un officier de l'état civil qui, dans un acte de son ministère, a écrit une date en chiffres, ou quelque chose par abréviation, violant ainsi la disposition de l'art. 42; il sera passible de l'amende prononcée par notre texte. Et comme il s'agit moins de punir un délit que de réprimer une simple négligence, et qu'il eût été trop dur d'infliger à l'officier de l'état civil l'infamie qui s'attache toujours aux condamnations émanées des tribunaux correctionnels, la peine sera prononcée par le tribunal de première instance *jugeant au civil*. Si la loi eût songé au tribunal de police correctionnelle, elle n'eût pas manqué de dire, comme elle l'a fait ailleurs, « le tribunal de première instance *jugeant correctionnellement* ».

En somme, la peine prononcée par l'art. 50 est plutôt civile que correctionnelle, ce qu'explique le peu de gravité du fait à réprimer. Voyez au surplus l'avis du conseil d'Etat du 25 janvier 1804.

* **261.** De là résultent, entre autres, deux conséquences :

1^o Les poursuites, tendant à faire prononcer contre l'officier de l'état civil la peine édictée par notre article, pourront être exercées pendant trente années; elles ne pourraient être exercées que pendant trois ans, s'il s'agissait d'une peine correctionnelle (C. I. cr., art. 638).

2^o L'officier de l'état civil, condamné à une amende par application de l'art. 50, ne sera libéré de l'obligation de la payer que par la prescription de trente ans (art. 2262). Il serait au contraire libéré par la prescription de cinq ans (C. I. cr., art. 636), si la condamnation prononcée contre lui était correctionnelle.

Les greffiers des tribunaux de première instance, dépositaires des registres de l'état civil, sont incontestablement passibles, de même que les officiers de l'état civil, de l'amende prononcée par l'art. 50 pour *toute contravention aux articles précédents*. Cette sanction pénale atteint-elle aussi le président du tribunal ou le procureur de la république, qui ne se seraient pas conformés à quelqu'une des obligations que ces mêmes articles leur imposent? L'affirmative paraît bien résulter, non seulement des termes généraux de l'art. 50 (*de la part des fonctionnaires y dénommés*), mais aussi de la discussion au conseil d'Etat. Et toutefois la question est controversée.

262. Il est remarquable que la loi ne prononce en aucun cas la nullité des actes de l'état civil pour inobservation des règles qu'elle prescrit. La raison en est sans doute que les irrégularités plus ou moins graves, dont peuvent être entachés ces actes, sont presque toujours imputables à l'officier de l'état civil, et il a pu paraître injuste d'en faire retomber les conséquences sur les parties, en prononçant la nullité de l'acte destiné à constater leur état. Est-ce à dire qu'un acte de l'état civil, quelque irrégulier qu'il soit, ne pourra jamais être déclaré nul? Non sans doute. Un acte de l'état civil peut être tellement informe que nul ne songerait à en soutenir la validité. Qui prétendrait par exemple que l'acte dressé par un individu n'ayant aucun caractère public, par le premier venu, pour-

rait être déclaré valable? Mais le législateur a pensé qu'il convenait de ne rien préciser à cet égard, et de laisser par suite aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire. Les juges apprécieront. En ce sens, Cass., 28 novembre 1876, S., 77. 1. 172. Cpr. Douai, 21 déc. 1885, S., 87. 2. 151.

263. L'art. 51 dispose : « *Tout dépositaire des registres sera civilement responsable des altérations qui y surviendront, sauf son recours, s'il y a lieu, contre les auteurs desdites altérations* ». Les dépositaires des registres de l'état civil (officiers de l'état civil et greffiers des tribunaux civils de première instance) sont chargés de la garde et de la conservation de ces registres, et répondent à ce titre des altérations qu'ils y laisseraient commettre par défaut de surveillance. La loi dit qu'ils en sont *civilement responsables* : ce qui signifie qu'ils sont tenus de fournir des *réparations civiles* ou autrement dit des dommages et intérêts à ceux qui ont souffert de ces altérations. Notre article ajoute : « *sauf leurs recours, s'il y a lieu, contre les auteurs desdites altérations* » : — *s'il y a lieu*, car il se peut que l'auteur des altérations ne soit pas responsable, par exemple si c'est un fou ou un animal.

264. L'article que nous venons d'analyser suppose, on le voit, que les registres ont subi des altérations provenant du fait d'un tiers. L'article suivant prévoit le cas d'altérations provenant du fait de l'officier de l'état civil : « *Toute altération, tout faux dans les actes de l'état civil, toute inscription de ces actes faite sur une feuille volante et autrement que sur les registres à ce destinés, donneront lieu aux dommages-intérêts des parties, sans préjudice des peines portées au Code pénal* » (art. 52). Les altérations provenant du fait de l'officier de l'état civil font donc naître à sa charge une double responsabilité : *une responsabilité civile*, consistant dans l'obligation de payer des réparations civiles ou dommages et intérêts à ceux auxquels l'altération cause préjudice : *une responsabilité pénale*, qui le rend justiciable des tribunaux criminels chargés de lui appliquer les peines rigoureuses prononcées pour ces divers cas par le code pénal (C. pén., art. 145, 146, 254, 255, 192).

Ce dernier texte (art. 192) est relatif à l'hypothèse où un acte de l'état civil a été inscrit sur une feuille volante. Ni lui ni aucun autre ne dit quel est le sort de cet acte. Est-il nul ou valable? Dans le silence de la loi, le plus sûr serait peut-être d'admettre, ainsi que le faisait l'art. 9 de la déclaration du 9 avril 1736, que les tribunaux ont en cette matière un pouvoir discrétionnaire. Ils pourraient donc ou annuler l'acte ou le maintenir, ou même, prenant une sorte de moyen terme entre ces deux extrêmes, le considérer comme un commencement de preuve par écrit pouvant autoriser l'emploi de la preuve testimoniale.

Toutefois il est très douteux que les juges puissent considérer comme valable un acte de mariage inscrit sur une feuille volante, à cause de l'art. 194, qui paraît exiger positivement pour la preuve des mariages un acte *inscrit sur les registres de l'état civil*.

265. « *Le procureur du Roi au tribunal de première instance sera tenu de vérifier l'état des registres lors du dépôt qui en sera fait au greffe; il dressera un procès-verbal sommaire de la vérification, dénoncera les contraventions ou délits commis par les officiers de l'état civil, et requerra contre eux la condamnation aux amendes* » (art. 53).

D'après cet article, dont la disposition était d'ailleurs conforme au système de législation pénale alors en vigueur, le ministère public pouvait requérir contre les officiers de l'état civil les condamnations aux *peines civiles* de l'art. 50, désignées ici sous le nom d'*amendes*; mais il devait se borner à *dénoncer* les faits susceptibles de provoquer contre eux des condamnations criminelles. Aujourd'hui le procureur de la république peut, dans tous les cas, poursuivre directement l'application des peines civiles ou criminelles qu'ont encourues les officiers de l'état civil (C. I. cr., art. 22). Toutefois un avis du conseil d'Etat du 30 juin 1806, approuvé le 31 juillet, autorise le ministre de la justice à prescrire aux procureurs de la république de l'informer des poursuites qu'ils se proposent d'intenter contre les officiers de l'état civil, et à arrêter celles qui n'auraient pas pour objet des négligences ou des infractions graves.

Le procureur de la république est chargé de vérifier les registres de l'état civil, mais il n'a pas qualité pour rectifier les irrégularités qu'il découvre dans les actes inscrits sur ces registres. Ce droit n'appartient qu'au tribunal de première instance. C'est ce que nous dira l'art. 99, et ce que nous apprend par anticipation l'art. 54, ainsi conçu : « *Dans tous les cas où un tribunal de première instance connaîtra des actes relatifs à l'état civil, les parties intéressées pourront se pourvoir contre le jugement* ».

L'ordonnance du 26 novembre 1823, portant règlement sur la vérification des registres de l'état civil, apporte cependant une exception à cette règle. Il résulte des modèles qui terminent l'ordonnance que les procureurs de la république sont autorisés à faire réparer par l'officier de l'état civil, sans l'intervention du tribunal, les irrégularités que l'on peut corriger sans nuire à la substance des actes, telles que l'absence des signatures requises par la loi, et ce en présence des personnes qui ont figuré à l'acte comme parties, déclarants et témoins. On a contesté avec raison la légalité de cette disposition de l'ordonnance. Elle modifie en effet une disposition législative; or la loi ne peut pas être modifiée par une simple ordonnance (*supra* n. 42).

§ VII. Des actes de l'état civil des Français en pays étranger.

266. Un Français se trouve en pays étranger; comment fera-t-il constater les faits relatifs à son état civil? Deux moyens s'offrent à lui, entre lesquels il n'a pas toujours le choix.

267. PREMIER MOYEN. « *Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers, fait en pays étranger, fera foi, s'il a été rédigé dans les formes usitées dans ledit pays* » (art. 47). C'est une application de la règle *Locus regit actum* (*supra* n. 83). Ainsi un Français se marie en pays étranger, soit avec une Française, soit avec une étrangère; son mariage sera valable, même aux yeux de la loi française, pourvu qu'il ait été contracté conformément aux prescriptions de la loi du pays, et cette loi sera seule applicable en ce qui concerne la preuve du mariage.

Cela est sans difficulté quand la loi du pays où le Français se trouve exige un acte écrit pour constater les différents faits relatifs à l'état civil; alors en effet on est littéralement dans les termes de l'art. 47, qui déclare l'acte valable « s'il a été rédigé dans les formes usitées dans ledit pays ».

Mais le principe a une portée beaucoup plus générale. Il s'applique même dans le cas où la loi étrangère n'exige pas d'acte écrit pour la constatation des divers faits relatifs à l'état civil, et si notre article lui a donné une formule qui semble exclure cette hypothèse, c'est parce qu'elle est infiniment rare : ici comme ailleurs *lex statuit de eo quod plerumque fit*. Les naissances, mariages et décès des Français en pays étranger peuvent donc être prouvés par témoins, même sans commencement de preuve par écrit, si la loi du pays où ils se sont accomplis autorise ce mode de constatation.

Ainsi un Français, marié dans un pays (Etat de New-York) dont la loi n'exige pas d'acte écrit pour constater la célébration des mariages, mais permet d'en établir l'existence par la simple preuve « du fait de la cohabitation et réputation », devra être admis à prouver son mariage en France par témoins. Paris, 20 janvier 1873, D., 73. 2. 59, S., 73. 2. 177.

268. DEUXIÈME MOYEN. « *Tout acte de l'état civil des Français en pays étranger sera valable, s'il a été reçu, conformément aux lois françaises, par les agents diplomatiques ou par les consuls* » (art. 48). On a dit avec raison que les agents diplomatiques ou

consulaires, accrédités par le gouvernement français dans les différents pays étrangers, y jouent le rôle d'officiers de l'état civil des Français. Ceux-ci peuvent donc s'adresser à eux pour faire constater les faits relatifs à leur état civil; cette constatation devra être faite, bien entendu, dans les formes prescrites par la loi française.

Mais il faut pour cela que l'acte concerne exclusivement *des Français*, comme il arrivera pour la naissance ou le décès d'un Français ou pour un mariage entre Français. Le moyen indiqué par l'art. 48 ne serait donc pas applicable, si l'acte concernait à la fois un Français et un étranger, ce qui arriverait pour un mariage contracté entre Français et étranger. Et en effet l'officier public qui célèbre un mariage doit être compétent par rapport aux deux parties; or le consul ou l'agent diplomatique français est bien compétent quant au Français, mais non quant à l'étrangère avec qui il contracte. Le mariage devrait en pareil cas être célébré conformément à la loi du lieu. L'art. 47, qui autorise l'emploi de ce moyen, est formulé en termes beaucoup plus généraux que l'art. 48 : « Tout acte de l'état civil *des Français et des étrangers* », tandis que l'art. 48 dit : « Tout acte de l'état civil *des Français* ».

CHAPITRE II

DES ACTES DE NAISSANCE

269. La loi s'occupe dans ce chapitre : 1° des actes de naissance (art. 55 à 61); 2° des actes de reconnaissance d'enfants naturels (art. 62).

I. *Des actes de naissance.*

270. « *Les déclarations de naissance seront faites, dans les trois jours de l'accouchement, à l'officier de l'état civil du lieu : l'enfant lui sera présenté* » (art. 55).

La déclaration de naissance doit être faite *dans les trois jours de l'accouchement*. Le jour de l'accouchement ne compte pas, conformément à la règle *Dies a quo non computatur in termino*.

La loi fixe un court délai pour les déclarations de naissance, parce que la fraude est d'autant plus facile à commettre qu'il s'est écoulé plus de temps depuis la naissance que l'on prétend faire constater. En autorisant les déclarations tardives, on aurait facilité l'introduction d'étrangers dans les familles.

Qu'arrivera-t-il maintenant, si une déclaration de naissance est faite à l'officier de l'état civil après l'expiration du délai légal? ou si, la déclaration ayant été faite dans le délai, l'officier de l'état civil, qui doit rédiger l'acte de suite (art. 56 al. 2), a laissé passer le délai

sans inscrire l'acte sur le registre ? Un avis du conseil d'Etat du 12 brumaire an XI, qui a été approuvé par le chef de l'Etat et publié, qui par conséquent a acquis force de loi (*supra* n. 98), décide que l'acte de naissance ne peut plus être inscrit sur le registre qu'en vertu d'un jugement. *Adde* arg. art. 2 al. final de la loi du 19 juillet 1871. Dans la pratique, les officiers de l'état civil se conforment en général à la prescription de l'avis précité.

La déclaration de naissance doit être faite à l'officier de l'état civil du lieu... C'est une application du principe que la compétence de l'officier de l'état civil est territoriale et non personnelle (*supra* n. 229).

Enfin la loi ajoute que l'enfant sera présenté à l'officier de l'état civil. Si le transport de l'enfant devait mettre sa vie ou même sa santé en danger, l'officier de l'état civil serait tenu de se rendre au lieu où se trouve l'enfant. L'art. 6 du titre III de la loi du 20 septembre 1792 contenait à cet égard une disposition formelle, et si le code civil ne l'a pas reproduite, c'est sans doute parce qu'il l'a trouvé inutile tant elle est fondée en raison.

La présentation de l'enfant à l'officier de l'état civil lui permet de constater : 1° que l'enfant est nouveau-né. Au cas où il apparaîtrait manifestement que cette condition ne se trouve pas remplie, l'officier de l'état civil devrait refuser de dresser l'acte de naissance ; 2° quel est le sexe de l'enfant ; 3° s'il est vivant.

Dans la pratique, les officiers de l'état civil, au lieu de se faire présenter l'enfant, comme la loi l'exige, délèguent un médecin ou même une sage-femme qui se rend à domicile pour constater la naissance et le sexe de l'enfant. Ce mode de procéder n'a pas seulement le défaut d'être contraire à la loi, il est loin d'offrir les mêmes garanties que celui qui est prescrit par l'art. 55. En effet une constatation frauduleuse est beaucoup moins à craindre de la part de l'officier de l'état civil que de la part du médecin ou de la sage-femme, parce que ces derniers, en leur qualité de simples particuliers, ne sont pas comme l'officier de l'état civil passibles de la peine du faux en écritures publiques en cas de fausse constatation.

Si l'enfant est mort, l'officier de l'état civil doit se borner à constater qu'il lui a été présenté sans vie (décret du 4 juillet 1806). L'acte qu'il rédige alors doit être inscrit sur le registre des décès (même décret). L'officier de l'état civil ne doit pas constater dans l'acte la déclaration que lui feraient les comparants, soit que l'enfant est né vivant, soit qu'il est né sans vie. La question de savoir si l'enfant est né mort ou vivant peut avoir une importance capitale en matière de succession (art. 725), et la loi n'a pas voulu qu'elle pût être préjugée dans un sens ou dans l'autre par la déclaration des comparants, qui n'ont aucun caractère public et peuvent avoir intérêt d'ailleurs à trahir la vérité.

271. Aux termes de l'art. 56 : « *La naissance de l'enfant sera* » déclarée par le père, ou, à défaut du père, par les docteurs en » médecine ou en chirurgie, sages-femmes, officiers de santé, ou

» autres personnes qui auront assisté à l'accouchement; et lorsque
 » la mère sera accouchée hors de son domicile, par la personne chez
 » qui elle sera accouchée. — L'acte de naissance sera rédigé de
 » suite en présence de deux témoins ».

L'obligation de déclarer la naissance d'un enfant ne pèse pas du même poids sur toutes les personnes indiquées en l'art. 56. La loi établit entre elles un certain ordre hiérarchique.

Le père de l'enfant vient en première ligne. La déclaration de naissance est le premier devoir que la paternité impose à un homme envers son enfant. La loi ne parle pas de la mère, et on comprend pourquoi. Serait-elle en état de se transporter au bureau de l'officier de l'état civil dans les trois jours de son accouchement?

Le père est tenu de déclarer la naissance de son enfant, qu'il ait ou non assisté à l'accouchement; *lex non distinguit*. Il est cependant remarquable que l'obligation imposée de ce chef au père n'a de sanction que lorsqu'il a assisté à l'accouchement (*infra* n. 272).

De l'avis de tous, la disposition qui nous occupe s'applique uniquement au cas où le père de l'enfant est légalement connu. Il en est toujours ainsi lorsqu'il s'agit d'un enfant légitime. Au contraire le père d'un enfant naturel ne peut être légalement connu que par une reconnaissance. C'est précisément en vue d'atteindre le père naturel de l'enfant, lorsqu'il est légalement connu, que le législateur du code civil a mis dans l'art. 56 le mot *père* à la place du mot *mari* qui figurait dans le texte auquel cet article a été emprunté (art. 2 et 3 de la loi du 20 sept. 1792).

Les autres personnes indiquées par l'art. 56 ne sont tenues de déclarer la naissance de l'enfant qu'à défaut du père, c'est-à-dire lorsqu'il est mort, inconnu, absent ou privé de l'usage de ses facultés intellectuelles.

Reste à savoir quelles personnes la loi charge de déclarer la naissance d'un enfant à défaut du père. Ce sont toutes les personnes qui ont participé, ou même simplement assisté à l'accouchement; la loi cite les docteurs en médecine ou en chirurgie, les sages-femmes et les officiers de santé. En outre, si la mère est accouchée en dehors de son domicile, l'obligation de déclarer la naissance de l'enfant incombe à la personne chez qui la mère est accouchée.

La loi n'établissant aucune hiérarchie entre les personnes qu'elle désigne à défaut du père, on doit en conclure qu'elles sont toutes également tenues de déclarer la naissance de l'enfant.

272. Le code civil, tout en imposant aux personnes que nous venons d'indiquer l'obli-

gation de déclarer les naissances, avait jugé inutile d'assurer l'obéissance à cette prescription par une sanction pénale : pourquoi sanctionner une loi qui, après avoir rencontré des résistances au début, semblait définitivement entrée dans les mœurs? comment croire d'ailleurs qu'une obligation, imposée à un aussi grand nombre de personnes, pût jamais rester sans exécution? Mais, en cette matière comme en bien d'autres, l'expérience démontra qu'il est imprudent de compter sur la bonne volonté des particuliers pour assurer l'observation des lois. Dans les premiers temps qui suivirent la promulgation du code civil, beaucoup de naissances ne furent pas déclarées, surtout en ce qui concerne les enfants mâles qu'on espérait par ce moyen soustraire à la conscription. Le besoin d'une sanction se faisait impérieusement sentir. L'art. 346 du code pénal est venu la créer. Il dispose : « *Toute personne qui, ayant assisté à un accouchement, n'aura pas fait la déclaration à elle prescrite par l'article 56 du Code civil, et dans les délais fixés par l'article 55 du même Code, sera punie d'un emprisonnement de six jours à six mois, et d'une amende de seize à trois cents francs* ». Il est remarquable que la peine édictée par ce texte n'est prononcée que contre les personnes qui ont assisté à l'accouchement. De là il résulte que le père de l'enfant et la personne chez qui la mère est accouchée échapperont à toute pénalité s'ils n'ont pas assisté à l'accouchement. Bien qu'il puisse paraître douteux que telle ait été l'intention du législateur, le principe d'interprétation restrictive, qui s'impose en matière pénale, ne permet pas d'admettre une autre solution.

273. L'officier de l'état civil, qui reçoit une déclaration de naissance, doit rédiger l'acte *de suite* en présence de deux témoins (art. 56). Sur la sanction de cette obligation v. *supra* n. 270.

L'art. 57 indique ce que doit contenir l'acte de naissance : « *L'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant, et les prénoms qui lui seront donnés, les prénoms, noms, profession et domicile des père et mère, et ceux des témoins* ».

Il ne peut être donné à un enfant, dans son acte de naissance, d'autres prénoms que ceux en usage dans les différents calendriers et ceux des personnages connus de l'histoire ancienne. Loi du 11 germinal an XI, relative aux prénoms et changements de noms. Toutefois les Israélites ont le droit de choisir les prénoms de leurs enfants parmi les personnages de la Bible. Circ. min. du 28 sept. 1813.

L'autorisation du gouvernement est nécessaire pour changer de nom. Loi du 11 germinal an XI, précitée. Cpr. loi du 6 fructidor an II. Voyez aussi le décret du 20 juillet 1808, concernant les juifs qui n'ont pas de nom de famille et de prénoms fixes.

* **274.** L'énonciation relative aux noms des père et mère de l'enfant donne lieu à plusieurs observations.

Pas de difficulté quand l'enfant est légitime : la paternité et la maternité légitimes sont des faits honorables, et les parents de l'enfant ne peuvent avoir aucun motif pour vouloir que l'acte de naissance ne révèle pas leurs noms. L'officier de l'état civil devra donc les indiquer dans l'acte, sur la déclaration des comparants.

Si l'enfant est illégitime et que sa filiation soit adultérine ou incestueuse, il est sans difficulté également que l'acte de naissance ne devra pas révéler cette filiation (arg. art. 335). Ainsi l'officier de l'état civil devrait refuser de mentionner dans un acte de naissance la déclaration qui lui serait faite que tel enfant, né d'une femme mariée, *a pour père un autre que le mari de la mère*, alors même que ce serait celui qui prétendrait être le père de l'enfant qui ferait cette déclaration.

Reste le cas où l'enfant est simplement naturel. C'est là que se produisent les véritables difficultés de la matière.

Quant au père, on admet que son nom ne doit pas être indiqué, à moins cependant qu'il n'ait déjà reconnu l'enfant ou qu'il ne déclare lui-même sa paternité à l'officier de l'état civil au moment ou celui-ci dresse l'acte (arg. art. 334 et 340).

Mais, en ce qui concerne la mère naturelle, on est loin d'être d'accord.

Tout d'abord les comparants sont-ils obligés d'indiquer son nom? Nous ne le croyons pas. Nul texte ne leur impose cette obligation. L'art. 57 dit, il est vrai, que l'acte de naissance doit énoncer les noms des *père et mère*, ce qui implique l'obligation pour les comparants de les déclarer. Mais tout le monde reconnaît qu'en parlant du père, la loi ne vise que le père légitime (nous venons de démontrer que les comparants n'ont pas à déclarer le nom du père naturel); alors comment se pourrait-il qu'en parlant de la mère il n'eût pas songé aussi à la mère légitime exclusivement? Comprendrait-on que, dans un seul et même texte, le mot PÈRE pût signifier *le père légitime* seulement, et le mot MÈRE, *la mère légitime ou naturelle*?

Il y a cependant des officiers de l'état civil qui exigent des comparants l'indication du nom de la mère naturelle et refusent de dresser l'acte de naissance tant que cette indication ne leur a pas été fournie. En supposant, contrairement à notre sentiment, que cette pratique soit conforme à la loi, les déclarants qui refuseraient d'obtempérer à l'injonction de l'officier de l'état civil seraient-ils passibles des peines prononcées par l'art. 346 du code pénal? Il nous paraît impossible de l'admettre. La loi dit : « Toute personne qui, ayant » assisté à un accouchement, n'aura pas fait la déclaration *à elle prescrite par l'article 56* » du Code civil et dans les délais fixés par l'article 55 du même Code, sera punie..... » Ce que la loi punit, c'est seulement l'infraction aux prescriptions de l'art. 56, qui ordonne à certaines personnes de déclarer la naissance, mais non l'infraction aux prescriptions de l'art. 57. Or, en supposant que les déclarants soient tenus d'indiquer le nom de la mère naturelle, cette obligation résulterait pour eux de l'art. 57 et non de l'art. 56, et par conséquent sa violation n'entraînerait pas l'application des peines prononcées par l'art. 346 C. pén. L'interprétation restrictive est de rigueur en matière pénale. Il semble surtout impossible de songer à appliquer ce texte au déclarant qui refuse d'indiquer le nom de la mère, lorsqu'il ne pourrait le faire connaître sans violer le secret professionnel dont il est tenu et sans s'exposer par suite à encourir les peines prononcées par l'art. 378 C. pén. Comprendrait-on que la loi eût pu placer un accoucheur dans l'alternative inéluctable d'avoir à subir ou les rigueurs de l'art. 346 du code pénal, pour n'avoir pas fait connaître le nom de la mère de l'enfant dont il déclare la naissance, nom qu'il ne connaît que sous le sceau du secret professionnel, ou les rigueurs de l'art. 378 du même code pour avoir violé son secret en faisant connaître ce nom? Ajoutons qu'il serait dangereux de placer la mère entre son déshonneur et son devoir. Si elle ne peut se confier à un médecin ou à une sage-femme sans s'exposer à voir dévoiler sa faute, n'est-il pas à craindre qu'elle ne songe à en faire disparaître les traces au moyen d'un crime?

En admettant que les comparants ne soient pas tenus de déclarer le nom de la mère, il reste une difficulté. S'ils le déclarent, l'officier de l'état civil devra-t-il le mentionner dans l'acte? Il y a de très bonnes raisons pour soutenir la négative. D'abord l'officier de l'état civil ne doit mentionner dans les actes de son ministère que ce qui *doit* être déclaré par les comparants (art. 35), c'est-à-dire ce que la loi les oblige à déclarer; or on vient de voir qu'elle ne les oblige pas à déclarer le nom de la mère naturelle. Pourquoi d'ailleurs exiger l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant naturel? puisque cet acte de naissance, à la différence de celui de l'enfant légitime (art. 319), ne prouve pas sa filiation. Paris, 11 juin 1891, D., 92. 2. 533, S., 92. 2. 213. Cette indication ne pourrait présenter pour l'enfant naturel d'autre utilité que de le mettre sur les traces de sa mère, et de lui fournir à cet égard un renseignement tel quel qui lui viendra en aide s'il veut essayer de faire la preuve de sa filiation par témoins, conformément à l'art. 341; mais on conçoit aisément que le législateur n'ait pas tenu compte de cet intérêt.

Malgré ces raisons, la pratique est contraire et la jurisprudence incertaine. En doctrine l'opinion qui paraît prévaloir peut se formuler ainsi : Les comparants ne sont pas obligés d'indiquer le nom de la mère naturelle; mais s'ils l'indiquent, l'officier de l'état civil doit le mentionner dans l'acte.

275. L'art. 58 contient quant aux enfants trouvés une disposition qui se suffit à elle-même : « *Toute personne qui aura trouvé un enfant nouveau-né, sera tenue de le remettre à l'officier de l'état civil, ainsi que les vêtements et autres effets trouvés avec*

» l'enfant, et de déclarer toutes les circonstances du temps et du lieu où il aura été
 » trouvé. — Il en sera dressé un procès-verbal détaillé, qui énoncera en outre l'âge
 » apparent de l'enfant, son sexe, les noms qui lui seront donnés, l'autorité civile à
 » laquelle il sera remis. Ce procès-verbal sera inscrit sur les registres ». Cpr. C. pén.,
 art. 347.

Pour les actes relatifs aux naissances pendant les voyages en mer, nous nous bornerons à transcrire les art. 59 à 61 qui ont reçu une rédaction nouvelle de la loi du 8 juin 1893.

ART. 59. *En cas de naissance pendant un voyage maritime, il en sera dressé acte dans les trois jours de l'accouchement, en présence du père s'il est à bord, et de deux témoins pris parmi les officiers du bâtiment, ou, à leur défaut, parmi les hommes de l'équipage. — Si la naissance a lieu pendant un arrêt dans un port, l'acte sera dressé dans les mêmes conditions, lorsqu'il y aura impossibilité de communiquer avec la terre ou lorsqu'il n'existera pas dans le port, si l'on est à l'étranger, d'agent diplomatique ou consulaire français investi des fonctions d'officier de l'état civil. — Cet acte sera rédigé, savoir : sur les bâtiments de l'Etat, par l'officier du commissariat de la marine ou, à son défaut, par le commandant ou celui qui en remplit les fonctions; et sur les autres bâtiments, par le capitaine, maître ou patron, ou celui qui en remplit les fonctions. — Il y sera fait mention de celle des circonstances ci-dessus prévues dans laquelle l'acte a été dressé. — L'acte sera inscrit à la suite du rôle d'équipage.*

ART. 60. *Au premier port où le bâtiment abordera pour toute autre cause que celle de son désarmement, l'officier instrumentaire sera tenu de déposer deux expéditions de chacun des actes de naissance dressés à bord. — Ce dépôt sera fait, savoir : si le port est français, au bureau des armements par les bâtiments de l'Etat, et au bureau de l'inscription maritime par les autres bâtiments; si le port est étranger, entre les mains du consul de France. Au cas où il ne se trouverait pas dans ce port de bureau des armements, de bureau de l'inscription maritime ou de consul, le dépôt serait ajourné au plus prochain port d'escale ou de relâche. — L'une des expéditions déposées sera adressée au ministre de la marine qui la transmettra à l'officier de l'état civil du dernier domicile du père de l'enfant ou de la mère si le père est inconnu, afin qu'elle soit transcrite sur les registres; si le dernier domicile ne peut être retrouvé ou s'il est hors de France, la transcription sera faite à Paris. — L'autre expédition restera déposée aux archives du consulat ou du bureau de l'inscription maritime. — Mention des envois et dépôts effectués conformément aux prescriptions du présent article sera portée en marge des actes originaux par les commissaires de l'inscription maritime ou par les consuls.*

ART. 61. *A l'arrivée du bâtiment dans le port de désarmement, l'officier instrumentaire sera tenu de déposer, en même temps que le rôle d'équipage, une expédition de chacun des actes de naissance dressés à bord dont copie n'aurait point été déjà déposée conformément aux prescriptions de l'article précédent. — Ce dépôt sera fait, pour les bâtiments de l'Etat, au bureau des armements, et, pour les autres bâtiments, au bureau de l'inscription maritime. — L'expédition ainsi déposée sera adressée au ministre de la marine, qui la transmettra comme il est dit à l'article précédent.*

II. Des actes de reconnaissance d'enfants naturels.

276. La filiation des enfants naturels se constate par un acte de reconnaissance (v. *infra* l'explication de l'art. 334). La reconnaissance est un aveu de paternité ou de maternité; elle ne peut, aux termes de l'art. 334, être faite que par acte authentique. L'officier de l'état civil est un des officiers publics qui ont qualité pour recevoir les reconnaissances d'enfants naturels. Si la reconnaissance est faite au moment de la déclaration de naissance et en même temps que cette déclaration, l'officier de l'état civil la constatera dans l'acte de naissance qui prouvera ainsi, d'une part, le fait de la naissance de l'enfant, et, d'autre part, sa filiation à l'égard de celui de ses auteurs qui l'a reconnu ou de tous les deux s'ils l'ont reconnu l'un et l'autre. Si au contraire la reconnaissance est faite après coup, l'officier de l'état civil en dressera un acte distinct. C'est à cette hypothèse que s'applique l'art. 62, ainsi conçu : « *L'acte de reconnaissance d'un enfant naturel sera inscrit sur les registres à sa date, et il en sera fait mention en marge de l'acte de naissance, s'il en existe un* ».

Il y a un lien étroit entre l'acte de reconnaissance d'un enfant naturel et son acte de naissance : celui-ci prouve le fait de la naissance de l'enfant, celui-là sa filiation, c'est-à-dire le lien qui le rattache à ses père et mère ou à l'un d'eux, et ils valent ainsi à eux deux ce que vaut pour les enfants légitimes l'acte de naissance tout seul, qui prouve tout

à la fois leur naissance et leur filiation (v. l'explication des art. 319 et 334). Aussi la loi paraît-elle considérer l'acte de reconnaissance de l'enfant naturel comme le complément de son acte de naissance. C'est du moins ce que l'on peut induire, soit de la place qu'occupe l'art. 62, dans le chapitre *Des actes de naissance*, soit de la disposition de cet article qui exige que l'acte de reconnaissance soit mentionné en marge de l'acte de naissance s'il en existe un. Cela posé, on est tout naturellement conduit à décider :

1° Que l'acte de reconnaissance dressé par un officier de l'état civil sera soumis quant à la forme aux mêmes règles que l'acte de naissance : il devra par conséquent être rédigé en présence de deux témoins (arg. art. 56 al. 2) ;

2° Que l'acte de reconnaissance doit être inscrit sur le registre des naissances s'il en existe un spécial pour cette nature d'actes.

La reconnaissance d'un enfant naturel peut être faite, soit devant l'officier de l'état civil du lieu de la naissance de l'enfant, soit devant l'officier de l'état civil d'une autre commune quelle qu'elle soit. Dans ce dernier cas, l'officier de l'état civil exige ordinairement la production d'une expédition de l'acte de naissance de l'enfant, et il se trouve ainsi en mesure de satisfaire aux prescriptions de l'art. 62 en ce qui concerne la mention de la reconnaissance en marge de l'acte de naissance de l'enfant. A cet effet il adressera les pièces nécessaires soit à l'officier de l'état civil du lieu de la naissance, si l'acte de naissance se trouve inscrit sur les registres de l'année courante, soit à cet officier et au greffier, si l'acte est inscrit sur les registres d'une année antérieure. Cpr. art. 49.

Au cas où un enfant naturel naîtrait pendant un voyage en mer, sa reconnaissance peut être effectuée dans les formes déterminées par les alinéas 2 et 3 de l'art. 62, ajoutés par la loi du 8 juin 1893 : « *Dans les circonstances prévues à l'article 59, la déclaration de reconnaissance pourra être reçue par les officiers instrumentaires désignés en cet article, et dans les formes qui y sont indiquées. — Les dispositions des articles 60 et 61 relatives au dépôt et aux transmissions seront, dans ce cas, applicables. Toutefois, l'expédition adressée au ministre de la marine devra être transmise par lui, de préférence, à l'officier de l'état civil du lieu où l'acte de naissance de l'enfant aura été dressé ou transcrit, si ce lieu est connu.* »

CHAPITRE III

DES ACTES DE MARIAGE

277. Nous renvoyons, comme le font tous les auteurs, l'explication du chapitre III au titre *Du mariage*, qui contient un grand nombre de règles nécessaires pour l'intelligence de cette matière.

CHAPITRE IV

DES ACTES DE DÉCÈS

278. L'intérêt supérieur de la salubrité publique exige que les inhumations ne soient pas trop retardées. Mais d'un autre côté les inhumations précipitées offrent des dangers, soit parce qu'elles peuvent permettre de dissimuler les traces d'un crime, soit parce que le décès n'est pas certain à une époque trop rapprochée de celle où la personne a donné le dernier signe de vie. Il y a donc un juste milieu à observer.

La loi ne prescrit aucune mesure pour parer aux inconvénients des inhumations tardives ; elle s'en rapporte sur ce point aux

parents et aux amis de la personne décédée, qui seraient les premiers à souffrir d'un trop long retard. Mais elle a cru devoir parer au danger des inhumations précipitées. L'art. 77 dit à ce sujet : « *Aucune inhumation ne sera faite sans une autorisation, sur papier libre et sans frais, de l'officier de l'état civil, qui ne pourra la délivrer qu'après s'être transporté au domicile de la personne décédée, pour s'assurer du décès, et que vingt-quatre heures après le décès, hors les cas prévus par les règlements de police* ». L'art. 338 C. pén. contient la sanction de cette disposition, qui est applicable aux enfants morts-nés, mais non aux simples fœtus.

Donc deux conditions, pour qu'une inhumation puisse avoir lieu :

1^o *Qu'il se soit écoulé vingt-quatre heures au moins depuis le décès.*

2^o *Qu'une autorisation de procéder à l'inhumation ait été délivrée par l'officier de l'état civil.* Cette autorisation, qui doit être donnée sur papier libre et sans frais, peut être accordée avant l'expiration du délai de vingt-quatre heures, mais alors l'autorisation devra indiquer l'heure à laquelle l'inhumation pourra avoir lieu. Cette manière de procéder n'offre aucun inconvénient, et elle n'est pas contraire au texte de l'art. 77, les mots *et que vingt-quatre heures après le décès* paraissant ne se rapporter qu'à la première disposition de l'article : *Aucune inhumation ne sera faite sans une autorisation*, et non à la disposition suivante, relative à la délivrance de l'autorisation, qui se trouve contenue dans une phrase incidente.

Mentionnons ici l'art. 1^{er} du décret du 27 avril 1889, ainsi conçu : « *L'officier de l'état civil peut, s'il y a urgence, notamment en cas de décès survenu à la suite d'une maladie contagieuse ou épidémique, ou en cas de décomposition rapide, prescrire, sur l'avis du médecin commis par lui, la mise en bière immédiate après la constatation officielle du décès, sans préjudice du droit d'ordonner la sépulture avant l'expiration du délai fixé par l'article 77 du Code civil* ». Le lecteur fera bien de prendre connaissance des autres articles de cet important décret, que le manque d'espace ne nous permet pas de reproduire intégralement. Il contient des dispositions intéressantes sur l'embaumement (art. 3), sur le transport des cadavres (art. 4), sur les chambres funéraires (art. 5 à 9), sur le lieu où l'inhumation doit être faite (art. 10 et 11), sur le mode de l'inhumation (art. 12 à 15) et sur l'incinération (art. 16 à 21).

278 bis. La loi du 13 nov. 1887 *sur la liberté des funérailles*, art. 3, autorise toute personne majeure ou mineure émancipée, en état de tester, à régler : 1^o les conditions de ses funérailles, notamment en déterminant si elles auront lieu civilement ou suivant les rites d'une religion déterminée ; 2^o le *mode de sa sépulture*. Cpr. t. II, n. 376 bis et 668 bis. On peut donc choisir entre l'inhumation et la crémation. Si le défunt n'a pas déterminé les conditions de ses funérailles ni le mode de sa sépulture, le tout est réglé par sa famille.

La crémation comme l'inhumation ne peut avoir lieu sans une autorisation de l'officier de l'état civil du lieu du décès. Cette autorisation ne peut être donnée que sur le vu de certaines pièces énumérées par l'art. 17 du décret du 27 avril 1889, parmi lesquelles figure un certificat médical attestant que le décès est dû à une cause naturelle. Les cendres ne peuvent être déposées, même à

titre provisoire, que dans les lieux de sépulture régulièrement établis; elles ne peuvent être déplacées qu'en vertu d'une permission de l'autorité municipale (art. 20 et 21 du décret).

279. Il doit être dressé acte de tout décès.

L'acte de décès a pour but de constater : le fait même du décès; l'individualité de la personne décédée.

Il doit d'abord constater le *fait du décès*. L'officier de l'état civil doit le vérifier par lui-même; la loi exige à cet effet qu'il se transporte au domicile de la personne décédée.

Dans la pratique, l'officier de l'état civil se décharge ordinairement de ce soin sur un homme de l'art (médecin ou officier de santé), quelquefois même à la campagne sur une sage-femme, qui se rend à domicile pour constater le décès. Cette manière de procéder, qui est approuvée par les auteurs, ne nous paraît pas conforme au vœu de la loi, et, quoi qu'on en dise, la constatation d'un décès par un chirurgien offre beaucoup moins de garanties que sa constatation par un officier de l'état civil. Nous ne voulons pas dire que l'officier de l'état civil soit plus compétent qu'un homme de l'art pour constater un décès douteux. Mais la fausse constatation d'un décès, faite sciemment par l'officier de l'état civil, l'exposant à la peine des travaux forcés à perpétuité, comme coupable de faux en écritures publiques, son affirmation doit inspirer toute confiance; tandis qu'il n'en est pas de même de celle de l'homme de l'art qui peut, se faisant le complice d'une fraude, trahir la vérité sans s'exposer à des peines aussi sévères.

Quoi qu'il en soit, sur ce point, ce qui est certainement contraire au vœu de la loi, c'est la manière de procéder de certains officiers de l'état civil, qui croient sur parole ceux qui viennent déclarer un décès, sans se donner la peine de contrôler ni de faire contrôler leur déclaration. Rien n'est plus facile, grâce à cette négligence, que de faire constater régulièrement le décès d'un individu plein de vie.

L'acte de décès doit, en second lieu, constater l'*individualité de la personne décédée*. Les renseignements nécessaires à cet effet sont fournis à l'officier de l'état civil par les comparants : « *L'acte de décès* », dit l'art. 78, « *sera dressé par l'officier de l'état civil, sur la déclaration de deux témoins. Ces témoins seront, s'il est possible, les deux plus proches parents ou voisins, ou, lorsqu'une personne sera décédée hors de son domicile, la personne chez laquelle elle sera décédée, et un parent ou autre* ».

On remarquera que, dans l'acte de décès, les mêmes personnes jouent le double rôle de déclarants et de témoins. Nous en concluons qu'elles doivent être du sexe masculin et âgées de vingt et un ans (arg. art. 37).

Régulièrement l'acte de décès doit être dressé avant l'inhumation. Après l'inhumation, l'acte ne pourrait plus être inscrit sur le registre qu'en vertu d'un jugement. Arg. tiré de l'avis du conseil d'Etat du 12 brumaire de l'an XI, que nous avons mentionné plus haut, au n. 270. V. aussi circul. min. du 28 mai 1822. En sens contraire, tribunal de Louvain, 11 mars 1889, et tribunal de Termonde, 25 juillet 1891, S., 92. 4. 32.

Dans la pratique, l'officier de l'état civil ne délivre le permis d'inhumer qu'après avoir dressé l'acte de décès. Il faut donc, préalablement à l'obtention du permis, que deux personnes, réunissant les conditions prescrites par les art. 37 et 78, soient venues faire à l'officier de l'état civil les déclarations prescrites par l'art. 79, en vue de la rédaction de l'acte de décès, déclarations plus complexes que celles nécessaires pour l'obtention du

permis d'inhumer. Si l'officier de l'état civil délivrait le permis d'inhumer avant de s'être fait mettre en situation de rédiger l'acte de décès, il s'exposerait à ne pouvoir remplir cette formalité avant l'inhumation. En effet, le permis d'inhumer une fois obtenu, on ne se mettrait peut-être pas en peine de venir lui faire les déclarations nécessaires pour la rédaction de l'acte de décès. Cela serait d'autant plus à craindre que la tardiveté ou même l'absence de déclaration ne sont punies par aucune disposition de nos lois. Le refus provisoire du permis d'inhumer est le seul moyen pratique que l'on aperçoive pour forcer les intéressés à se mettre en règle.

Ce mode de procéder, très sage et très correct, est prescrit par une circulaire ministérielle du 18 janvier 1882. Mais cette circulaire n'a pas force de loi, et l'officier de l'état civil qui y contreviendrait n'encourrait aucune responsabilité ni pénale, ni même simplement civile. La cour de Limoges a donc jugé avec raison, à notre avis, que l'officier de l'état civil, qui, ayant délivré le permis d'inhumer avant de dresser l'acte de décès, s'était trouvé dans l'impossibilité de dresser cet acte avant l'inhumation faute de déclaration faite en temps utile, n'était pas tenu de supporter les frais du jugement rendu pour réparer l'omission de l'acte de décès sur les registres. Limoges, 15 mai 1889, D., 90. 2. 307.

280. Recherchons maintenant quelles sont les déclarations que doivent faire les comparants à l'officier de l'état civil chargé de dresser l'acte de décès. L'art. 79 répond à cette question, en disant ce que doit contenir l'acte de décès : « *L'acte de décès contiendra* » *les prénoms, nom, âge, profession et domicile de la personne décédée ; les prénoms et le nom de l'autre époux, si la personne décédée était mariée, ou veuve ; les prénoms, noms, âges, professions et domiciles des déclarants ; et, s'ils sont parents, leur degré de parenté.* — *Le même acte contiendra de plus, autant qu'on pourra le savoir, les prénoms, noms, profession et domicile des père et mère du décédé, et le lieu de sa naissance* ».

281. Nous ne voyons pas figurer parmi les énonciations que doit contenir l'acte de décès l'indication du jour et de l'heure du décès. Ce point est pourtant d'une extrême importance, car c'est au moment même du décès que s'ouvre la succession de la personne décédée (art. 718), et qu'elle devient incapable d'acquérir (arg. art. 725). Mais l'officier de l'état civil n'aurait pu le préciser que d'après les indications fournies par les comparants. Or il y a quelques raisons de se défier de leur sincérité ; car ils sont peut-être de ceux qui ont des prétentions à la succession du défunt, et peuvent à ce titre avoir intérêt à trahir la vérité. Dans ces conditions on comprend à merveille que la loi ait préféré le silence de l'acte à une indication suspecte, dont les auteurs auraient pu venir se prévaloir plus tard. La question de savoir à quel moment le décès s'est produit, dans le cas où elle pourra offrir de l'intérêt, arrivera ainsi vierge de tout préjugé devant les tribunaux chargés de la résoudre en cas de contestation. Tandis que si la loi avait exigé l'indication du jour et de l'heure du décès, l'acte aurait fait foi sur ce point, au moins jusqu'à preuve contraire, et aurait ainsi préjugé cette question fort importante.

Néanmoins les formules délivrées par l'administration contiennent la mention du jour et de l'heure du décès, et en fait presque tous les officiers de l'état civil se conforment à ces modèles. Les actes de décès contiennent donc l'indication du jour et de l'heure du décès. D'après ce qui précède, cette indication doit être considérée comme sans valeur, elle n'a aucune force probante. Cpr. *supra* n. 251 al. final. La majorité des auteurs inclinent à décider au contraire qu'elle doit faire foi jusqu'à simple preuve contraire, et cette décision est logique de la part de ceux qui admettent que, malgré le silence de l'art. 79, les déclarants doivent indiquer à l'officier de l'état civil le jour et l'heure du décès, et que celui-ci doit relater cette déclaration dans l'acte.

282. Les circonstances qui ont accompagné la mort, ne présentant aucun inlérêt eu égard au but en vue duquel l'acte de décès est dressé, ne doivent pas être mentionnées, surtout quand elles sont déshonorantes pour la famille du défunt. Aussi l'art. 85 dit-il :
 » *Dans tous les cas de mort violente, ou dans les prisons et maisons de réclusion, ou*
 » *d'exécution à mort, il ne sera fait sur les registres aucune mention de ces circon-*
 » *stances, et les actes de décès seront simplement rédigés dans les formes prescrites par*
 » *l'article 79.* »

Hypothèses particulières.

283. I. DÉCÈS DANS LES HÔPITAUX CIVILS, MILITAIRES OU AUTRES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS. « *En cas de décès dans les hôpitaux ou les formations sanitaires, les hôpitaux*
 » *maritimes, coloniaux, civils ou autres établissements publics, soit en France, soit dans*
 » *les colonies ou les pays de protectorat, les directeurs, administrateurs ou maîtres de*
 » *ces hôpitaux ou établissements devront en donner avis, dans les vingt-quatre heures,*
 » *à l'officier de l'état civil ou à celui qui en remplit les fonctions. — Celui-ci s'y trans-*
 » *portera pour s'assurer du décès et en dressera l'acte conformément à l'article précé-*
 » *dent, sur les déclarations qui lui auront été faites et sur les renseignements qu'il aura*
 » *pris. — Il sera tenu, dans lesdits hôpitaux, formations sanitaires et établissements,*
 » *un registre sur lequel seront inscrits ces déclarations et renseignements. — L'officier*
 » *de l'état civil qui aura dressé l'acte de décès enverra, dans le plus bref délai, à l'offi-*
 » *cier de l'état civil du dernier domicile du défunt une expédition de cet acte, laquelle*
 » *sera immédiatement transcrite sur les registres* » (art. 80, rédaction nouvelle de la loi du 8 juin 1893).

La disposition de cet article est applicable aux décès survenus dans les hôpitaux ou autres établissements publics, tels que collèges, couvents, séminaires, etc.

L'officier de l'état civil, qui, sur la déclaration du chef de l'établissement, s'y transporte pour constater le décès, doit en dresser acte conformément à l'art. 79 en présence de deux témoins.

Les registres spéciaux, qui doivent, aux termes de l'alinéa 3 de notre article, exister dans les hôpitaux ou autres établissements publics, n'ont pas la même autorité que les registres de l'état civil, car ceux qui sont chargés de leur tenue n'ont aucun caractère public. Ces registres ne jouissent pas de l'authenticité et ne peuvent être produits en justice qu'à titre de simples renseignements.

Il faut excepter cependant les registres des lazarets. La loi du 3 mars 1822, art. 19, investit ceux qu'elle charge de les tenir des fonctions d'*officier de l'état civil* et les charge de dresser en présence de deux témoins *les actes de naissances et de décès*, dont une expédition doit ensuite être adressée à l'officier de l'état civil du lieu, qui n'a qu'à transcrire l'acte sur ses registres.

II. CAS OÙ IL Y A DES SIGNES OU INDICES DE MORT VIOLENTE. « *Lorsqu'il y aura des*
 » *signes ou indices de mort violente, ou d'autres circonstances qui donneront lieu de le*
 » *soupçonner, on ne pourra faire l'inhumation qu'après qu'un officier de police, assisté*
 » *d'un docteur en médecine ou en chirurgie, aura dressé procès-verbal de l'état du*
 » *cadavre, et des circonstances y relatives, ainsi que des renseignements qu'il aura pu*
 » *recueillir sur les prénoms, nom, âge, profession lieu de naissance et domicile de la*
 » *personne décédée* » (art. 81).

« *L'officier de police sera tenu de transmettre de suite à l'officier de l'état civil du*
 » *lieu où la personne sera décédée, tous les renseignements énoncés dans son procès-*
 » *verbal, d'après lesquels l'acte de décès sera rédigé. — L'officier de l'état civil en*
 » *enverra une expédition à celui du domicile de la personne décédée, s'il est connu :*
 » *cette expédition sera inscrite sur les registres* » (art. 82).

Les renseignements qui, d'après l'art. 82, doivent être transmis à l'officier de l'état civil, sont seulement ceux relatifs à l'individualité de la personne décédée, noms, prénoms, etc. (art. 79); mais non les renseignements du procès-verbal, relatifs aux circonstances qui ont accompagné la mort, puisque ces circonstances ne doivent pas être mentionnées dans l'acte de décès.

L'acte de décès doit être dressé en présence de deux témoins, conformément au droit commun.

III. DÉCÈS PAR SUITE D'EXÉCUTION CAPITALE. « *Les greffiers criminels seront tenus d'envoyer, dans les vingt-quatre heures de l'exécution des jugements portant peine de mort à l'officier de l'état civil du lieu où le condamné aura été exécuté, tous les renseignements énoncés en l'article 79, d'après lesquels l'acte de décès sera rédigé* » (art. 83). L'acte de décès doit être rédigé, conformément au droit commun, en présence de deux témoins.

IV. DÉCÈS DANS LES PRISONS OU MAISONS DE RÉCLUSION ET DE DÉTENTION. « *En cas de décès dans les prisons ou maisons de réclusion ou de détention, il en sera donné avis sur-le-champ, par les concierges ou gardiens, à l'officier de l'état civil, qui s'y transportera comme il est dit en l'article 80, et rédigera l'acte de décès* » (art. 84).

Cet acte sera dressé suivant les règles du droit commun, auxquelles la loi se réfère par cela seul qu'elle n'y déroge pas, donc en présence de deux témoins.

V. DÉCÈS PENDANT LES VOYAGES EN MER. Cette matière est régie par l'art. 86 dont la rédaction actuelle est due à la loi du 8 juin 1893. Voici le texte de cet article : « *En cas de décès pendant un voyage maritime et dans les circonstances prévues à l'article 59, il en sera, dans les vingt-quatre heures et en présence de deux témoins, dressé acte par les officiers instrumentaires désignés en cet article et dans les formes qui y sont prescrites. — Les dépôts et transmissions des originaux et des expéditions seront effectués conformément aux distinctions prévues par les articles 60 et 61. — La transcription des actes de décès sera faite sur les registres de l'état civil du dernier domicile du défunt, ou, si ce domicile est inconnu, à Paris.* »

L'article que nous venons de transcrire contient des dispositions analogues à celles des art. 59 à 61 relatifs aux naissances pendant un voyage en mer. Au point de vue pratique, il offre plus d'intérêt que ces derniers, les décès pendant les voyages en mer étant plus fréquents que les naissances.

Aucune disposition de nos lois n'établit de formes particulières permettant la célébration des mariages pendant le cours d'un voyage en mer. Une dérogation au droit commun ne s'imposait pas ici comme pour les naissances et surtout pour les décès. On peut retarder la célébration d'un mariage ou l'avancer, tandis qu'il faut subir les lois de la nature pour les naissances et les décès.

VI. DÉCÈS PAR SUITE DE CHUTE A L'EAU OU DE NAUFRAGE. Le législateur du code civil n'avait point prévu cette hypothèse. Elle a été réglementée par la loi du 8 juin 1893 à laquelle nous devons les nouveaux art. 87 à 92 dont nous reproduisons le texte.

ART. 87. — *Si une ou plusieurs personnes inscrites au rôle d'équipage ou présentes à bord, soit sur un bâtiment de l'Etat, soit sur tout autre bâtiment, tombent à l'eau sans que leur corps puisse être retrouvé, il sera dressé un procès-verbal de disparition par l'autorité investie à bord des fonctions d'officier de l'état civil. Ce procès-verbal sera signé par l'officier instrumentaire et par les témoins de l'accident, et inscrit à la suite du rôle d'équipage. — Les dispositions des articles 60 et 61, relatives au dépôt et à la transmission des actes et des expéditions, seront applicables à ces procès-verbaux.*

ART. 88. — *En cas de présomption de perte totale d'un bâtiment ou de disparition d'une partie de l'équipage ou des passagers, s'il n'a pas été possible de dresser les procès-verbaux de disparition prévus à l'article précédent, il sera rendu par le ministre de la marine, après une enquête administrative et sans formes spéciales, une décision déclarant la présomption de perte du bâtiment ou la disparition de tout ou partie de l'équipage ou des passagers.*

ART. 89. — *La présomption de décès sera déclarée comme il est dit à l'article précédent, après une enquête administrative et sans formes spéciales, par le ministre de la marine à l'égard des marins ou militaires morts aux colonies, dans les pays de protectorat ou lors des expéditions d'outre-mer, quand il n'aura pas été dressé d'acte régulier de décès.*

ART. 90. — *Le ministre de la marine pourra transmettre une copie de ces procès-*

verbaux ou de ces décisions au procureur général du ressort dans lequel se trouve le tribunal soit du dernier domicile du défunt, soit du port d'armement du bâtiment, soit enfin du lieu du décès, et requérir ce magistrat de poursuivre d'office la constatation judiciaire des décès. — Ceux-ci pourront être déclarés constants par un jugement collectif rendu par le tribunal du port d'armement, lorsqu'il s'agira de personnes disparues dans un même accident.

ART. 91. — *Les intéressés pourront également se pourvoir, à l'effet d'obtenir la déclaration judiciaire d'un décès, dans les formes prévues aux articles 855 et suivants du code de procédure civile. Dans ce cas, la requête sera communiquée au ministre de la marine, à la diligence du ministère public.*

ART. 92. — *Tout jugement déclaratif de décès sera transcrit à sa date sur les registres de l'état civil du dernier domicile, ou si celui-ci est inconnu, à Paris. Il sera fait mention du jugement et de sa transcription, en marge des registres, à la date du décès. — Les jugements collectifs seront transcrits sur les registres de l'état civil du port d'armement ; il pourra en être délivré des extraits individuels. — Les jugements déclaratifs de décès tiendront lieu d'acte de l'état civil et ils seront opposables aux tiers, qui pourront seulement en obtenir la rectification conformément à l'article 99.*

VII. DÉCÈS DES OUVRIERS MORTS PAR ACCIDENT DANS LES MINES. Cette matière est régie par les art. 18 et 19 du décret du 3 janvier 1813, qui établissent la distinction suivante.

a. — *On retrouve les corps des ouvriers qui sont morts par suite de l'accident. L'acte de décès de chaque ouvrier sera dressé conformément aux règles du droit commun. Mais l'inhumation ne pourra être autorisée qu'après qu'il aura été dressé un procès-verbal spécial pour constater l'accident.*

b. — *On ne peut pas parvenir jusqu'au lieu où se trouvent les corps des ouvriers. Alors il est dressé par le maire ou autre officier public un procès-verbal de l'accident, dans lequel cette circonstance est relatée, et ce procès-verbal est annexé au registre des décès, à la diligence du procureur de la république et sur l'autorisation du tribunal. Le tribunal ne devra autoriser l'annexion du procès-verbal au registre des décès qu'autant qu'il n'existera dans son esprit aucun doute sur le décès des ouvriers dont le nom y est relaté. Il est vraisemblable que, dans la pensée du législateur, ce procès-verbal remplace l'acte de décès, même, suivant l'opinion générale, pour prouver la dissolution du mariage des ouvriers ensevelis, et permettre à leurs veuves de contracter un nouveau mariage.*

CHAPITRE V

DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL CONCERNANT LES MILITAIRES ET MARINS DANS CERTAINS CAS SPÉCIAUX

284. Ce chapitre n'offrant qu'une importance secondaire, nous nous bornerons à renvoyer aux art. 93 à 98 dont la rédaction actuelle est due à la loi du 8 juin 1893.

CHAPITRE VI

DE LA RECTIFICATION DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL

I. Des cas dans lesquels il peut y avoir lieu à cette rectification.

285. Il y a lieu à rectification :

1° *S'il existe dans un acte de l'état civil des erreurs, des omissions ou des énonciations qui n'auraient pas dû être faites.*

Des erreurs ; par exemple, dans un acte de naissance, une erreur sur le sexe de l'enfant, ou des fautes dans l'orthographe d'un nom.

Des omissions ; par exemple l'omission du nom des père et mère d'un enfant légitime dans son acte de naissance (art. 57), ou bien encore l'omission d'un surnom ou d'un nom de terre, que le réclamant prétendrait avoir le droit d'ajouter à la suite de son nom patronymique, ou de la particule *de*, dont il soutient avoir le droit de faire précéder son nom, sans revendiquer d'ailleurs un titre nobiliaire (1).

Des énonciations qui n'auraient pas dû être faites ; par exemple l'indication dans un acte de naissance d'une filiation adultérine, ou la désignation du père d'un enfant naturel, quand il ne s'est pas déclaré lui-même ou n'a pas donné à un tiers une procuration spéciale et authentique pour faire cette déclaration.

2° *Quand un acte de l'état civil est irrégulier dans la forme*, par exemple s'il n'a pas été dressé en présence du nombre de témoins requis par la loi, ou s'il ne porte pas les signatures requises (art. 39).

3° *Lorsqu'un acte a été inscrit sur une feuille volante*. Arg. avis du conseil d'Etat des 8-12 brumaire an XI.

4° *Quand un acte de l'état civil a été dressé et inscrit sur les registres après l'expiration du délai fixé par la loi* (avis du conseil d'Etat des 8-12 brumaire an XI). Cpr. *supra* n. 270 et 279 et *infra* n. 476 et 716.

5° *Lorsqu'un acte de l'état civil, régulier dans la forme, a subi après coup des altérations*.

II. Autorité compétente pour ordonner la rectification.

286. Aux termes de l'art. 99 al. 1 (L. 8 juin 1893) : « *Lorsque la rectification d'un acte de l'état civil sera demandée, il y sera statué, sauf appel, par le tribunal du lieu où l'acte a été reçu et au greffe duquel le registre est ou doit être déposé* ».

La justice civile (tribunaux de première instance et cours d'appel) a donc seule qualité pour ordonner la rectification d'un acte de l'état civil. Ce droit n'appartient pas aux autorités administratives ni aux magistrats du ministère public. A plus forte raison,

(1) Avant 1789, l'usage autorisait les propriétaires de fiefs ou de terres à joindre, sans l'autorisation du souverain, le nom de ces fiefs ou terres à leur nom patronymique, avec ou sans la particule *de*. La loi des 19-23 juillet 1790 et celle du 6 fructidor an II, ont condamné cet usage pour l'avenir, en prohibant tout changement, toute modification de noms sans l'autorisation du souverain. Mais ces lois ont respecté le passé. V. aussi L. 11 germinal an XI *relative aux prénoms et changements de noms*. Ces diverses lois, qui établissent le principe de l'immutabilité des noms, sont toujours en vigueur.

D'autre part, dans notre droit actuel, comme dans notre ancienne jurisprudence, il n'est pas permis de porter un titre nobiliaire (comte, marquis, etc.) sans l'autorisation du souverain. Le droit de statuer sur les demandes en collation, vérification, confirmation et reconnaissance de titres nobiliaires appartient aujourd'hui au conseil du sceau des titres, lequel a été rétabli par décret du 8 janvier 1859. L. 28 mai 1858 et jurisprudence constante. Les tribunaux ne sauraient statuer sur cet objet sans usurpation de pouvoir. Mais ils peuvent statuer sur une réclamation tendant à l'addition de la particule *de*, lorsque le réclamant ne prétend pas en outre à un titre nobiliaire. Cpr. Amiens, 24 déc. 1890, sous cass., 17 nov. 1891, S., 93. 1. 25.

l'officier de l'état civil ne peut-il pas, de sa propre autorité, rectifier les actes par lui dressés. Ce qui est écrit est écrit, a dit Siméon au tribunal. Amiens, 29 avril 1890, S., 92. 2. 153.

Voyez cependant les explications données au n. 269 au sujet de l'ordonnance du 26 novembre 1823, autorisant le procureur de la république à faire réparer, sans l'intervention des tribunaux, les irrégularités qui peuvent être rectifiées sans nuire à la substance des actes. Voyez aussi l'avis du conseil d'Etat du 30 mars 1808, qui permet de réparer, en vue du mariage, en dehors de l'intervention du tribunal et sans que d'ailleurs aucune modification soit apportée aux registres de l'état civil, certaines erreurs contenues dans l'acte de naissance des futurs ou dans l'acte de décès de leurs parents.

* **287.** La règle de compétence établie par l'art. 99 al. 1 souffre cinq exceptions.

PREMIÈRE EXCEPTION. « *La rectification des actes de l'état civil dressés au cours d'un voyage maritime, aux armées ou à l'étranger sera demandée au tribunal dans le ressort duquel l'acte a été transcrit conformément à la loi; il en sera de même pour les actes de décès reçus en France ou dans les colonies et dont la transcription est ordonnée par l'article 80* » (art. 99, al. 2, L. 8 juin 1893).

DEUXIÈME EXCEPTION. « *La rectification des jugements déclaratifs des décès sera demandée au tribunal qui aura déclaré le décès; toutefois, lorsque ce jugement n'aura pas été rendu par un tribunal de la métropole, la rectification en sera demandée au tribunal dans le ressort duquel la déclaration de décès aura été transcrite conformément à l'article 92* » (art. 99, al. 3. L. 8 juin 1893).

TROISIÈME EXCEPTION. Elle a lieu au cas où la demande en rectification est formée incidemment à une autre demande pendante devant un tribunal autre que celui de la situation des registres. Le tribunal saisi de la demande principale est compétent pour juger l'incident. Arg. art. 856 al. 3 C. pr. et art. 2159 al. 1 C. civ.

QUATRIÈME EXCEPTION. Tout tribunal compétemment saisi d'une question d'état peut, en statuant sur cette question, ordonner la rectification d'une erreur ou d'une omission qu'il aurait reconnue dans un acte de l'état civil.

CINQUIÈME EXCEPTION. Enfin, lorsqu'il est nécessaire de rectifier plusieurs actes reçus dans des arrondissements différents, qui contiennent des erreurs identiques, l'erreur commise dans le premier ayant été reproduite dans les autres, toutes les demandes en rectification doivent être portées devant un même tribunal, celui au greffe duquel est ou sera déposé le registre contenant l'acte où la première erreur a été commise.

288. Vu l'importance de la cause dont il s'agit, la loi décide :

1° Que « *Le procureur de la république sera entendu dans ses conclusions* » (C. civ., nouvel art. 99, al. 4, et C. pr., art. 83-2°).

2° Que le tribunal ne statuera que sauf appel (art. 99, al 1; cpr. art. 34), et sur rapport (C. pr., art. 856).

* La loi du 3 mai 1862, qui a réduit à deux mois le délai de l'appel, s'applique à l'appel des jugements statuant sur une demande en rectification d'acte de l'état civil. *Non obstat* art. 858 C. pr. V. en sens contraire, Bordeaux, 15 février 1888, S., 88, 2. 192, D., 92. 2. 197.

III. *Par qui la rectification d'un acte de l'état civil peut être demandée.*

289. La rectification d'un acte de l'état civil ne peut être demandée que par les parties intéressées (avis du conseil d'Etat du 13 nivôse an X). C'est une application de cette règle que, là où il n'y a pas d'intérêt, il n'y a pas d'action. D'ailleurs, la loi ne distinguant pas, on doit admettre qu'un intérêt purement moral pourrait servir de base à la demande en rectification tout aussi

bien qu'un intérêt pécuniaire. Dans tous les cas il faut, conformément au droit commun, que l'intérêt soit *né et actuel*, c'est-à-dire existant dès à présent. Un intérêt éventuel ne suffirait pas.

289 bis. Le procureur de la république peut-il prendre l'initiative de la demande en rectification d'un acte de l'état civil? Non, en principe. Nous voyons en effet que la loi assigne au procureur de la république le rôle de *partie jointe* dans les instances de cette nature, en le chargeant seulement de donner ses conclusions (C. civ., art. 99, et C. pr., art. 83-2°). C'est dire implicitement qu'il n'a pas le droit de former une demande en rectification, de saisir le tribunal d'une semblable action, ce qui lui ferait jouer le rôle de *partie principale*. D'ailleurs les textes précités n'accordent qu'aux parties intéressées le droit de former la demande en rectification.

289 ter. Il y a trois exceptions à cette règle.

a. La première a lieu lorsque l'acte qu'il s'agit de rectifier intéresse des indigents. Voyez la décision ministérielle du 6 brumaire de l'an XI, l'art. 75 de la loi du 25 mars 1817, et l'art. 3 de la loi du 10 décembre 1850. Ce dernier texte donne formellement au procureur de la république mission de poursuivre les rectifications d'actes de l'état civil nécessaires au mariage des indigents.

b. La deuxième exception concerne le cas où l'ordre public, c'est-à-dire l'intérêt général, réclame la rectification (avis du conseil d'Etat des 8-12 brumaire de l'an XI, et loi du 20 avril 1810, art. 46) : par exemple, si, en vue de soustraire un enfant du sexe masculin à l'application des lois sur le service militaire, ses parents l'ont fait inscrire dans son acte de naissance comme appartenant au sexe féminin ; ou si un acte de l'état civil attribue à quelqu'un des noms, titres ou qualifications nobiliaires qui ne lui appartiennent pas ou simplement la particule *de*. Cass., 25 mai 1869, S., 69, 1. 308, D., 69. 1. 413.

Enfin la dernière exception résulte de l'art. 1 al. 7 de la loi du 10 juillet 1850, relative à la publicité des contrats de mariage. Lorsque la déclaration prescrite par cette loi a été omise ou se trouve erronée, la rectification de l'acte en ce qui touche l'omission ou l'erreur peut être demandée par le procureur de la république.

Dans ces trois cas le procureur de la république agira comme partie principale, en qualité de représentant de la société intéressée à la rectification.

IV. Procédure de la demande en rectification.

290. La demande en rectification s'introduit par une requête adressée au président du tribunal, qui en ordonne la communication au ministère public et commet un rapporteur. Le tribunal peut ordonner la convocation d'un conseil de famille qui sera chargé de donner son avis. Il peut également, si la rectification demandée intéresse d'autres personnes que celles qui sont en instance, ordonner leur mise en cause, afin que le jugement à intervenir ait l'autorité de la chose jugée par rapport à elles, et afin de prévenir ainsi, autant que possible, le discrédit qui pourrait résulter pour la justice de deux décisions contradictoires, rendues dans des circonstances identiques entre des personnes différentes (C. pr., art. 855 et 856).

Pour comprendre ce qui vient d'être dit, il faut savoir qu'aux termes de l'art. 400 : « *Le jugement de rectification ne pourra, dans aucun temps, être opposé aux parties intéressées qui ne l'auraient point requis, ou qui n'y auraient pas été appelées* ». Ce n'est que l'application à un cas particulier du principe *Res inter alios judicata aliis neque nocere neque prodesse potest* (art. 1351) (1). Les jugements sont des vérités légales, *res judicata pro veritate habetur* ; mais ce sont des vérités relatives, des vérités pour ceux-là seulement qui ont figuré à l'instance ou qui y ont été appelés. Ce qui est jugé entre vous et moi est réputé vrai entre nous, mais non à l'égard de tous autres. Je pourrai donc me prévaloir

(1) V. sous Agen, 14 juin 1890, D., 91, 2. 156, une note intéressante de M. de Loynes, dans laquelle l'auteur développe cette idée que l'art. 100 ne prouve nullement que l'art. 1351 soit en règle générale applicable en matière de questions d'état. Il prouve plutôt le contraire. En effet, interprété autrement, l'art. 100 serait inutile, puisqu'il ne ferait que déclarer le droit commun applicable à un cas particulier.

contre vous de la décision judiciaire, et vous pourrez vous en prévaloir contre moi; mais nous ne pourrons, ni l'un ni l'autre, nous en prévaloir contre d'autres, et ceux-ci ne pourront pas s'en prévaloir contre nous. Cela peut conduire à des résultats singuliers. Ainsi un homme décédé laisse deux enfants légitimes *Primus* et *Secundus*. Survient un inconnu, *Tertius*, qui prétend être lui aussi fils légitime du défunt, bien que son acte de naissance ne lui donne pas cette filiation. Il demande en conséquence la rectification de son acte de naissance, et réussit à la faire ordonner dans une instance engagée avec *Primus* : l'acte rectifié établit sa filiation légitime par rapport au défunt (art. 319). Le voilà frère légitime de *Primus*. Est-il aussi frère légitime de *Secundus*? Il semblerait bien que oui, puisque *Secundus* est un enfant du même père; et cependant si *Secundus* n'a pas figuré dans l'instance et n'y a pas été appelé, le jugement qui a ordonné la rectification de l'acte de naissance de *Tertius* n'aura aucune autorité par rapport à lui. Il pourra donc se faire que, dans un nouveau débat engagé avec lui sur ce point, *Tertius* succombe, et *Tertius* se trouvera ainsi, au point de vue légal, être frère légitime de l'un des enfants légitimes du défunt, son cohéritier par conséquent dans la succession paternelle, tandis qu'il n'aura ni l'une ni l'autre de ces qualités à l'égard de l'autre enfant. Le tribunal pourra prévenir ce résultat, en ordonnant que *Secundus* soit mis en cause dans l'instance engagée entre *Primus* et *Tertius*. L'art. 99 *in fine* dispose : « *Les parties intéressés seront appelées s'il y a lieu* ».

V. *Comment s'opère la rectification d'un acte de l'état civil, quand elle a été ordonnée par la justice.*

291. Il s'agit de savoir comment on exécute le jugement qui ordonne la rectification. L'art. 101 (L. 8 juin 1893) va nous le dire : « *Les jugements de 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. Ils seront transcrits sur les registres, et mention en sera faite en marge de l'acte réformé* ».

Ce texte nous donne à entendre qu'on ne fait subir aucune altération matérielle à l'acte dont un jugement a ordonné la rectification. L'art. 857 C. pr. le dit en termes beaucoup plus précis : « *Aucune rectification, aucun changement, ne pourront être faits sur l'acte; mais les jugements de rectification seront inscrits sur les registres par l'officier de l'état civil, aussitôt qu'ils lui auront été remis: mention en sera faite en marge de l'acte réformé; et l'acte ne sera plus délivré qu'avec les rectifications ordonnées, à peine de tous dommages-intérêts contre l'officier qui l'aurait délivré* ». Voyez en outre l'avis du conseil d'Etat du 4 mars 1808, sur le mode de transcription des jugements portant rectification des actes de l'état civil et de délivrance des actes rectifiés.

* Appendice aux actes de l'état civil.

292. De nombreuses irrégularités dans la réception des actes de l'état civil, et la destruction d'une quantité considérable de registres furent l'une des conséquences des troubles et des malheurs occasionnés par la guerre fatale de 1870-1871. Les moyens que fournit le droit commun étant insuffisants pour remédier aux situations créées par cet état de choses, une intervention législative était nécessaire. Nous allons dire quelques mots des principales lois qui ont été rendues dans cet ordre d'idées.

293. I. *Loi du 19 juillet 1871, relative à la nullité des actes de l'état civil à Paris et dans le département de la Seine depuis le 18 mars 1871.* — Pendant la période insur-

rectionnelle, qui a pour point de départ le 18 mars 1871, la plupart des officiers de l'état civil de Paris et des communes du département de la Seine avaient cessé de remplir leurs fonctions. Ils avaient été remplacés par des agents issus du pouvoir insurrectionnel. L'ordre une fois rétabli, quel devait être le sort des actes de l'état civil dressés par ces agents ? Ces actes étaient non avenus comme émanés d'officiers dépourvus de tout titre légal, et on ne voit guère comment les tribunaux, devant lesquels ces actes auraient été attaqués, auraient pu échapper à la nécessité d'en reconnaître et d'en prononcer la nullité. Cela était grave, surtout pour les mariages. Le besoin d'une intervention législative était senti par tout le monde, mais il était permis d'éprouver quelque embarras sur le point de savoir en quel sens elle devait se produire. Fallait-il valider purement et simplement les actes reçus par les agents du pouvoir insurrectionnel ? C'eût été le plus simple assurément ; mais, en procédant ainsi, le législateur aurait semblé reconnaître la légitimité de ce pouvoir, et il ne le voulait pas. Aussi a-t-il pris une sorte de moyen terme. L'art. 1 de la loi du 19 juillet 1871 porte que : « *Les actes de l'état civil reçus depuis le 18 mars 1871, à Paris et dans les autres communes du département de la Seine, les mentions inscrites depuis la même époque en marge des registres, par tous autres que les officiers publics compétents seront bâtonnés. — Il ne pourra en être délivré aucune expédition. — Mention de la présente loi sera faite en marge des actes bâtonnés* ». C'était détruire matériellement l'œuvre des officiers de l'état civil de la commune. Mais cela ne suffisait pas ; il fallait reconstituer cette œuvre. On peut voir, en lisant les art. 2 à 5 de la loi, comment cette reconstitution a dû être opérée.

294. II. *Loi du 6 janvier 1872, relative à la réorganisation des actes de l'état civil dans les départements.* Dans la province, comme à Paris, un grand nombre d'actes de l'état civil avaient été dressés, depuis le 4 septembre 1870, par des agents dépourvus d'investiture légale. Beaucoup de maires et d'adjoints avaient dû cesser leurs fonctions. On les avait remplacés comme on avait pu : ici par des présidents de comités spéciaux qui s'étaient formés d'eux-mêmes pour remplacer les conseils municipaux démissionnaires, là par un maire et un adjoint provisoires nommés par les habitants eux-mêmes. Mais ces agents, à la différence de ceux nommés à Paris pendant la commune, n'étaient pas issus d'un pouvoir insurrectionnel. Le législateur devait donc se montrer moins sévère pour les actes de l'état civil qu'ils avaient dressés. La loi du 6 janvier 1872 valide tous ces actes, quelque irrégulier que fût le titre de l'officier qui les avait reçus, sous la seule condition qu'il eût à ce moment l'exercice public des fonctions municipales ou de celles d'officier de l'état civil.

295. III. *Loi du 12 février 1872, relative à la reconstitution des actes de l'état civil de Paris.* Parmi les désastres matériels accumulés par la formidable insurrection de Paris en 1871, l'un des plus considérables fut la destruction des registres de l'état civil. On évalue à huit millions le nombre des actes dont l'original a disparu par suite de la perte des deux doubles des registres sur lesquels ils étaient inscrits. Il fallait de toute nécessité se préoccuper de reconstituer les actes ainsi détruits. A raison de l'insuffisance des moyens offerts par le droit commun, le législateur dut intervenir. Une loi du 12 février 1872, dans l'examen détaillé de laquelle nous n'entrerons pas, confia, à une commission nommée par le ministre de la justice le soin de reconstituer les actes de l'état civil détruits. Aux termes de l'art. 2 de la loi du 5 juin 1893, les pouvoirs de cette commission « *tant pour le travail de la reconstitution d'office que pour les reconstitutions sur extraits authentiques ou sur déclarations des parties intéressées, prendront fin à l'expiration du délai de trois ans à compter de la promulgation de la présente loi* ».

296. IV. *Loi du 10 juillet 1871.* — Mentionnons enfin une loi du 10 juillet 1871, qui, allant au plus pressé, fixait un mode spécial pour suppléer aux actes de l'état civil du département de la Seine, détruits pendant l'insurrection, en attendant que ces actes fussent reconstitués. Cette loi peut encore recevoir son application en ce qui concerne les actes de l'état civil non reconstitués.

TITRE III

Du domicile.

§ I. Notions générales.

297. *Domicile, résidence, habitation*, trois mots qui expriment des idées différentes.

Un commerçant a le centre de ses affaires à Paris où il habite

avec sa famille une partie de l'année. Ce commerçant a une maison de campagne à Saint-Germain; il s'y installe chaque année avec sa famille pendant la belle saison, et vient alors tous les jours à Paris passer quelques heures pour vaquer à ses affaires. Ce même commerçant fait tous les ans un voyage d'agrément dans les montagnes, au bord de la mer... Il est *domicilié* à Paris; il *réside* à Paris pendant l'hiver, à Saint-Germain pendant l'été; en cours de voyage il *habite* là où il se trouve. Qu'est-ce donc que le domicile? Qu'est-ce que la résidence? Qu'est-ce que l'habitation?

a. — Le *domicile* est le siège légal d'une personne; c'est son siège juridique et par suite quelquefois fictif. Où est situé ce siège légal, ce siège juridique? La loi romaine répond : *ubi quis larem, rerumque ac fortunarum suarum summam constituit* (L. 7, C., *De incolis*). C'est cette même pensée que l'art. 102 exprime en termes moins imagés : « *Le domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement* ». — *Son principal établissement*, c'est-à-dire le centre de ses intérêts, soit de ses intérêts matériels, soit de ses intérêts d'affection, soit des uns et des autres tout à la fois. « Le principal établissement, dit M. Laurent, ce sont les liens de famille, d'intérêts, de fonctions, qui attachent une personne à tel lieu plutôt qu'à tel autre ».

Il y a, on le voit, une certaine intimité entre la personne et la maison, le lieu où elle est domiciliée, et c'est ce que donne fort bien à entendre le mot *domicile*, de *domum colere*, parce que le domicile est à la maison, au lieu de prédilection. La loi présume qu'on y trouvera toujours, en tant que de besoin, par exemple pour délaissier copie d'une assignation, ou la personne elle-même ou quelqu'un qui la représente.

La question de savoir où est situé le principal établissement d'une personne et par suite son domicile est essentiellement une question de fait, dont la solution, en cas de contestation, appartient souverainement au juge du fond. Cass., 20 nov. 1889, S., 90. 1. 155, D., 90. 1. 171.

Le domicile tel que nous venons de le définir est une abstraction : il est le résultat d'une relation que la loi établit entre une personne et un lieu, celui auquel elle se rattache par ses relations habituelles, celui où elle a son principal établissement. *Domicile* se dit aussi quelquefois du lieu même où l'on est domicilié, du lieu où l'on a son principal établissement. Le mot *domicile* est pris dans le premier sens, dans le sens abstrait, quand je dis : mon domicile est à Bordeaux, ce qui signifie : mon siège légal et juridique est à Bordeaux, où se trouve mon principal établissement.

Il est pris dans le deuxième sens, dans le sens concret, si l'on dit : je vais à mon domicile, ce qui signifie : je vais à la maison où est établi mon domicile.

b. — La *résidence* est le siège réel, le siège de fait de la personne. Elle est au lieu de l'habitation ordinaire de la personne, par conséquent soit au domicile, soit ailleurs. Une même personne peut avoir plusieurs résidences, une résidence d'été et une résidence d'hiver par exemple, tandis qu'elle ne peut avoir qu'un domicile, parce que le domicile est situé au lieu, nécessairement unique, du *principal* établissement, c'est-à-dire de celui qui l'emporte sur tous les autres.

c. — Enfin l'*habitation* est le siège accidentel de la personne. Elle est partout où l'on se fixe, même pour un temps très court, en voyage par exemple dans toutes les localités où l'on s'arrête pour les explorer.

On le voit, la résidence et l'habitation résultent d'un lien *de fait* entre une personne et un certain lieu où elle habite même temporairement, lien aussi facile à rompre qu'à nouer, surtout pour l'habitation; tandis que le domicile résulte d'un lien beaucoup plus résistant, d'un lien *de droit* entre la personne et un certain lieu où se trouvent concentrés ses intérêts, où par suite elle est présumée habiter le plus souvent ou tout au moins être représentée par quelqu'un, même en son absence, de sorte qu'au domicile on doit toujours trouver ou la personne elle-même, ou son représentant.

En deux mots, le domicile est le résultat d'un lien *de droit*, que la loi établit entre une personne et le lieu où elle a son principal établissement, c'est-à-dire le chef-lieu de ses intérêts. C'est le siège légal et juridique de la personne. La résidence et l'habitation sont le résultat d'un lien *de fait* entre la personne et le lieu où elle habite, soit ordinairement, ce qui est le caractère de la résidence, soit accidentellement, ce qui est le caractère de la simple habitation. On peut avoir de très nombreuses habitations, quelques résidences et un seul domicile.

298. Les auteurs ne font pas la distinction que nous venons d'établir entre la résidence et l'habitation. Elle semble cependant résulter, non seulement du sens usuel de ces mots, mais aussi de nombreuses dispositions de la loi. Ainsi l'ancien art. 13 disposait que l'étranger qui avait en France un domicile autorisé, y jouissait des droits civils tant qu'il continuait d'y résider. Tout le monde admettait que quelques absences, pour affaires par exemple, ne faisaient pas perdre à cet étranger la jouissance des droits civils. C'est qu'en effet l'habitation passagère dans un lieu autre que celui où on a sa résidence n'empêche pas que l'on continue à résider dans ce dernier lieu, de même que la résidence dans un lieu autre que celui où l'on a son domicile n'empêche pas que l'on conserve son domicile dans ce dernier lieu. En outre l'art. 103 dispose que « Le changement de domicile s'opérera par le fait de l'habitation réelle dans un autre lieu, joint à l'intention d'y fixer son

principal établissement ». Ce n'est pas une *résidence* que la loi exige ici, ce qui suppose un séjour d'une certaine durée ; elle se contente de l'*habitation*, qui se réalise aussitôt que l'on s'est transporté dans le nouveau lieu où l'on veut établir son domicile et que l'on en a pris possession. Enfin l'art. 69-8° du code de procédure civile dispose que, lorsque le domicile du défendeur est inconnu, il sera assigné au lieu de sa résidence actuelle, et nul ne soutiendra sans doute que, si le défendeur s'est absenté quelques jours du lieu où il a sa résidence, pour aller voir un ami par exemple, il pourra être assigné au domicile de cet ami chez le quel il habite passagèrement. La distinction entre l'*habitation* et la *résidence* résulte donc des textes de la loi, non moins que de la signification courante de ces expressions. D'ailleurs il faut reconnaître que la loi ne s'est pas toujours conformée à la terminologie que nous venons d'indiquer. C'est ainsi que, dans l'art. 184 du code pénal, qui parle de la violation du domicile, le mot *domicile* est pris dans le sens d'*habitation*.

299. Diverses espèces de domicile. — Le domicile est politique ou civil, suivant qu'on l'envisage par rapport à l'exercice des droits politiques ou des droits civils (1). Le code civil ne s'occupe pas du domicile politique, qui est en dehors de la sphère du droit civil, comme les droits auxquels il s'applique (2). C'est ce qu'on peut lire entre les lignes dans l'art. 102 : « Le domicile de tout Français, *quant à l'exercice de ses droits civils*, est au lieu où il a son principal établissement ». Les mots *quant à l'exercice de ses droits civils* signifient que le domicile dont la loi va nous parler, le seul dont nous nous occuperons avec elle, est le domicile envisagé au point de vue des droits civils, le domicile *civil* par conséquent. C'est comme si l'article avait dit : Le domicile *civil* de tout Français est au lieu... On aurait tort d'ailleurs de conclure du texte précité que les Français ne peuvent exercer leurs droits civils en général qu'au lieu de leur domicile civil. L'exercice de la plupart des droits civils est indépendant du domicile : ainsi on peut acheter, vendre, faire une donation, un testament ailleurs qu'au lieu de son domicile. C'est seulement par exception que certains droits civils ne peuvent être exercés qu'au domicile, ainsi qu'on le verra tout à l'heure.

300. L'infinie variété des lois qui régissaient la France avant 1789 donnait à la question du domicile un intérêt capital ; car le domicile servait à déterminer pour chaque Français le statut personnel qui réglait son état et sa capacité, et le statut réel qui réglait la transmission de sa succession mobilière. En d'autres termes, tout Français était alors régi quant à son état et à sa capacité par la loi du lieu où il était domicilié ; cette même loi réglait aussi la transmission de sa succession mobilière. La détermination du domicile offrait, à ce double point de vue, un intérêt égal à celui que présente aujourd'hui la détermination de la nationalité.

301. Dans notre droit actuel, le domicile présente particulièrement de l'intérêt : 1° au point de vue de l'exercice de certains droits civils actifs ; 2° au point de vue de l'exercice des droits civils

(1) Il y a aussi le domicile pour la participation aux affouages (C. for., art. 105) et le domicile relatif aux secours publics ou *domicile de secours* réglementé aujourd'hui par les art. 6 à 9 de la loi du 15 juillet 1893 sur l'assistance médicale gratuite. V. le texte de ces articles dans le code Monnier.

(2) V. pour le domicile politique les lois des 7 juillet 1874, 3 novembre 1875 et 5 avril 1884.

passifs; 3° en ce qui concerne l'ouverture des successions. — Entrons dans quelques détails sur ces divers points.

I. L'exercice de certains droits civils actifs, tels que le mariage, l'adoption, la tutelle officieuse, l'émancipation, suppose nécessairement l'intervention d'officiers publics dont la compétence est déterminée par le domicile. C'est ainsi que le contrat d'adoption ne peut se former que devant le juge de paix du domicile de l'adoptant (art. 353). V. aussi l'art. 363. De même le mariage ne peut être célébré que par l'officier civil du domicile de l'un des deux époux (art. 74 et 165).

II. Le domicile présente plus d'importance en ce qui concerne les droits civils passifs, c'est-à-dire les droits qui peuvent être exercés contre nous, que nous sommes obligés de subir, principalement l'exécution des obligations dont nous sommes tenus. On peut établir en principe que l'exécution *volontaire* ou *forcée* d'une obligation doit avoir lieu au domicile du débiteur.

L'exécution *volontaire*, ou autrement dit le paiement (art. 1247).

L'exécution *forcée*. Ainsi, d'une part, le domicile du débiteur détermine le tribunal compétent pour connaître de l'exécution de l'obligation. C'est à ce tribunal que le créancier devra s'adresser pour obtenir que le débiteur soit contraint à cette exécution, s'il ne s'exécute pas de bonne grâce. C'est ce même tribunal qui sera compétent, si le débiteur conteste l'existence ou l'étendue de son obligation (C. pr., art. 2 et 59). En d'autres termes, en matière personnelle, c'est-à-dire quand il s'agit d'obligations, c'est le tribunal du domicile du défendeur qui est compétent, conformément à l'ancien adage *Actor sequitur forum rei*.

D'autre part, c'est aussi au domicile du débiteur que doit lui être signifiée l'assignation à comparaître devant le tribunal compétent, lorsqu'elle ne lui est pas remise en mains propres. Cette assignation porte le nom de *citation*, quand le tribunal devant lequel le débiteur est invité à comparaître est la justice de paix, et celui d'*exploit d'ajournement* quand c'est le tribunal de première instance ou tribunal civil. Ce ne sont pas seulement les exploits d'ajournement qui doivent ainsi être signifiés à *personne ou domicile*; il en est de même de tous les autres actes du ministère de l'huissier, tels que la sommation et le commandement. La sommation est un acte extrajudiciaire qui a pour but de mettre une personne en demeure d'exécuter l'obligation dont elle est tenue. Le commandement est une mise en demeure plus énergique que la sommation ordinaire. Il ne peut être fait qu'en vertu d'un titre

exécutoire ou *paré* (*paratus ad executionem*), tel qu'un jugement. Il est en général le préliminaire obligé de la saisie.

III. Aux termes de l'art. 110 : « *Le lieu où la succession s'ouvre sera déterminé par le domicile* ».

Quel que soit le lieu où une personne vient à mourir, sa succession s'ouvre au lieu où elle était domiciliée au moment de son décès. L'art. 59 al. 6 C. pr. ne fait que déduire une conséquence de ce principe, quand il attribue compétence au tribunal du lieu où la succession est ouverte, c'est-à-dire du dernier domicile du défunt, pour statuer : 1° sur les demandes entre héritiers, jusqu'au partage inclusivement ; 2° sur les demandes qui seraient intentées par des créanciers du défunt, avant le partage ; 3° sur les demandes relatives à l'exécution des dispositions à cause de mort, jusqu'au jugement définitif ». Ce texte a été écrit en vue de centraliser toutes les poursuites et toutes les contestations, auxquelles peut donner lieu le règlement de la succession, devant un seul et même tribunal. Ce devait être naturellement le tribunal du lieu de l'ouverture de la succession, qui est mieux à même que tout autre, à raison de sa situation, de diriger ces poursuites ou de trancher ces contestations, parce qu'il a le plus souvent sous la main les principaux éléments de décision, notamment les titres et papiers du défunt, qu'on suppose réunis à son domicile, la masse de ses biens, les documents à consulter. On obtiendra ainsi, la loi du moins l'espère, plus d'uniformité dans les différentes décisions judiciaires relatives au règlement de la succession, sans compter que les divers intéressés obtiendront une justice plus facile, plus prompte et moins coûteuse. Cpr. art. 822.

La détermination du domicile présente encore de l'intérêt à beaucoup d'autres points de vue. Ainsi c'est au lieu du domicile que se paie l'impôt personnel. Le domicile fixe le lieu où s'ouvre la tutelle (art. 406). Il détermine la compétence en matière d'absence (art. 112, 115, 120 et 129), d'interdiction (art. 492), de nomination de conseil judiciaire (art. 514), d'autorisation maritale (C. pr., art. 861), de séparation de biens (C. pr., art. 865), de séparation de corps (C. pr., art. 875) et de faillite (C. co., art. 438). Mentionnons en outre les cas prévus par les art. 60, 93, 171, 359, 363, 1057, 2018.

On voit que le domicile se lie d'une manière étroite à l'état des personnes. Aussi les questions de domicile doivent-elles être considérées comme des questions d'état, rentrant à ce titre dans la compétence exclusive des tribunaux civils.

§ II. Des diverses espèces de domicile civil.

302. Il y a deux espèces de domicile *civil* (nous ne nous occupons pas du domicile politique), savoir : le domicile *ordinaire*, qu'on appelle aussi *réel* ou *général*, et le domicile *d'élection*, qui est un domicile *spécial*.

N° 1. Du domicile ordinaire.

303. Le domicile *ordinaire* est, disent MM. Aubry et Rau, « celui qui s'applique à la généralité des droits et des obligations qui rentrent dans la sphère du droit civil ». C'est le domicile *ad omnes res (civiles)*. Aussi l'appelle-t-on quelquefois domicile *général*, par opposition au domicile d'élection qui est un domicile *ad certas res*, un domicile *spécial*, et plus souvent encore domicile *réel*, par opposition à ce même domicile d'élection qui est *fictif*.

Le domicile réel ou général peut être établi par la loi ou par la volonté de l'homme. On appelle quelquefois le premier *domicile de droit*, et le deuxième *domicile de fait*.

I. Domicile de droit ou domicile établi par la loi.

304. Il y a certaines personnes auxquelles la loi assigne un domicile, qu'elles ne sont pas libres de changer. Ces personnes sont : les fonctionnaires nommés à vie, les femmes mariées, les mineurs, les interdits, les majeurs qui servent ou travaillent habituellement chez autrui (art. 106 à 109) ; les déportés et les transportés, dans les cas déterminés par l'art. 17 de la loi du 23 mars 1873 et par l'art. 15 du décret du 31 août 1878.

1. Fonctionnaires nommés à vie.

305. « *L'acceptation de fonctions conférées à vie emportera translation immédiate du domicile du fonctionnaire dans le lieu où il doit exercer ces fonctions* » (art. 107). La loi considère la fonction à vie comme constituant le principal établissement du fonctionnaire qui en est investi. Voilà pourquoi elle le déclare domicilié de droit dans le lieu où il est appelé à exercer sa fonction, sans qu'il puisse conjurer ce résultat par l'expression d'une volonté contraire. En acceptant la fonction, il accepte l'attribution de domicile qui en est la conséquence.

Les fonctions à vie sont les seules qui entraînent domicile obligé. Que faut-il entendre par fonctions à vie ? L'art. 106 va nous le dire indirectement, en nous indiquant quelles sont les fonctions qui n'ont pas ce caractère, et qui par suite n'entraînent pas nécessairement attribution de domicile. « *Le citoyen appelé à une fonction publique temporaire ou révocable, conservera le domicile qu'il avait auparavant, s'il n'a pas manifesté d'intention contraire* ». Pour qu'une fonction soit à vie et entraîne à ce titre domicile obligé, il faut donc qu'elle ne soit ni temporaire ni révocable, ou en d'autres termes qu'elle soit perpétuelle et irrévocable.

Une fonction est *perpétuelle* quand elle est conférée pour un temps indéfini, c'est-à-dire sans autre terme que la limite d'âge fixée pour la mise à la retraite. Ainsi les fonctions de percepteur, de notaire, de juge, sont des fonctions perpétuelles; au contraire la fonction de député est temporaire.

Une fonction est *révocable* ou *irrévocable*, suivant qu'elle peut être ou non retirée arbitrairement au fonctionnaire qui en est investi. Ainsi les fonctions de préfet, de procureur de la république... sont révocables; celles de juge à un tribunal civil, de notaire... sont irrévocables.

Une fonction peut être irrévocable, quoique temporaire : tel est le mandat de député. En sens inverse, une fonction peut être révocable quoique perpétuelle, comme celle de juge de paix, de procureur de la république.

Pour qu'une fonction entraîne attribution forcée de domicile, il faut, nous l'avons déjà dit, qu'elle soit *à vie*, c'est-à-dire à la fois *perpétuelle* et *irrévocable*. Les fonctionnaires nommés à vie sont dits *inamovibles*. Le gouvernement ne peut arbitrairement ni leur retirer leur fonction, ni même les déplacer. Tels sont les juges des tribunaux de première instance, les conseillers des cours d'appel, de la cour des comptes et de la cour de cassation, les notaires, les évêques, les curés, les professeurs titulaires de l'enseignement supérieur (v. cependant sur ce dernier point Cass., 13 mai 1885, D., 85. 1. 313, S., 86. 1. 181), mais non les procureurs de la république, les préfets, les juges de paix..., dont les fonctions sont perpétuelles mais révocables, ni les députés, dont la fonction est irrévocable mais temporaire.

A partir de quel moment le domicile du fonctionnaire nommé à vie sera-t-il transféré au lieu où il doit exercer sa fonction? La loi dit : *à partir du jour de l'acceptation* (art. 107). L'acceptation résulte de la prestation du serment *professionnel*. Si le fonctionnaire n'a pas de serment à prêter, la question de savoir à quel moment il a accepté la fonction est une question de fait. L'acceptation suffit pour que la translation du domicile s'opère; il n'est pas nécessaire en outre, comme l'exigeait notre ancien droit, que le fonctionnaire soit venu s'établir au lieu où il doit exercer sa fonction. Il en résulte une conséquence singulière. Un citoyen est nommé juge au tribunal de Blaye; il vient prêter serment devant la cour de Bordeaux, et meurt avant d'avoir pu arriver à son poste. Sa succession s'ouvrira à Blaye, où son domicile a été transféré de plein droit et où il n'a peut-être jamais mis le pied; ce sera par conséquent le

tribunal de Blaye qui sera compétent pour régler toutes les difficultés relatives à sa succession.

L'acceptation d'une fonction autre qu'une fonction à vie, par exemple d'une fonction militaire, n'entraîne pas domicile obligé pour le fonctionnaire qui en est investi. Il conservera donc son ancien domicile, à moins qu'il n'ait rempli les conditions prescrites par le droit commun pour en acquérir un nouveau dans le lieu où il exerce sa fonction, c'est-à-dire qu'il soit venu habiter dans ce lieu et qu'il ait manifesté soit expressément soit tacitement la volonté d'y fixer son principal établissement. Arg. art. 106 cbn. 103 à 105.

2. Femme mariée.

306. « *La femme mariée n'a point d'autre domicile que celui de son mari* », dit l'art. 108 al. 1.

L'art. 214 impose à la femme la résidence de son mari; celui que nous venons de transcrire lui impose son domicile. Le mariage établissant entre l'homme et la femme la société la plus intime qui se puisse concevoir (*erunt duo in carne una*), il est naturel qu'ils aient même résidence et même domicile. Et puisque d'autre part c'est le mari qui est investi de la puissance maritale, puisque c'est lui qui est le chef de la société, la loi devait tout naturellement lui laisser le choix de la résidence et du domicile. La femme devra donc résider partout où son mari jugera à propos de fixer sa résidence; elle sera domiciliée partout où il plaira à son mari de fixer son domicile.

La disposition de l'art. 108, qui attribue à la femme le domicile de son mari, est impérative; et, comme elle se rattache à l'ordre public, de même que tout ce qui concerne la puissance maritale, il en résulte qu'aucune déclaration de volonté de la femme, ni même aucune convention par elle faite avec son mari, ne pourrait lui donner un autre domicile.

L'acquisition par la femme du domicile de son mari se produit de plein droit, par le seul fait du mariage, et sans qu'il soit nécessaire que la femme se soit transportée au lieu où son mari est domicilié. Ainsi une Bordelaise épouse à Bordeaux un homme domicilié à Paris; son domicile est immédiatement transféré à Paris, et si elle meurt avant de s'y être transportée, sa succession s'ouvrira à Paris.

307. La règle que la femme mariée n'a pas d'autre domicile que celui de son mari continue-t-elle à recevoir son application quand il y a séparation de corps prononcée entre les époux? Une loi du 8 février 1893 a mis fin à la controverse qui s'était élevée sur cette question, en ajoutant à l'art. 108 un alinéa ainsi conçu : « *La femme séparée de corps cesse d'avoir pour domicile légal le domicile de son mari* ». C'est dans ce sens que s'étaient prononcées la jurisprudence et la doctrine. L'ancien art. 108, il est vrai, était conçu en termes absolus et pouvait paraître ainsi s'appliquer même à la femme séparée de corps. Mais l'esprit de la loi était certainement

en désaccord avec la lettre. En effet le motif, du moins le motif principal, qui a fait attribuer à la femme le domicile de son mari, n'existe plus, la séparation de corps une fois prononcée. La communauté de domicile entre les époux est une conséquence de la communauté d'habitation ; or la femme séparée de corps n'est plus obligée d'habiter avec son mari ; donc elle ne doit plus avoir nécessairement le même domicile. C'était la solution admise dans notre ancien droit, et le rapporteur du tribunal, Mouricault, l'a présentée comme ne pouvant faire l'objet d'un doute. Enfin, au point de vue pratique, il peut y avoir des inconvénients graves à imposer à la femme séparée de corps le domicile de son mari. Croit-on, par exemple, que les significations qui seraient adressées à la femme séparée de corps au domicile de son mari lui parviendraient toujours ? Ne serait-il pas à craindre que le mari ne se fit un jeu de les faire disparaître ?

La loi précitée du 8 février 1893 a ajouté à l'art. 108 un autre alinéa ainsi conçu : « Néanmoins toute signification faite à la femme séparée, en matière de questions d'état, » devra être également adressée au mari à peine de nullité ». Même sur des questions d'état la femme peut plaider sans autorisation. Mais la loi veut que le mari soit légalement informé de ce qui se passe, à raison de l'intérêt particulier que ces questions peuvent présenter pour lui et pour la famille dont il continue à être le chef. Il pourra, s'il y a lieu, intervenir dans l'instance.

307 bis. Ce que nous venons de dire de la femme séparée de corps ne doit pas être étendu à la femme séparée de biens. Tenue de résider avec son mari, elle conserve nécessairement le domicile de celui-ci.

3. Mineur non émancipé.

308. « Le mineur non émancipé aura son domicile chez ses père » et mère ou tuteur », dit l'art. 108 al. 2. L'enfant légitime reçoit dès sa naissance un domicile que la loi lui attribue de plein droit : le domicile paternel. La raison en est que la gestion de ses intérêts est confiée à son père (art. 389), et c'est par suite au domicile de celui-ci que se trouve le siège de ses affaires. Le domicile qu'un enfant acquiert ainsi dès sa naissance porte le nom de *domicile d'origine*.

La mort de l'un des auteurs d'un enfant légitime mineur et non émancipé donne pour lui ouverture à la tutelle (art. 390). A dater de ce moment, il est domicilié de droit chez son tuteur. C'est là en effet qu'est le siège de ses affaires, le centre de ses intérêts, puisque son tuteur est chargé de le représenter dans tous les actes civils (art. 450).

Le survivant des père et mère est ordinairement tuteur de son enfant mineur non émancipé ; la loi lui défère en effet de plein droit la tutelle (art. 390). Il se peut cependant que le survivant soit excusé ou écarté de la tutelle, et qu'un autre soit nommé tuteur à sa place. Presque toujours en pareille circonstance l'enfant demeurera avec son père ou

sa mère, qui, bien qu'il ne soit pas tuteur, conserve cependant l'exercice de la puissance paternelle, et par suite le droit de garde et de surveillance sur l'enfant (art. 372), à moins qu'il ne soit déchu de la puissance paternelle par application de la loi du 24 juillet 1889. Où sera domicilié cet enfant? Chez son tuteur, car c'est là que se trouve le siège de ses affaires, puisque c'est son tuteur qui est chargé de gérer ses intérêts (art. 450). Cette solution, qui est conforme aux principes, résulte d'ailleurs très nettement du texte de l'art. 108, qui ne dit pas que l'enfant mineur non émancipé est domicilié chez ses père *ou* mère, ou tuteur, mais bien chez ses père *et* mère, ou tuteur. La loi n'attribue donc à l'enfant le domicile paternel que lorsqu'il a encore *ses père et mère*; s'il n'a plus que l'un d'eux, elle lui donne le domicile de son tuteur.

Notre article n'impose à l'enfant mineur le domicile de ses père et mère ou tuteur qu'autant qu'il n'est pas émancipé. L'émancipation affranchissant le mineur de la puissance paternelle et de la tutelle devait faire naître pour lui le droit de se choisir un domicile.

Et cependant le mineur émancipé figure encore dans la catégorie des incapables. Il est sous l'autorité d'un curateur dont l'assistance lui est nécessaire pour accomplir la plupart des actes de la vie civile; sans compter que cette assistance ne suffit pas toujours pour l'habiliter. Cela prouve que, dans la théorie de la loi, il n'est pas nécessaire d'être capable pour pouvoir se choisir un domicile.

309. Les règles que nous venons d'étudier sont-elles applicables aux enfants illégitimes?

Il y a tout d'abord un cas qui n'offre pas de difficulté. Si l'enfant, reconnu ou non, a un tuteur, il sera domicilié chez ce tuteur (arg. art. 108 al. 2).

Si l'enfant n'a pas de tuteur, il y a lieu de faire les distinctions suivantes :

a. — Les deux auteurs de l'enfant sont légalement inconnus. Il est impossible alors de songer à lui donner un domicile paternel. A défaut de tuteur, cet enfant sera domicilié dans l'hospice où il aura été recueilli (loi du 15 pluviôse an XIII, et art. 15 du décret du 19 janvier 1811) ou chez la personne qui prend soin de lui. Cass., 9 mai 1889, S., 89. 1. 436, D., 89. 1. 424.

b. — Si la filiation de l'enfant est établie par rapport à l'un de ses auteurs seulement, il sera domicilié chez cet auteur. Le domicile de l'enfant ne changera pas si, plus tard, il est reconnu par son autre auteur. La première reconnaissance a fixé définitivement le domicile de l'enfant, en même temps que sa nationalité. Cpr. *supra* n. 117.

c. — Reste le cas où la filiation de l'enfant est établie par rapport à ses deux auteurs dans un seul et même acte. Ici nous ne voyons pas de raison suffisante pour faire prévaloir d'une manière générale le domicile de l'un des auteurs de l'enfant sur celui de l'autre, en supposant que les deux domiciles soient différents, et il nous semblerait rationnel en conséquence de décider que l'enfant sera domicilié chez celui de ses auteurs avec qui il demeure.

4. Majeur interdit.

310. « *Le majeur interdit aura le sien (son domicile) chez son tuteur* » (art. 108 *in fine*).

= *Chez son tuteur.* — Les deux premières éditions du code civil, celles de 1804 et de 1807, portaient *chez son curateur*. C'est en ces termes en effet que l'article a été décrété. Le titre *De l'interdiction*, qui fut voté après celui *Du domicile*, ayant mis les interdits en *tutelle* et non en *curatelle*, cette innovation devait amener la substitution du mot *tuteur* au mot *curateur* dans l'art. 108; cette substitution ne fut réalisée que dans l'édition de 1816.

L'attribution de domicile faite à l'interdit se justifie par les mêmes motifs que celle établie au profit du mineur non émancipé.

On doit conclure des termes absolus de l'art. 108 al. 3 que l'interdit légalement est domicilié chez son tuteur, comme l'interdit judiciairement.

Mais la disposition de ce texte ne saurait être étendue au prodigue et au faible d'esprit munis d'un conseil judiciaire (art. 499 et 513). Malgré le lien résultant du voisinage des textes qui organisent l'interdiction (art. 489 et s.) et de ceux relatifs à la dation d'un conseil judiciaire (art. 499 et 513), les personnes pourvues d'un conseil judiciaire ne sont point des interdits ; leur incapacité est beaucoup moins étendue, et on ne peut leur appliquer une disposition de loi, qui, par cela même qu'elle déroge au droit commun, est de stricte interprétation. Ils conserveront donc leur domicile.

* L'application du principe que l'interdit est domicilié chez son tuteur conduit à des résultats singuliers, quand l'interdit est un homme marié. Si sa femme est nommée tutrice, ce que permet l'art. 507, le mari sera domicilié chez son tuteur, par conséquent chez sa femme ; de sorte qu'ici, par une remarquable inversion des règles ordinaires, c'est le domicile de la femme qui fixe celui du mari. Si le mari interdit est placé sous une tutelle autre que celle de sa femme, celle-ci sera domiciliée chez le tuteur de son mari ; car elle n'a pas d'autre domicile que celui de son mari (art. 108) et celui-ci est domicilié chez son tuteur. La bizarrerie de cette solution n'est pas une raison suffisante pour la faire rejeter.

* Ce n'est pas par accident que l'art. 108 s'exprime au temps présent dans son premier alinéa, et au futur dans les deux derniers. En imposant à la femme mariée le domicile de son mari, le législateur s'est conformé à la tradition ; il a donc consacré sur ce point l'état de choses existant, et c'est pour cela qu'il a dit : *La femme mariée n'a pas d'autre domicile que celui de son mari*. Au contraire, en imposant au mineur et à l'interdit le domicile de leur tuteur, il a innové ; car dans l'ancien droit on admettait généralement que les mineurs conservaient le domicile paternel, même quand ils étaient sous la tutelle d'un autre que le survivant de leurs père et mère (Pothier, Introduction aux coutumes, n. 17). Notre législateur a marqué cette innovation en disant : *Le mineur non émancipé AURA son domicile chez ses père et mère ou tuteur*.

5. *Majeurs qui servent ou travaillent habituellement chez autrui.*

311. « *Les majeurs qui servent ou travaillent habituellement chez autrui, auront le même domicile que la personne qu'ils servent ou chez laquelle ils travaillent, lorsqu'ils demeureront avec elle dans la même maison* » (art. 109). Donc trois conditions pour que celui qui sert ou travaille chez autrui soit domicilié chez la personne qu'il sert ou pour laquelle il travaille. Il faut :

1° *Qu'il soit majeur.*

Tous les auteurs remarquent que la disposition de la loi est, sur ce premier point, à la fois trop compréhensive et trop restrictive.

Trop compréhensive, car elle semblerait embrasser dans sa généralité tous les majeurs, et par conséquent même la femme mariée qui sert ou travaille habituellement chez autrui ; or on est d'accord pour décider qu'elle conserve le domicile de son mari. Il y a ici conflit entre la disposition de l'art. 108 al. 1 et celle de l'art. 109 ; dans ce conflit il convient de faire prévaloir celui des deux domiciles que la loi attribue à la femme en vertu d'une cause permanente, la puissance maritale, qui est aussi une cause touchant à l'ordre public. — Même observation pour l'interdit qui servirait ou tra-

vaillerait habituellement chez un maître avec qui il demeurerait; il conserve le domicile de son tuteur.

Trop restrictive, car elle semblerait inapplicable à tous les mineurs, par conséquent même aux mineurs émancipés. Or telle n'a pu être l'intention du législateur. Il est tout simple que l'art. 109 ne s'applique pas au mineur non émancipé, qui a déjà un domicile imposé par la loi, celui de son tuteur; mais on ne comprendrait pas qu'il ne s'appliquât pas au mineur émancipé qui peut se choisir un domicile et qui par conséquent peut, aussi bien qu'un majeur, être présumé avoir fixé son principal établissement chez son maître.

2° *Qu'il serve ou travaille HABITUELLEMENT chez autrui*. Donc notre article ne serait pas applicable à celui qui servirait ou travaillerait *accidentellement* chez autrui. Remarquons d'ailleurs que les mots *qui servent ou travaillent* ont la plus grande généralité, et comprennent, non seulement ceux qui sont attachés à la personne d'un maître auquel ils rendent des services subalternes (serviteurs, domestiques, concierges), mais aussi ceux qui exercent au service d'autrui une profession d'un ordre plus élevé, comme celle de secrétaire, précepteur, bibliothécaire, intendant, régisseur. Notre texte désigne les premiers par le mot *servent* et les seconds par le mot *travaillent*.

3° *Qu'ils demeurent avec la personne chez laquelle ils servent ou travaillent, et dans la même maison*. Donc notre article est étranger au garde-chasse et au jardinier habitant une maison séparée de celle qu'habite leur maître, alors même que cette maison lui appartiendrait. Il serait inapplicable aussi au fermier, non seulement lorsqu'il demeure dans une autre maison que le maître, mais aussi quand il demeure dans la même maison. En effet on ne peut pas dire du fermier qu'il sert ou travaille *chez autrui*. Le fermier travaille pour lui-même et chez lui-même; car la ferme qu'il habite, il l'habite en qualité de fermier, c'est-à-dire de locataire. Il peut bien être logé dans la même maison que le propriétaire, mais il n'est pas logé chez celui-ci : on est chez soi dans la maison dont on est locataire.

Maintenant pourquoi la loi impose-t-elle aux majeurs, logeant chez un maître qu'ils servent ou pour le compte duquel ils travaillent habituellement, le même domicile que celui de ce maître? Parce que leur principal établissement, le plus souvent même *leur établissement unique*, est chez leur maître. Nous disons *leur établissement unique*, et cela explique la différence que la loi établit, au point de vue du domicile, entre les serviteurs et les fonctionnaires publics. Le fonctionnaire public investi d'une fonction temporaire ou révocable n'est pas domicilié de droit au lieu où il exerce sa fonction (art. 106), parce qu'il a souvent un autre établissement, qui peut être le principal et qui fixera son domicile. Au contraire, les personnes de condition plus ou moins subalterne, dont parle

l'art. 109, sont de droit domiciliées chez leur maître, bien que leurs fonctions soient à la fois temporaires et révocables, parce qu'en général elles n'ont pas d'autre établissement que celui qu'elles se créent en se mettant au service d'autrui, et, quand elles abandonneront cet établissement, ce sera presque toujours pour en prendre un autre semblable.

Un maître, domicilié à Paris, possède à Saint-Cloud une maison de campagne, où sa femme demeure pendant toute l'année et où il réside avec elle le plus souvent. Dans cette maison de campagne il a des domestiques qui ne viennent jamais à Paris, mais qui sont exclusivement attachés au service de la maison de campagne. Ces domestiques seront-ils domiciliés à Paris ou à Saint-Cloud? L'art. 109, qui leur donne le même domicile qu'à leur maître, répond : à Paris. Mais le bon sens semble dicter la solution contraire. Le principal établissement de ces domestiques n'est-il pas dans la maison qu'ils habitent avec leur maître, et non dans celle, qu'ils n'ont jamais vue peut-être, où se trouve le domicile de leur maître? Nous inclinons à le penser. L'art. 109 statue vraisemblablement *de eo quod plerumque fit*, c'est-à-dire en vue du cas où le maître est domicilié dans la maison qu'il habite avec les personnes qui sont à son service.

6. Déportés et transportés.

311 bis. Aux termes de l'art. 17 de la loi du 25 mars 1873, qui règle la condition des déportés à la Nouvelle-Calédonie : « Le domicile des déportés, pour tous les droits civils dont ils ont l'exercice aux colonies, est au lieu où ils subissent leur peine ». Et on lit dans l'art. 15 du décret du 31 août 1878, qui règle la condition des transportés concessionnaires de terrains dans les colonies pénitentiaires : « Le domicile de tous les transportés concessionnaires de terres est dans la colonie pénitentiaire, pour l'exercice des droits et actions résultant du présent décret ». Ces deux textes procèdent d'une même pensée : attribuer au condamné, qui est nécessairement frappé d'interdiction légale, un domicile de droit dans le lieu de l'exécution de la peine pour tous les droits dont on lui accorde l'exercice activement ou passivement. Pour tous les autres, à raison desquels il est représenté par son tuteur, il conserve le domicile de celui-ci.

312. Il nous reste à rechercher quand cesse le domicile imposé par la loi, qu'on peut appeler *domicile de dépendance*. Zachariæ dit avec raison (§ 143, texte et note 11) que le domicile légal cesse au moment où disparaît le fait qui lui servait de fondement. Ainsi le domicile légal du mineur en tutelle cesse au moment où la tutelle prend fin ; le domicile légal de la femme cesse au moment de la dissolution du mariage ou de la séparation de corps (*supra* n. 307). L'effet ne peut survivre à la cause. Est-ce à dire que le mineur qui n'est plus en tutelle, la femme veuve, divorcée ou séparée de corps perdent de plein droit, le premier le domicile du tuteur, la seconde le domicile du mari? Non, autrement ils seraient provisoirement sans domicile, situation que nos lois n'autorisent pas ; ils le conservent donc tant qu'ils n'ont pas fait le nécessaire pour en acquérir un autre. C'est dire en d'autres termes que leur domicile de droit devient un domicile de fait ; le domicile imposé se transforme en un domicile volontaire qu'ils sont libres d'abandonner aussitôt qu'ils le jugent à propos, quelquefois pour revenir au domicile qu'ils avaient auparavant, mais ce dernier domicile n'est pas recouvré par eux de plein droit.

II. Domicile établi par la volonté de l'homme ou domicile de fait.

313. Toute personne qui n'a pas un domicile imposé par la loi peut s'en créer un où elle le juge à propos.

Le législateur considère l'acquisition d'un domicile par la volonté de l'homme comme correspondant toujours à la perte d'un domicile antérieur. C'est du moins ce que l'on peut induire des textes, qui ne parlent que du *changement de domicile* (art. 103), et donnent ainsi à entendre, d'une part, que celui qui acquiert un domicile par sa volonté en avait déjà un, et, d'autre part, que l'acquisition d'un nouveau domicile entraînera la perte de l'ancien (*infra* n. 316).

Comment s'opère le changement de domicile ? Aux termes de l'art. 103 : « *Le changement de domicile s'opèrera par le fait d'une habitation réelle dans un autre lieu, joint à l'intention d'y fixer son principal établissement* ». Deux conditions sont donc requises pour l'acquisition d'un nouveau domicile, comme pour celle de la possession avec laquelle notre matière présente plus d'une analogie : le fait et l'intention ; le *fait* qui consiste dans la prise de possession d'un autre lieu d'habitation, l'*intention* consistant dans la volonté de transférer son principal établissement dans ce nouveau lieu.

Ces deux conditions sont requises cumulativement. Le fait ne suffirait pas sans l'intention, ni l'intention sans le fait.

Le fait ne suffirait pas sans l'intention, quelque longue d'ailleurs que soit la résidence hors du lieu du domicile.

L'intention ne suffirait pas sans le fait. Ainsi, voulant transférer mon domicile de Bordeaux à Libourne, j'en exprime l'intention en faisant les déclarations prescrites par l'art. 104, l'une à la municipalité de Bordeaux, l'autre à celle de Libourne, cette dernière par l'intermédiaire d'un mandataire. Je loue ou j'achète une maison à Libourne ; je la fais installer et j'y envoie mes meubles. Je suis au moment de partir de Bordeaux où je n'ai peut-être plus de gîte, et la mort me surprend. Ma succession s'ouvrira à Bordeaux ; car mon domicile n'était pas encore transféré à Libourne, où je n'ai jamais habité. Cass., 7 déc. 1885, D., 86. 1. 159, S., 86. 1. 152, et Grenoble, 17 janv. 1893, D., 93. 2. 114.

314. Celui qui allègue un changement de domicile doit en fournir la preuve ; c'est à lui par conséquent qu'il appartient d'établir l'existence des deux conditions requises par l'art. 103.

Comment fera-t-il cette preuve ?

La preuve du fait, c'est-à-dire de l'habitation réelle dans un autre lieu, sera facile.

Il n'en sera pas toujours ainsi de celle de l'intention. L'art. 104 dit à ce sujet : « *La preuve de l'intention résultera d'une déclaration expresse, faite tant à la municipalité du lieu qu'on quittera,*

» qu'à celle du lieu où on aura transféré son domicile ». Et l'art. 103 ajoute : « A défaut de déclaration expresse, la preuve de l'intention dépendra des circonstances ». On voit que la volonté de transférer son domicile d'un lieu dans un autre peut être manifestée expressément ou tacitement.

La manifestation expresse, qui n'est guère en usage, consiste dans la double déclaration dont parle l'art. 104, faite tant à la municipalité du lieu qu'on quitte qu'à celle du lieu où l'on veut s'établir. Elle fournira un moyen de preuve facile et sûr. Une déclaration faite seulement à la municipalité du lieu qu'on quitte, ne ferait pas à elle seule preuve complète de l'intention. Il en serait de même de la déclaration faite seulement à la municipalité du lieu de la nouvelle habitation.

Le plus souvent, la volonté de changer de domicile ne sera pas exprimée dans la forme qui vient d'être indiquée, elle ne sera manifestée que tacitement par certains actes de la personne, par les *circonstances*, comme le dit la loi. Les principales auxquelles le juge devra avoir égard sont : l'établissement du ménage dans le nouveau lieu où la personne est allée se fixer ; la durée de la résidence ; le paiement de la contribution personnelle, qui n'est due que dans la commune où l'on a son domicile. Le paiement de la contribution mobilière ne fournirait pas la même induction, car elle est due partout où l'on a du mobilier ; la vente des propriétés sises au lieu de l'ancienne habitation, et l'acquisition d'autres propriétés dans le lieu de la nouvelle habitation ; l'exercice permanent au lieu de la nouvelle habitation d'un commerce ou d'une industrie ; la déclaration que la personne a faite, dans des contrats ou des actes, qu'elle est domiciliée au lieu de sa nouvelle habitation, de même que sa comparution, en matière personnelle, devant le tribunal du nouveau lieu où elle habite, sans opposer l'exception d'incompétence, et en supposant que ce tribunal soit autre que celui de l'ancien domicile. Cpr. Cass., 19 décembre 1887, S., 90. 1. 451, D., 88. 1. 459.

Le juge du fond est souverain appréciateur de la question de savoir si l'intention de transférer le domicile existe. V. cep. Cass., 30 mars 1892, D., 93. 1. 29, S., 92. 1. 524. Ce pouvoir d'appréciation lui appartient même en présence de déclarations faites conformément à l'art. 104. Car de semblables déclarations n'établissent pas nécessairement la volonté de changer de domicile. Il se peut qu'elles aient été faites frauduleusement, en vue d'éluder une disposition de la loi ou de causer préjudice à un tiers, par exemple, à la veille d'un procès, pour échapper à la compétence du tribunal du lieu où l'on est actuellement domicilié. Cass., 15 mai 1882, S., 85. 1. 15, D., 83. 1. 223, 20 novembre 1889, S., 90. 1. 155, D., 90. 1. 171, 24 février 1892, D., 92. 1. 288, S., 92. 1. 151, et Poitiers, 6 mars 1891, D., 92. 2. 250.

Si l'intention reste douteuse, il n'y aura pas translation de domicile ; car la loi exige que

l'intention existe, et elle n'est pas certaine lorsque les circonstances la laissent incertaine. Et toutefois les significations, faites de bonne foi au lieu de la résidence actuelle pourraient être déclarées valables, si ceux dont elles émanent ont pu légitimement croire et ont cru en réalité les faire au domicile, bien que les conditions prescrites pour la translation du domicile dans ce lieu n'aient pas été rigoureusement remplies. Arg. art. 69-80 C. pr.

Quand les deux conditions exigées par l'art. 103 se trouvent remplies, le domicile est immédiatement transféré. Il n'est pas nécessaire que la résidence au lieu du nouveau domicile ait eu une certaine durée. L'art. 73 de la coutume de Paris exigeait une résidence d'*an et jour*, et, lors de la discussion du code civil, on proposa de reproduire cette disposition; mais cette proposition ne fut pas accueillie. La résidence la plus longue, dit Emmery, dans l'exposé des motifs de la loi, ne prouve rien si elle n'est pas accompagnée de la volonté; tandis que, si l'intention est constante, elle opère avec la résidence la plus courte, celle-ci ne fût-elle que d'un jour. Orléans, 9 août 1890, D., 91. 2. 235.

314 bis. Si deux conditions sont nécessaires pour l'acquisition d'un nouveau domicile, une seule suffit pour la conservation d'un domicile acquis, l'intention. Le domicile ne se perd pas par une absence plus ou moins prolongée. La remarque en a été faite par Mouricault dans son rapport au tribunal. Ici encore nous voyons se continuer l'analogie avec la possession : *Animo retinetur possessio*.

A la différence du domicile de fait, le domicile de droit peut être acquis par l'intention sans le fait ou par le fait sans l'intention. *Par l'intention sans le fait.* Ainsi le fonctionnaire public, investi d'une fonction à vie, acquiert un nouveau domicile dans le lieu où il doit exercer sa fonction par la seule intention qu'il manifeste en l'acceptant, et avant tout changement de résidence. *Par le fait sans l'intention.* Tel est le cas de l'enfant qui vient de naître : par le seul fait de sa naissance il acquiert le domicile de son père (domicile d'*origine*).

Le changement de domicile ne peut, en aucun cas, porter atteinte aux droits acquis à des tiers : notamment il ne peut pas avoir pour résultat d'entraîner le dessaisissement d'un tribunal compétemment saisi.

315. Deux questions nous restent à résoudre : 1^o Peut-on n'avoir aucun domicile? 2^o Peut-on avoir plusieurs domiciles?

PREMIÈRE QUESTION. Peut-on n'avoir aucun domicile? Le code civil répond négativement. En effet l'art. 102 dit : « Le domicile de tout Français..... est au lieu où il a son » principal établissement » ; donc tout Français a un domicile. D'autre part, le législateur, dans notre titre, ne parle nulle part de l'acquisition pure et simple d'un domicile, c'est-à-dire de l'acquisition d'un domicile par une personne qui n'en avait pas, mais seulement du *changement de domicile* (art. 103); il suppose donc que l'acquisition d'un domicile entraîne nécessairement la perte d'un autre, et par suite que toute personne qui acquiert un domicile en avait déjà un. Enfin nous voyons que la loi attribue de plein droit (art. 108) un domicile à l'enfant qui vient de naître, le domicile paternel (domicile d'*origine*); or il est naturel que ce domicile soit conservé jusqu'à ce qu'on l'ait perdu par l'acquisition d'un nouveau. Notre ancien droit le décidait ainsi : « On est présumé, dit le président Bouhier, garder le domicile naturel toute sa vie, à moins que l'on n'en ait changé ». Pothier exprime la même pensée, et le code civil paraît bien l'avoir consacrée en nous donnant à entendre par les dispositions relatives au changement de domicile que la perte d'un domicile correspond toujours à l'acquisition d'un autre. Cass., 12 décembre 1877, S., 78. 1. 18; 30 mars 1892, D., 93. 1. 29, S., 92. 1. 524, et 5 nov. 1890, S., 91. 1. 255.

Nous concluons que tout Français a un domicile.

L'art. 59 al. 1 du code de procédure civile semble au premier abord consacrer une

solution contraire. Ce texte est ainsi conçu : « En matière personnelle, le défendeur sera » assigné devant le tribunal de son domicile; s'IL N'A PAS DE DOMICILE devant le tribunal » de sa résidence ». Donc on peut ne pas avoir de domicile. — On a cherché à réfuter cet argument en disant que les mots *s'il n'a pas de domicile* sont expliqués par l'art. 69-8^o C. pr. qui parle du cas où le défendeur n'a pas en France de domicile connu : par cette dernière disposition le législateur paraît supposer que le défendeur a nécessairement un domicile, que seulement ce domicile peut être ignoré; il a voulu, dit-on, exprimer la même idée dans l'art. 59 al. 1, quand il parle d'un défendeur qui n'a pas de domicile. — Il y a, croyons-nous, une réponse encore plus péremptoire à l'argument. L'art. 59 al. 1, qui parle du cas où le défendeur n'a pas de domicile en France, a peut-être en vue soit le cas d'un Français ayant son domicile en pays étranger (voyez l'alinéa final de ce numéro) soit le cas où le défendeur est étranger : on sait en effet que, dans certaines hypothèses, les étrangers peuvent être traduits devant les tribunaux français (*supra* n. 156). Entendu en ce sens, l'art. 59 al. 1 C. pr. n'infirmerait en rien la proposition qui résulte de l'art. 102 C. civ., à savoir que tout Français a un domicile.

Telle paraît bien en effet avoir été la pensée de notre législateur. On prétend cependant qu'il y a des hypothèses exceptionnelles dans lesquelles certains Français se trouvent sans domicile. Examinons-les.

On cite d'abord le cas où la maison dans laquelle se trouve situé le domicile d'un citoyen viendrait à être complètement détruite. Le domicile, dit-on, disparaît avec elle. Est-ce bien exact? La loi ne dit pas que le domicile de tout Français est nécessairement dans une maison; elle dit que ce domicile est au lieu où il a son principal établissement, et de fait il y a des cas dans lesquels la loi assigne à un citoyen son domicile en un certain lieu, sans qu'il soit possible de rattacher ce domicile à une habitation déterminée. Celui qui accepte une fonction à vie est immédiatement domicilié dans le lieu où il doit exercer sa fonction (*supra* n. 305), même avant de s'y être transporté. Jusqu'à ce qu'il ait fait choix d'une habitation dans ce lieu, il sera impossible de rattacher son domicile à une maison déterminée, et cependant il y sera domicilié : c'est là que sa succession s'ouvrira s'il vient à mourir; c'est devant le tribunal de ce lieu qu'il devra être traduit en matière personnelle, etc. La situation sera la même pour celui dont la maison a été détruite, et elle restera telle jusqu'à ce qu'il ait acquis un nouveau domicile.

On cite ensuite le cas de l'enfant qui est né de parents sans résidence fixe, de parents qui résident partout et nulle part, comme les comédiens ambulants, les marchands colporteurs, etc. Quel domicile cet enfant, qui est né peut-être dans une auberge ou même dans une voiture, pourrait-il recevoir lors de sa naissance? Donc il est sans domicile. — On ne peut nier qu'il sera souvent difficile, impossible même de déterminer son domicile. Mais résulte-t-il de là qu'il n'en ait pas? Non; car, apparemment, parmi les ancêtres de l'enfant, il y en a bien un qui avait un domicile; or ce domicile il l'a transmis à ses descendants successivement, de sorte qu'au bout d'un certain nombre de générations la trace de ce domicile peut bien être perdue, mais il n'en existe pas moins. Le cas dont il s'agit est donc celui d'un individu dont le domicile est inconnu.

On cite enfin le cas d'un enfant naturel dont le père et la mère sont inconnus. Celui-là, dit-on, naît bien sans domicile paternel. C'est absolument comme si l'on disait qu'un enfant naît sans père et sans mère, parce que l'un et l'autre sont inconnus. L'enfant naturel a bien un père et une mère, apparemment. Eh bien! il a aussi un domicile, le domicile paternel (art. 108); seulement il est clair que ce domicile sera inconnu tant que le père et la mère resteront légalement inconnus : ce qui n'empêchera pas l'enfant d'avoir un domicile.

Les faits, pas plus que les textes, n'infirment donc aucunement cette proposition que tout Français a un domicile. Elle trouverait au besoin un point d'appui solide dans les travaux préparatoires de la loi. Le projet portait un article ainsi conçu : « Le domicile se formera par l'intention jointe au fait d'une habitation réelle ». Le conseil d'Etat supprima cette disposition, qui pouvait donner à entendre qu'un individu *sans domicile* peut en acquérir un, par ce motif que toute personne a un domicile d'origine. Enfin les dispositions du code pénal, relatives au *vagabondage*, prouveraient au besoin que tout Français a

un domicile, puisque la loi punit celui qui, par sa vie vagabonde, rend son domicile incertain (C. pén., art. 270, 271).

Tout Français a donc nécessairement un domicile ; seulement ce domicile peut ne pas être connu, et alors la résidence remplace le domicile, même pour l'ouverture de la succession. Mais la loi ne dit pas que tout Français a nécessairement un domicile *en France*. Il a été jugé qu'un Français, tout en conservant sa nationalité, peut acquérir un domicile en pays étranger. Cass., 6 mars 1888, S., 91. 1. 27, D., 88. 1. 486. En pareil cas le Français perdra le domicile qu'il avait en France, car nul ne peut avoir deux domiciles, ainsi qu'on va le voir maintenant.

316. DEUXIÈME QUESTION. Peut-on avoir deux domiciles ? La solution négative n'est pas douteuse ; elle résulte :

1° De l'art. 102, aux termes duquel le domicile est au lieu du *principal établissement*. Or le principal établissement est nécessairement unique, puisque c'est l'établissement qui domine tous les autres. Donc on ne peut avoir qu'un domicile. Le projet le disait en termes exprès, et cette disposition n'a été supprimée que parce qu'elle résultait implicitement de l'art. 102.

2° Des art. 103 et suivants qui donnent à entendre que l'acquisition d'un nouveau domicile fait toujours perdre l'ancien, puisqu'ils parlent uniquement du changement de domicile (*supra* n. 315).

3° De l'art. 110 qui suppose que toute succession s'ouvre en un lieu unique, et décide que ce lieu est celui du domicile du défunt.

4° Des travaux préparatoires de la loi et notamment du discours de Malherbe au corps législatif.

Toutefois, le principe de l'unité de domicile ne s'oppose pas à ce qu'en fait une même personne puisse être traitée comme si elle avait plusieurs domiciles. Qu'on suppose par exemple un commerçant qui a dans deux villes différentes un établissement commercial de même importance ; il partage son temps entre l'un et l'autre, et rien n'indique quel est celui des deux qu'il considère comme étant le principal. Les tiers pourront, dans leurs relations civiles avec lui, par exemple au point de vue de la compétence, des significations..., le considérer comme étant domicilié soit dans l'un soit dans l'autre lieu. S'il veut échapper à cette situation, qu'il dissipe l'équivoque à laquelle peut donner lieu l'état de choses qu'il a lui-même créé, par exemple en faisant à la municipalité des diverses villes où il a des établissements de commerce une déclaration analogue à celle dont parle l'art. 104. Jusque-là les tiers ne doivent pas souffrir des conséquences d'une situation dont ils ne sont pas les auteurs.

* **316 bis.** Le principe de l'unité de domicile s'applique-t-il même aux personnes morales ? La jurisprudence admet que si une société ou compagnie étendant le réseau de ses opérations sur une grande surface de territoire a des succursales, elle peut être assignée par exploits donnés en ces diverses succursales et devant les tribunaux de leur situation, pour l'exécution des contrats qu'elle y a passés, ou la réparation du préjudice résultant des délits ou des quasi-délits qui y ont été commis et dont elle est civilement responsable. Cass., 30 juin 1891, S., 91. 1. 479. Cpr. Cass., 18 nov. 1890, S., 93. 1. 22. Les arrêts disent à l'appui de cette solution que la compagnie a autant de domiciles que de succursales. M. Demolombe, qui admet la même solution (t. I, n. 375, p. 606), croit plus juridique de la justifier en disant que la compagnie est censée avoir élu domicile partout où elle traite avec des particuliers. Ce serait un cas d'élection tacite de domicile. Cpr. Orléans, 19 mars et 7 août 1886, D., 87. 2. 107, S., 87. 2. 244. Mais la question de savoir si l'élection de domicile peut résulter d'une volonté manifestée tacitement est controversée, et en tout cas la volonté d'élire domicile n'apparaît pas ici bien clairement. On pourrait peut-être soutenir que les personnes morales en général et les sociétés de commerce en particulier n'ont pas de domicile. Les personnes morales sont une fiction, le domicile aussi. Pour reconnaître un domicile aux personnes morales, il faut une fiction entée sur une autre. D'ailleurs les personnes morales n'ont que les droits nécessaires à la réalisation du but qu'elles poursuivent (*supra* n. 106). L'art. 102 ne ferait pas obstacle à cette

solution, car il dit : « Le domicile de *tout Français...* », et les personnes morales n'ont pas à proprement parler de nationalité. On se trouverait ainsi conduit à dire que, pour les personnes morales, le domicile est remplacé non pas précisément par la résidence, car la résidence est chose de fait et l'idée de résidence ne peut guère s'appliquer à un être immatériel, mais par la *maison sociale* (C. pr., art. 69-6°), et comme elles peuvent en avoir plusieurs, la compétence de plusieurs tribunaux se trouverait ainsi justifiée.

316 ter. Les déportés et les transportés concessionnaires de terres ont un domicile légal dans la colonie où ils subissent leur peine pour les droits dont ils ont l'exercice dans cette colonie. Pour tous les autres droits, leur domicile est chez leur tuteur (*supra* n. 311 bis). Ce n'est pas une exception au principe de l'unité de domicile ; car le domicile dans la colonie est un domicile spécial, et la situation est à peu près la même que celle d'une personne qui a, outre son domicile réel, un domicile d'élection.

N° 2. Du domicile d'élection.

317. Le domicile d'élection (de *eligere electum*, choisir) est un domicile spécial choisi pour l'exécution d'un acte ou d'une convention. Exemple : Une personne domiciliée à la Rochelle vient me proposer de lui donner à bail un domaine dont je suis propriétaire dans l'arrondissement de Bordeaux, où je suis domicilié. Je lui répons : Vos propositions me paraissent acceptables ; mais je ne voudrais pas, au cas où je serais obligé d'avoir recours à la justice pour l'exécution du bail projeté, être exposé au danger d'aller plaider devant le tribunal de la Rochelle où est situé votre domicile ; je ne traiterai qu'à la condition que vous fassiez élection de domicile à Bordeaux, c'est-à-dire que vous choisissiez dans cette ville un domicile spécial pour l'exécution du bail : ce qui me permettra, si je suis obligé d'avoir recours au juge pour cette exécution, de m'adresser au tribunal de Bordeaux, et d'obtenir ainsi justice sans avoir à me déplacer.

Telle est l'élection de domicile. L'art. 111 dit à ce sujet : « *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* ».

Le mot *acte*, employé ici à trois reprises par la loi, désigne, non pas l'acte écrit, *instrumentum*, constatant la convention, mais bien la convention elle-même, le *negotium juridicum*, dont l'élection de domicile est une modalité et par suite une partie constitutive. Cela nous paraît certain, bien que le contraire soit enseigné. En effet, la seconde fois que la loi emploie cette expression (lorsqu'elle dit, vers le milieu de l'article, *pour l'exécution de ce même acte*), elle songe certainement à la convention, car il ne peut être question d'exécuter un acte écrit. Or, si le mot *acte* désigne ici la convention, il a nécessairement le même sens dans la première partie de l'article (arg. des mots *de ce même acte*) et dans la dernière (arg. des mots *à cet acte*). Bien entendu, quand la convention, comme il arrivera le plus souvent, sera constatée par écrit, cet écrit mentionnera l'élection de domicile.

L'élection de domicile peut être faite, soit en vertu de la loi, soit en vertu de la convention des parties.

Comme exemples d'élection de domicile imposée par la loi, nous mentionnerons les cas prévus par les art. 176 et 2148-1°. V. aussi C. pr., art. 61, 422, 433, 559, 584, 609, 637, 673, 780, 783, 789 et 927.

M. Laurent (t. II, n. 103) cite, après Boncenne, un édit de février 1580, art. 32, qui ordonna que toutes personnes ayant seigneuries ou maisons fortes ou autres de difficile accès, seraient tenues d'élire domicile en la plus prochaine ville royale de leur demeure et résidence ordinaire, où les exploits leur seraient valablement signifiés. Il fallait permettre d'assigner ces messieurs de loin, parce qu'il était dangereux de les assigner de près, vu qu'ils ne se gênaient pas pour couper les oreilles aux sergents qui avaient l'audace de venir leur présenter des assignations, ou pour les jeter par la fenêtre, quand ils ne jugeaient pas à propos de les tuer.

Le plus souvent l'élection de domicile est faite en vertu d'une convention. L'art. 111 ne s'occupe que de cette hypothèse (argument tiré des mots *domicile convenu*).

Ce même texte indique suffisamment que l'élection de domicile pour l'exécution d'une convention peut être faite par les deux parties à la fois ou par l'une d'elles seulement.

318. En réglant ce qui concerne l'élection de domicile faite pour l'exécution d'une convention, le législateur a statué *de eo quod plerumque fit*; il a voulu nous dépeindre la convention relative à l'élection de domicile telle qu'elle se présente ordinairement dans la pratique. On ne doit donc pas argumenter des termes de l'art. 111 pour proscrire certaines modalités de l'élection de domicile dont la loi ne parle pas et dont le besoin peut se faire sentir dans la pratique.

Ainsi la loi suppose, parce que c'est le cas ordinaire, que l'élection de domicile est faite « dans un autre lieu que celui du domicile réel ». Mais rien ne s'opposerait à ce qu'elle fût faite au lieu même du domicile réel. Les parties peuvent y avoir intérêt, par exemple pour parer aux conséquences que pourrait entraîner le décès de l'une d'elles ou son changement de domicile : elles veulent peut-être que ces événements demeurent sans influence sur la compétence du tribunal qui devra connaître, le cas échéant, de l'exécution de la convention ; la combinaison qui vient d'être indiquée leur fournit un moyen facile d'arriver à ce résultat ; sa légitimité est admise en doctrine et en jurisprudence.

De même, de ce que la loi suppose l'élection de domicile faite au moment même de la convention, il ne s'ensuit pas qu'elle proscrive l'élection de domicile qui serait faite postérieurement. Les termes de l'art. 111 doivent être considérés à cet égard comme purement énonciatifs.

* **319.** Le plus souvent la convention et l'élection de domicile faite pour son exécution seront constatées par un acte écrit. Mais le contraire peut arriver. Supposons donc l'existence d'une convention verbale, pour l'exécution de laquelle les parties ont fait une élection de domicile verbale également. Le fait est reconnu, on le suppose, par les parties. Faudra-t-il dire que l'élection de domicile est nulle pour n'avoir pas été faite par écrit, par acte ? On l'a soutenu, en se fondant sur les termes de l'art. 111 qui suppose que l'élection de domicile est faite par un acte, c'est-à-dire, dit-on, par un acte écrit. — Nous avons déjà dit que le mot *acte*, dans l'art. 111, désigne la convention, le *negotium*, dont l'élection de domicile fait partie, et non l'écrit qui la constate. Le texte laisse donc la question indécise. Il faut la résoudre à l'aide des principes généraux. Or les parties peuvent faire verbalement, en principe, toutes sortes de conventions. Pourquoi faudrait-il

absolument que celle qui nous occupe fût constatée par écrit? On n'en verrait pas la raison. La convention verbale et la clause de cette convention relative à l'élection de domicile seront donc valables, sauf les difficultés de la preuve. Voici une des conséquences de notre doctrine : le tribunal, saisi en vertu de cette convention verbale dont les parties sont d'accord pour reconnaître l'existence, n'aura pas le droit de se déclarer incompétent, sous prétexte qu'il n'est pas le tribunal du domicile du défendeur, et que la convention relative à l'élection de domicile est nulle pour n'avoir pas été constatée par écrit.

Le plus souvent aussi l'élection de domicile est faite par une clause *expresse* de l'acte qui constate la convention. Mais à notre avis l'élection de domicile pourrait aussi résulter d'une convention tacite, c'est-à-dire qu'elle pourrait s'induire par argument des clauses de l'acte, ou des circonstances. D'après le droit commun, la volonté des parties ne doit-elle pas être exécutée toutes les fois qu'elle est certaine, aussi bien lorsqu'elle est manifestée tacitement que lorsqu'elle l'est expressément? Quelle raison y aurait-il de ne pas appliquer cette règle en matière d'élection de domicile?

Il y a toutefois controverse sur ce point. Plusieurs pensent que la volonté des parties d'élire domicile doit être manifestée expressément. L'élection de domicile, disent-ils, est une dérogation au droit commun; elle ne peut être admise qu'en vertu d'une volonté certaine. La volonté qui s'induit, par le raisonnement, des clauses d'un acte ou des circonstances n'a pas ce caractère, elle est toujours plus ou moins douteuse; or dans le doute c'est le droit commun qui est applicable.

Au fond ces deux opinions diffèrent peu. Les partisans de la première, comme ceux de la seconde, reconnaissent en effet que l'élection de domicile ne peut résulter que d'une volonté certaine et par suite clairement manifestée. Toute la question est de savoir si la volonté qui s'induit des circonstances, ou des clauses de l'acte peut avoir ce caractère. Réduite à ces termes, la difficulté devient une question de fait plutôt que de droit.

Comme exemple d'élection tacite de domicile, MM. Aubry et Rau (t. I, p. 586, note 4) citent le cas de militaires, d'étudiants majeurs ou d'artistes dramatiques résidant en un lieu autre que celui de leur domicile réel. Ils devraient être considérés comme ayant fait élection de domicile en ce lieu pour l'exécution des engagements qu'ils y passent en vue de leur nourriture et de leur entretien, ce qui permettrait de les poursuivre devant le tribunal du lieu pour l'exécution de ces engagements. Voici un autre exemple qui nous paraît un peu moins contestable : Une femme mariée fait le commerce en un lieu autre que celui du domicile de son mari. Elle devra être considérée comme ayant fait élection tacite de domicile en ce lieu pour l'exécution de tous les actes relatifs à son négoce. Nous aimons mieux le décider ainsi que d'admettre avec la jurisprudence que la femme a en pareil cas deux domiciles, un domicile civil, qui est le même que celui de son mari, et un domicile commercial. Cass., 12 juin 1883, D., 83. 1. 281, S., 84. 1. 257. Cpr. *supra* n. 316 bis.

Au contraire l'indication d'un lieu autre que celui du domicile du débiteur pour le paiement n'emporte pas, du moins en matière civile, élection de domicile en ce lieu, ni par suite compétence du tribunal dudit lieu pour la solution des difficultés qui pourront résulter de la convention. Autre chose en effet est l'exécution volontaire de la convention, autre chose l'exécution forcée; et de ce que le débiteur a consenti à payer, c'est-à-dire à exécuter volontairement la convention, en un lieu autre que celui de son domicile, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'il ait entendu perdre le bénéfice de son domicile en ce qui concerne la compétence qui y est attachée. L'art. 420 C. pr., qui, en matière commerciale, attribue exceptionnellement compétence au tribunal du lieu du paiement, confirme pleinement cette solution.

De même le mandat donné à une personne d'élire chez elle domicile pour le mandant, n'emporte pas élection de domicile tant que le mandataire n'a pas fait usage de ce pouvoir.

Effets de l'élection de domicile.

320. La loi en indique deux dans l'art. 111 : « *les significations, les demandes et poursuites relatives à cet acte, pourront être faites au domicile convenu et devant le juge de ce domicile* ».

PREMIER EFFET. Les significations, demandes et poursuites, relatives à l'acte pour l'exécution duquel l'élection de domicile est intervenue, pourront être faites au domicile élu. Ainsi le créancier, qui a un titre exécutoire, peut donner un commandement à son débiteur au domicile élu. Les exploits d'ajournement et les différents actes de la procédure peuvent être signifiés à ce même domicile.

* Il en est de même du jugement qui ordonne l'exécution de la convention et des divers exploits requis dans les procédures d'exécution forcée. On objecte qu'aux termes de l'art. 111, le domicile élu n'est relatif qu'à l'exécution de la convention ; or une fois qu'il a été rendu un jugement ordonnant cette exécution, il ne peut plus être question d'exécuter la convention, mais bien le jugement ; donc, dit-on, cette exécution ne peut pas avoir lieu au domicile élu qui n'a été choisi qu'en vue de l'exécution de la convention elle-même ; donc par suite c'est au domicile réel qu'il faudra signifier le jugement, qui est un préliminaire de l'exécution, et ensuite les exploits relatifs à l'exécution elle-même. — On a fort bien répondu que le jugement obtenu par le créancier n'est qu'un moyen de parvenir à l'exécution de la convention. Sa signification peut donc être faite au domicile élu, comme celle de tous les autres actes relatifs à l'exécution de la convention.

DEUXIÈME EFFET. L'élection de domicile est attributive de compétence, c'est-à-dire quelle rend le tribunal du lieu où elle a été faite compétent pour connaître de toutes les difficultés auxquelles peut donner lieu l'exécution de l'acte. Cass., 21 décembre 1875, S., 76. 1. 109, D., 76. 1. 271.

321. On reconnaît en général que l'élection de domicile n'est relative qu'à l'exécution forcée de la convention en vue de laquelle elle a été faite ; elle demeure donc étrangère à son exécution volontaire, c'est-à-dire au paiement, notamment elle ne confère pas à la personne chez laquelle le domicile a été élu le pouvoir de toucher. Les termes de l'art. 111, qui parle de significations, demandes et poursuites, ne font allusion qu'à l'exécution forcée. D'ailleurs il y a tout au moins doute sur le point de savoir si le débiteur, qui a fait l'élection de domicile en un certain lieu pour l'exécution de la convention, a entendu renoncer au bénéfice du droit commun pour l'exécution volontaire, et ce doute doit être tranché en sa faveur (arg. art. 1247). Cass., 25 janvier 1893, D., 93. 1. 183.

322. L'élection de domicile faite par l'une des parties a lieu le plus souvent dans l'intérêt de l'autre. Elle constitue alors un bénéfice pour celle-ci, bénéfice auquel elle a le droit de renoncer. Cette partie peut donc, si elle le préfère, faire les significations, demandes et poursuites relatives à l'exécution de l'acte au domicile réel de son adversaire, et l'assigner devant le tribunal de ce domicile. Aussi l'art. 111 dit-il que « les significations, demandes et poursuites... POURRONT être faites au domicile convenu et devant le juge de ce domicile », ce qui indique une simple faculté.

Mais s'il résultait des clauses de l'acte ou des circonstances que l'élection de domicile a été faite aussi dans l'intérêt de la partie dont elle émane, elle ferait naître alors un droit pour chaque partie, droit dont ni l'une ni l'autre ne pourrait être privée sans sa volonté. Le consentement mutuel des parties serait donc nécessaire pour anéantir les effets de l'élection de domicile (arg. art. 1134). En ce sens, Cass., 14 juin 1875, D., 75. 1. 289, S., 76. 1. 172.

Bien plus, s'il apparaissait, comme il arrivera rarement, que l'élection de domicile a eu lieu exclusivement dans l'intérêt de celui qui l'a faite, lui seul aurait le droit de s'en prévaloir ; il pourrait donc renoncer au bénéfice de l'élection en la révoquant et forcer l'autre partie à en revenir au droit commun.

323. L'élection de domicile peut être faite soit chez une personne déterminée, soit en un certain lieu sans indication de personne.

L'élection de domicile chez une personne déterminée contient un mandat donné à cette personne. En l'acceptant, elle s'oblige, sous peine de dommages et intérêts, à recevoir les significations qui lui seront adressées pour le compte de celui qui a élu le domicile et à les lui transmettre. L'acceptation du mandat peut être expresse ou tacite. Le fait d'avoir reçu sans protestation les significations faites au domicile élu doit en général être considéré comme entraînant acceptation tacite.

Le mandat qu'implique l'élection de domicile prend fin comme tout autre par la mort ou l'interdiction du mandataire, à moins qu'il n'ait été donné à la fonction plutôt qu'à la personne, comme il arrivera si l'élection de domicile a été faite dans l'étude de tel notaire. Tribunal de Rennes, 14 août 1891, D., 93. 2. 246. La mort ou l'interdiction du mandant met également fin au mandat, qui peut cesser en outre par une révocation ou par la renonciation du mandataire. Arg. art. 2003.

Si l'élection de domicile a été faite en un certain lieu, sans indication d'une personne déterminée chez laquelle il soit établi, alors elle ne produit que le second effet dont il a été parlé plus haut, savoir l'attribution de compétence au tribunal du lieu du domicile élu.

324. Tels sont les effets de l'élection de domicile. Ils sont susceptibles d'être modifiés en plus ou en moins par la volonté des parties contractantes. Ainsi rien n'empêche de convenir que le paiement pourra être fait au domicile élu. En sens inverse, on pourrait convenir que l'élection de domicile ne sera pas attributive de compétence. Tout dépend de la volonté des parties ; l'art. 111 ne fait qu'interpréter cette volonté quand elles ne se sont pas expliquées.

325. Différences entre le domicile réel et le domicile d'élection. — On peut en signaler plusieurs et particulièrement les suivantes :

1° Le domicile réel est *général* ; le domicile d'élection est *spécial*, c'est-à-dire établi en vue d'une affaire déterminée. On ne saurait s'en prévaloir pour un autre objet.

2° Le domicile réel est attaché à la personne ; il n'est pas héréditairement transmissible. Au contraire, les effets de l'élection de domicile se produisent activement et passivement à l'égard des héritiers et autres ayant cause des parties, c'est-à-dire que ces héritiers et ayant cause succèdent aux droits ou aux obligations résultant de l'élection de domicile ; ils peuvent s'en prévaloir, comme on peut la leur opposer (arg. art. 1122).

3° On ne peut avoir qu'un domicile réel (*supra* n. 304) ; on peut avoir au contraire plusieurs domiciles d'élection, établis en vue de l'exécution de plusieurs conventions différentes.

4° On peut, sauf dans les cas où l'on a un domicile imposé par la loi, changer de domicile réel. Au contraire on n'a pas le droit de changer, sans le consentement de l'autre partie, le domicile que l'on a élu en vertu d'une convention. Cette proposition doit être entendue seulement en ce sens que le domicile élu ne peut pas, sans le consentement de la partie adverse, être transporté dans un autre lieu. On est d'accord pour admettre que celui qui a fait élection de domicile chez une personne demeurant en un certain lieu, peut désigner pour la remplacer une autre personne dans la même localité. Divers événements peuvent rendre ce changement nécessaire, notamment la mort de la personne chez laquelle le domicile avait été élu ou sa renonciation au mandat. Dans ces deux hypothèses, les significations sont valablement faites à la demeure de la personne primitivement désignée jusqu'à ce qu'il en ait été indiqué une autre.

TITRE IV

Des absents

NOTIONS GÉNÉRALES

326. Les mesures que la loi ordonne à l'égard des absents, principalement en vue d'assurer la gestion de leur patrimoine qu'ils ne peuvent gérer eux-mêmes, apportent des modifications à leur état, et voilà pourquoi le code civil traite de cette matière dans le livre I^{er} consacré à l'état des personnes.

Le droit romain, si riche en monuments dans presque toutes les matières juridiques est à peu près muet sur l'absence.

Notre ancien droit n'offrait guère plus de ressources au législateur du code civil. Quelques rares dispositions de nos anciennes coutumes, principalement en ce qui concerne l'envoi en possession des héritiers présomptifs, voilà tout ce qu'il a pu mettre à profit. Cette circonstance doit lui servir d'excuse pour les imperfections que renferme cette partie de son œuvre. Il faut lui tenir compte aussi de la difficulté du sujet, qui a toujours passé pour un des plus ardens, *crux juris studiosorum*.

327. Définitions. — Dans le langage du monde, on donne la qualification d'*absent* à toute personne qui n'est pas là où sa présence est réclamée; ainsi on dit d'un étudiant qui n'est pas présent à un cours auquel il est tenu d'assister, qu'il est *absent*.

Mais dans la langue du droit, le mot *absent* a un sens beaucoup plus restreint : il désigne une personne dont l'existence est incertaine, parce qu'elle a disparu et qu'elle n'a pas donné de ses nouvelles depuis un certain temps. Ce qui caractérise l'absence, c'est l'incertitude où l'on se trouve sur le point de savoir si l'absent est mort ou vivant.

On distingue deux catégories d'absents :

1° *Les présumés absents*. Ce sont ceux dont l'absence n'a pas encore été déclarée par une décision judiciaire.

2° *Les déclarés absents*, ou absents proprement dits, ainsi nommés parce que leur absence a été *déclarée*, c'est-à-dire constatée par un jugement.

Quant à ceux sur l'existence desquels ne plane aucun doute, bien qu'ils soient éloignés de leur domicile ou de leur résidence, on les appelle *non-présents*. Nos lois civiles ne contiennent qu'un très petit nombre de dispositions relatives aux non-présents. Voyez notamment C. civ., art. 819 et 840, et C. pr., art. 928, 942 et 943.

Telle est la terminologie la plus exacte en matière d'absence ; mais le législateur ne s'y est pas toujours conformé. C'est ainsi qu'il désigne quelquefois sous la dénomination d'*absents* des non-présents (C. civ., art. 316, et C. pr., art. 909, 910, 911, 942, 943). D'autre part il emploie fréquemment le mot *absents* pour désigner, soit des présumés, soit des déclarés absents. Ce défaut de précision dans le langage enlève presque toute valeur aux arguments que l'on prétendrait tirer des dénominations employées par la loi, pour la solution des difficultés que notre matière soulève.

328. Le code civil distingue en matière d'absence trois périodes :

1° *La présomption d'absence*, qui s'ouvre aussitôt que des doutes sérieux commencent à s'élever sur l'existence de l'absent. Elle a pour terme la déclaration d'absence.

Pendant cette première période, la loi se préoccupe exclusivement des intérêts du présumé absent ; elle autorise, en cas de nécessité, l'application de mesures conservatoires relativement à ses biens.

2° *La déclaration d'absence*. Cette deuxième période a pour point de départ le jugement qui déclare l'absence. Ce jugement ne peut être rendu qu'après cinq ans depuis la disparition ou les dernières nouvelles de l'absent s'il n'a pas laissé de procureur fondé, et qu'après onze ans s'il en a laissé un. — L'absence une fois déclarée, et dans la supposition que l'absent est mort le jour où il a donné le dernier signe de vie, c'est-à-dire le jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, on fait provisoirement ce que l'on ferait définitivement s'il était prouvé que cette supposition est conforme à la réalité. On admet donc tous ceux qui ont des droits subordonnés au décès de l'absent à les exercer provisoirement : notamment on autorise ses héritiers présomptifs au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles à se faire attribuer provisoirement ses biens. Cela s'appelle l'*envoi en possession provisoire* : — *envoi en possession*, parce que les divers intéressés sont mis en possession des biens de l'absent ; — *provisoire*, parce que cette attribution ne leur est faite que sous réserve des droits de l'absent, auquel ils devront restituer, s'il reparait, tous ses biens, et en outre le plus souvent une certaine partie des revenus perçus pendant l'envoi provisoire. Les envoyés sont simplement administrateurs des biens dont la possession provisoire leur a été déférée, la loi les qualifie même de *dépositaires* (art. 125) ; les actes de disposition leur sont donc interdits.

Le retour de l'absent étant sinon probable du moins possible pendant la deuxième période, la loi organise à son profit d'importantes garanties de restitution. Aussitôt que s'ouvre la troisième période, qui a pour point de départ l'envoi en possession définitif, ces garanties cessent, parce que le retour de l'absent devient de moins en moins probable.

3° *La période de l'envoi en possession définitif.* L'envoi définitif n'est la plupart du temps qu'un développement de l'envoi provisoire. Il consolide le titre des envoyés, en ce sens que, tout au moins dans leurs rapports avec les tiers, les envoyés sont considérés comme propriétaires incommutables des biens de l'absent; de sorte que les aliénations qu'ils consentent de ces biens ne peuvent en aucun cas être critiquées par l'absent de retour. Mais ils ne sont pas considérés comme propriétaires dans leurs rapports avec l'absent, auquel ils seront tenus de restituer, si par impossible il reparait, tout ce dont ils se sont enrichis à ses dépens, à l'exception des fruits. — L'envoi en possession définitif peut être obtenu par les divers intéressés après trente ans écoulés depuis la déclaration d'absence, ou même avant l'expiration de ce délai, s'il s'est écoulé cent ans depuis la naissance de l'absent.

CHAPITRE PREMIER

DE LA PRÉSUMPTION D'ABSENCE

329. Un homme a disparu de son domicile ou de sa résidence depuis un certain temps; sa femme, ses enfants, ses parents ignorent où il est. Personne n'a de nouvelles de lui, et cependant son silence est inexplicable, car il a laissé de nombreux intérêts en souffrance! Un doute s'élève : peut-être cet homme est-il décédé. S'il était vivant, laisserait-il ainsi sa famille et ses biens à l'abandon? Ce doute constitue la présomption d'absence. Le présumé absent est donc celui dont l'existence est devenue incertaine, à raison du défaut de nouvelles depuis qu'il a quitté son domicile ou sa résidence. On comprend que cette incertitude naîtra après un temps plus ou moins long suivant les circonstances; aussi la loi s'est-elle abstenue de rien préciser, laissant la plus grande latitude d'appréciation sur ce point au juge du fait, dont la décision est souveraine. Cass., 21 nov. 1887, S., 88. 1. 324, et 23 nov. 1891, S., 92. 1. 16.

330. La présomption d'absence ne donne lieu à l'application

d'aucune mesure relativement aux biens de l'absent, tant que ces biens ne sont pas en souffrance. La nécessité seule peut légitimer l'immixtion de la justice dans la gestion des intérêts de l'absent, car cette immixtion, quelque discrète qu'elle soit, l'expose toujours plus ou moins au danger de voir pénétrer le secret de ses affaires. On lit à ce sujet dans l'art. 112 : « *S'il y a nécessité de pourvoir* » à l'administration de tout ou partie des biens laissés par une per- » sonne présumée absente, et qui n'a point de procureur fondé, il y » sera statué par le tribunal de première instance, sur la demande » des parties intéressées ».

La présence d'un procureur fondé, qui est muni de pouvoirs suffisants pour l'administration des biens et qui exerce ces pouvoirs, exclut certainement l'intervention de la justice. La nécessité seule, nous venons de le dire, peut légitimer cette intervention; or où est la nécessité de pourvoir à l'administration des biens de l'absent, lorsqu'il y a pourvu lui-même efficacement? Mais il se peut que le procureur laissé par l'absent n'ait qu'un mandat tout à fait spécial et limité, qui ne lui donne pas des pouvoirs suffisants pour administrer les biens, ou que son mandat, si étendu qu'on voudra le supposer, prenne fin, par sa renonciation ou par sa mort par exemple, ou que le mandataire néglige de remplir son mandat. Dans ces différents cas, il pourra y avoir *nécessité* de pourvoir à l'administration de tout ou partie des biens du présumé absent. La justice aura-t-elle le droit d'intervenir, sur la demande des intéressés, et d'ordonner les mesures nécessaires? Nous l'admettons sans difficulté.

On a objecté que la loi n'autorise l'intervention de la justice que lorsqu'il n'y a pas de procureur fondé (art. 112); or ici il y en a un. — La réponse est qu'en réalité l'absent, bien qu'il ait laissé un procureur fondé, *n'en a point* relativement aux biens en souffrance, ce qui, d'après le texte, autorise la justice à intervenir s'il y a nécessité. En définitive, de deux choses l'une : Ou le présumé absent a laissé un procureur chargé de l'administration de ses biens, qui remplit son mandat, et alors la justice n'a pas à intervenir parce qu'il n'y a pas nécessité, aucun bien n'étant en souffrance; ou bien l'absent a laissé un procureur qui n'a pas de pouvoirs suffisants pour administrer tout le patrimoine, ou qui, ayant des pouvoirs suffisants, ne les exerce pas, et alors il peut être nécessaire que la justice intervienne pour pourvoir à l'administration des biens qui sont en souffrance, et on ne concevrait pas que la loi lui eût lié les mains. Les deux conditions auxquelles la loi paraît subordonner l'intervention de la justice, savoir la nécessité et l'absence d'un procureur fondé, se réduisent donc en définitive à une seule, la première.

331. La nécessité, qui seule peut autoriser l'intervention de la justice relativement à l'administration des biens de l'absent, détermine aussi les limites de cette intervention. En d'autres termes, la justice ne doit intervenir qu'autant que cela est nécessaire, et seulement dans la limite du nécessaire. Quant à savoir quelles sont les mesures que la nécessité commande et que la justice doit ordonner, ce n'est plus là qu'une question de fait, que le législateur ne pouvait pas régler, et pour la solution de laquelle il s'en est pleinement rapporté à la prudence du juge. Ce seront presque toujours des mesures simplement conservatoires, des mesures relatives à l'administration des biens, comme dit l'art. 112, telles que réparations urgentes, ventes de récoltes parvenues à maturité, baux de

maisons ou de fonds de terre. Quelles que soient les mesures à prendre, le juge qui les ordonnera devra toujours s'inspirer de l'intérêt de l'absent et non de celui des personnes qui ont des droits subordonnés à son décès.

Rien ne s'oppose à ce que la justice, ainsi que cela se faisait ordinairement dans notre ancien droit, nomme un curateur au présumé absent. Mais il est désirable que le juge, en nommant ce curateur, détermine l'étendue de ses pouvoirs. Les actes par lui accomplis dans la limite de ses attributions seraient opposables à l'absent de retour.

332. La loi laisse donc au juge la plus grande latitude en ce qui concerne le choix des mesures à ordonner : ce qui allait de soi, puisque ces mesures dépendent toujours des circonstances. Il y a cependant un cas particulier dans lequel le législateur a cru devoir fixer le mode d'après lequel il y a lieu de pourvoir à la conservation des droits de l'absent. C'est celui prévu par l'art. 113 ainsi conçu : « *Le tribunal, à la requête de la partie la plus diligente, commettra un notaire pour représenter les présumés absents, dans les inventaires, comptes, partages et liquidations dans lesquels ils seront intéressés* ».

Un présumé absent se trouve avoir des droits dans une société ou une communauté dissoute, ou dans une succession ouverte avant sa disparition ou ses dernières nouvelles (si la succession ne s'était ouverte que depuis cette époque, l'absent n'y aurait aucun droit d'après l'art. 136). Il y a des inventaires à faire, des comptes, des liquidations, des partages, toutes opérations qui intéressent le présumé absent. Par qui sera-t-il représenté dans ces diverses opérations? Il le sera, nous dit la loi, par un notaire que le tribunal commettra. Ici le tribunal n'a pas le choix de la mesure à prendre. Le législateur la lui impose, et on peut dire qu'elle s'imposait au législateur lui-même; le notaire, à raison de ses connaissances spéciales, était naturellement désigné pour représenter les présumés absents dans les opérations dont il s'agit.

La justice ne devant jamais intervenir que dans la mesure de la nécessité, il n'y aurait pas lieu de commettre le notaire dont parle l'art. 113, si le présumé absent avait laissé un procureur fondé muni de pouvoirs suffisants.

Le notaire commis par le tribunal n'aurait pas qualité, à moins qu'il n'y eût été autorisé par une décision spéciale du tribunal, pour *provoquer* le partage au nom de l'absent. L'exercice de l'action en partage est un acte de disposition, que la loi ne permet pas facilement d'accomplir pour le compte d'autrui (art. 815 et s.). La justice ne devra autoriser le notaire à l'accomplir au nom de l'absent que lorsqu'il y aura nécessité, ce qui sera fort rare.

Mais le notaire, commis purement et simplement par le tribunal, aurait au contraire qualité pour représenter le présumé absent dans le partage provoqué par ses consorts, parce que le partage devient alors un acte nécessaire (art. 815).

S'il y avait plusieurs présumés absents intéressés dans une même succession, société ou communauté, il serait certainement conforme au vœu de la loi qu'ils fussent représentés chacun par un notaire différent, puisqu'ils ont des intérêts opposés. Par où l'on voit

qu'il ne faut pas confondre le notaire commis aux termes de l'art. 113 avec celui qui est chargé de représenter de simples non-présents pour la levée des scellés et l'inventaire, aux termes des art. 928, 931 et 942 C. pr. Ce dernier, à la différence du premier, peut représenter plusieurs non-présents. De plus il est nommé d'office par le président du tribunal, et sa mission se termine avec l'inventaire ; tandis que le notaire dont parle l'art. 113 est commis par le tribunal tout entier, sur la réquisition de la partie la plus diligente, et sa mission dure jusqu'au partage.

333. Les différentes mesures, relatives à l'administration des biens d'un présumé absent, ne peuvent pas être ordonnées d'office par la justice, mais seulement sur la demande des parties intéressées (art. 112) ou du ministère public (art. 114).

a. Quelles sont les personnes que la loi entend désigner sous la dénomination de *parties intéressées* ? Un point tout d'abord paraît certain, c'est que cette expression ne comprend pas les personnes qui n'ont qu'un intérêt d'affection, mais seulement celles qui ont un intérêt pécuniaire à la conservation des biens du présumé absent ; les intérêts pécuniaires sont en général les seuls dont la loi se préoccupe. Cela posé, on doit considérer comme parties intéressées dans le sens de l'art. 112 :

1° *Les créanciers du présumé absent*, même ceux dont la créance est à terme ou conditionnelle. Tout créancier, quel qu'il soit, a un intérêt pécuniaire à la conservation du patrimoine de son débiteur puisque ce patrimoine est son gage (art. 2092). Sans préjudice du droit qui appartient aux créanciers dont la créance est exigible de poursuivre immédiatement leur paiement.

2° *Les héritiers présomptifs du présumé absent*. Appelés éventuellement à recueillir la succession de l'absent, ils ont un intérêt évident à la conservation de son patrimoine.

3° *Le conjoint du présumé absent*. Les revenus des biens de l'absent sont affectés aux besoins du ménage. Qui donc plus que son conjoint a intérêt à ce que ces biens soient conservés ?

On voit que nous considérons comme *parties intéressées*, dans le sens de l'art. 112, non seulement les personnes qui ont un intérêt pécuniaire *né et actuel*, c'est-à-dire actuellement existant, mais celles aussi qui n'ont qu'un intérêt *futur et éventuel* à la conservation des biens de l'absent, tels que les créanciers conditionnels et les héritiers présomptifs. Ce serait en effet restreindre arbitrairement la portée des termes si généraux de notre texte « *les parties intéressées* » que de les considérer comme applicables, ainsi que le veulent quelques auteurs, à une certaine catégorie seulement d'intéressés, ceux qui ont un intérêt né et actuel. La doctrine se prononce en général dans ce sens ainsi que la jurisprudence.

b. Le droit de provoquer l'application des mesures nécessaires à la conservation des biens du présumé absent, appartient en outre au ministère public. C'est du moins ce qui paraît résulter de l'art. 114 ainsi conçu : « *Le ministère public est spécialement*

» chargé de veiller aux intérêts des personnes présumées absentes ;
 » et il sera entendu sur toutes les demandes qui les concernent ».

La première partie de cette disposition, en imposant d'une manière générale au procureur de la république l'obligation de veiller aux intérêts des présumés absents, l'autorise implicitement à provoquer les mesures conservatoires dont parle l'art. 112. La deuxième partie de ce même texte, confirmée sur ce point par l'art. 83-7° du code de procédure civile, exige que toutes les causes intéressant les présumés absents soient communiquées au ministère public, pour que celui-ci donne ses conclusions. C'est un point constant en doctrine et en jurisprudence.

334. Quel est le tribunal compétent pour ordonner, sur la réquisition de qui de droit, les mesures indispensables à la conservation du patrimoine du présumé absent? La loi nous dit, ce dont on ne pouvait douter, que c'est un tribunal de *première instance* (art. 112); mais elle omet de nous indiquer lequel. Cette omission a donné lieu à une controverse. Toutefois la difficulté n'existe que dans le cas où le domicile du présumé absent et ses biens, ou quelques-uns, sont situés dans le ressort de tribunaux différents; car l'hésitation n'est possible qu'entre le tribunal du dernier domicile du présumé absent et celui de la situation de ses biens, et par suite il n'y a plus d'embarras quand le domicile et tous les biens se trouvent situés dans le ressort d'un même tribunal.

La question fut soulevée au conseil d'Etat lors de la confection de la loi, et voici la solution à laquelle on s'arrêta : Le tribunal du dernier domicile du présumé absent sera compétent pour décider s'il y a présomption d'absence, et, ce point une fois résolu dans le sens de l'affirmative, il appartiendra au tribunal de la situation des biens de pourvoir à leur administration. Plusieurs jugements pouvaient ainsi devenir nécessaires, au moins quand tous les biens n'étaient pas situés dans le ressort du tribunal du domicile : un pour constater la présomption d'absence, un autre ou plusieurs autres pour organiser l'administration des biens laissés par le présumé absent. Système coûteux peut-être, mais du moins logique; car le tribunal du domicile est le mieux placé pour apprécier les circonstances d'où résulte la présomption d'absence, et le tribunal de la situation des biens, pour en régler l'administration.

Quelques auteurs pensent que ce système doit encore être suivi. Mais il est généralement rejeté; car en définitive, par suite d'un oubli peut-être, l'opinion à laquelle s'était arrêté le conseil d'Etat n'a pas été convertie en loi : c'est le corps législatif et non le conseil d'Etat qui décrétait la loi. Le législateur ayant gardé le silence, on ne peut qu'appliquer les principes généraux. Or, en règle générale, le tribunal compétent, quand la loi n'en désigne pas un autre, est celui du domicile du défendeur qui est ici l'absent : *actor sequitur forum rei* (C. pr., art. 59). Donc la compétence appartiendra au tribunal du dernier domicile ou, si ce domicile n'est pas connu, de la dernière résidence du présumé absent. Et ce tribunal sera compétent, non seulement pour apprécier s'il y a présomption d'absence, mais aussi pour pourvoir à l'administration de tous les biens, même de ceux qui sont situés en dehors de son ressort, sans qu'il soit nécessaire qu'un jugement distinct soit rendu pour constater l'absence, et un autre pour régler l'administration des biens. Cette solution, en même temps qu'elle est plus conforme aux principes généraux, procure une économie de frais, puisqu'un seul jugement suffira dans tous les cas. On objecte que le tribunal du domicile sera souvent dans l'impossibilité de pourvoir utilement à l'administration de biens situés au loin. Il faut répondre que le tribunal du domicile, s'il éprouve quelque embarras de ce chef, pourra adresser une commission rogatoire au tribunal de la situation des biens.

Voyez au surplus l'art. 859 C. pr. pour la procédure à suivre sur les demandes tendant à ce qu'il soit pourvu à l'administration des biens d'un présumé absent.

335. La justice pourrait-elle, sur la demande des intéressés, pourvoir en cas de nécessité à l'administration des biens d'une personne qui est simplement *non-présente*, c'est-à-dire éloignée de son domicile ou de sa résidence, sans que son existence soit incertaine? Les art. 112 et suivants ne parlent que des présumés absents; et, comme ils contiennent des dispositions exorbitantes du droit commun, puisqu'ils autorisent la justice à s'immiscer

dans les affaires d'un particulier, ils ne sauraient être étendus d'un cas à un autre. — On objecte que l'art. 131 *in fine* permet l'application des mesures conservatoires, prescrites par l'art. 112, aux biens de l'absent qui reparait ou donne de ses nouvelles après la déclaration d'absence, par conséquent aux biens d'un non-présent. — D'accord; mais ici l'intervention de la justice se conçoit facilement, car elle a déjà pénétré dans le secret des affaires de l'absent, puisque l'absence a été déclarée, et il n'y a pas d'inconvénient à ce qu'elle continue son rôle. Tout autre est le cas qui nous occupe : il s'agit de s'ingérer pour la première fois dans l'administration des biens d'un particulier, ce qui est beaucoup plus grave. En tout cas, il paraîtrait bien difficile d'admettre que la justice pût pourvoir d'une manière générale à l'administration des biens d'un non-présent, par exemple en lui nommant un curateur; tout au plus pourrait-on concéder qu'elle a le droit d'ordonner, en cas de nécessité, certaines mesures spéciales pour la conservation des biens, par exemple des réparations urgentes, et encore il nous paraîtrait plus sûr de ne pas faire cette concession.

336. Comment la présomption d'absence prend fin. — La présomption d'absence prend fin :

- 1° Par la preuve acquise du décès de l'absent;
- 2° Par la preuve acquise de son existence;
- 3° Par la déclaration d'absence, dont nous allons maintenant nous occuper.

CHAPITRE II

DE LA DÉCLARATION D'ABSENCE

337. Les doutes qui existent sur le sort d'un absent s'accroissent avec le temps : chaque jour qui s'écoule sans nouvelles rend son décès plus probable. Aussi la loi, qui, pendant la première période, celle de la présomption d'absence, s'est préoccupée à peu près exclusivement des intérêts de l'absent, parce que son retour paraissait probable, va-t-elle, pendant la deuxième période, celle de la déclaration d'absence, se préoccuper en outre des intérêts de ceux qui ont des droits subordonnés au décès de l'absent et principalement de ses héritiers.

I. Du tribunal compétent pour prononcer la déclaration d'absence.

338. Le tribunal compétent pour prononcer la déclaration d'absence est le tribunal de première instance du dernier domicile, ou, si le domicile n'est pas connu, de la dernière résidence de l'absent (arg. de l'art. 113 C. civ., de l'art. 59 al. 1 C. pr. et de l'art. 1 de la loi du 13 janvier 1817).

II. A quelle époque la déclaration d'absence peut être demandée.

339. La loi distingue :

a. — *L'absent n'a pas laissé de procuration.* — La déclaration d'absence peut être demandée, dans cette hypothèse, après quatre ans depuis la disparition ou les dernières nouvelles. « *Lorsqu'une*

» *personne aura cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa*
 » *résidence, et que depuis quatre ans on n'en aura point eu de nou-*
 » *velles, les parties intéressées pourront se pourvoir devant le*
 » *tribunal de première instance, afin que l'absence soit déclarée* »
 (art. 115).

b. — *L'absent a laissé une procuration.* — Le délai après lequel la déclaration d'absence peut être demandée est alors porté à dix ans. « *Si l'absent a laissé une procuration, ses héritiers présomptifs* » *ne pourront poursuivre la déclaration d'absence et l'envoi en* » *possession provisoire, qu'après dix années révolues depuis sa dis-* » *partition ou depuis ses dernières nouvelles* » (art 121).

Le texte qui vient d'être cité a été placé à tort dans le chapitre III ; sa place était dans notre chapitre, le chapitre II. D'après le projet, l'existence d'une procuration devait retarder seulement l'envoi en possession provisoire et non la déclaration d'absence. Dans ce système, il était tout simple que l'art. 121 figurât dans le chapitre III. Il aurait dû être reporté dans le chapitre II, lorsqu'il reçut sa rédaction actuelle, d'après laquelle l'existence d'une procuration retarde non seulement l'envoi en possession provisoire, mais aussi la déclaration d'absence.

Il est facile de comprendre pourquoi l'existence d'une procuration retarde le moment où la déclaration d'absence peut être demandée. L'absent, qui a laissé un procureur fondé chargé de l'administration de ses biens, a, par cela même, manifesté l'intention de rester longtemps éloigné de son domicile. Son silence prolongé est plus facilement explicable que celui de l'absent qui a disparu sans pourvoir à la gestion de ses intérêts. On doit donc concevoir moins promptement des inquiétudes sur le sort du premier que sur celui du second.

340. Quel est le point de départ du délai de quatre ans ou de dix ans, passé lequel la déclaration d'absence peut être demandée ? Si on n'a jamais reçu aucunes nouvelles de l'absent, il va de soi que le délai courra à dater du jour de sa disparition. Une difficulté s'élève au contraire, si on a reçu des nouvelles : le délai courra-t-il dans ce cas à dater du jour de l'émission ou à dater de celui de la réception des dernières nouvelles ? Ainsi la dernière lettre de l'absent a été écrite le 1^{er} janvier et reçue le 1^{er} février ; le délai courra-t-il à partir du 1^{er} janvier ou du 1^{er} février ? Rationnellement, le délai doit avoir pour point de départ le jour où l'existence de l'absent a cessé d'être certaine, par conséquent le jour de l'émission des dernières nouvelles, car l'existence de l'absent n'est certaine qu'à ce moment : elle devient incertaine immédiatement après. La lettre écrite par l'absent le 1^{er} janvier prouve bien qu'il existait à cette date, mais elle ne prouve certes pas qu'il existât encore le 1^{er} février, jour où sa lettre est parvenue à destination. L'art. 121, qui fait courir le délai de dix ans à compter des dernières nouvelles, confirmerait cette solution plutôt qu'il ne la contredirait. Mais l'art. 115 fait naître quelque doute sur son exactitude, quand il dit : *et que depuis quatre ans ON N'EN AURA POINT EU DE NOUVELLES.* Ici le législateur paraît bien s'attacher à la date de la réception des nouvelles. Peut-être se place-t-il dans l'hypothèse, fréquente en pratique, d'un absent qui n'a donné aucune nouvelle depuis sa disparition. Ainsi entendu, ce texte ne contredit nullement la solution que nous venons de développer et qui est généralement admise.

341. Autre question. — Une procuration quelconque suffit-elle pour retarder jusqu'à l'expiration du délai de dix ans la demande en déclaration d'absence ; ou bien faut-il une

procuracion générale? Les termes de la loi semblent faire allusion à une procuracion générale. En effet l'art. 120 dit : « Dans les cas ou l'absent n'aurait point laissé de procuracion pour l'administration de ses biens..... » ; or une procuracion pour l'administration DES BIENS, c'est-à-dire du patrimoine, est une procuracion générale. Et quand l'art. 121 ajoute, sans autre explication : « Si l'absent a laissé une procuracion..... », il est bien évident que la procuracion dont il s'agit est la même que celle dont parle l'article précédent, une procuracion générale par conséquent. La pensée du législateur paraît donc être que la procuracion laissée par l'absent ne retardera la déclaration d'absence qu'autant qu'elle sera générale. Cette solution d'ailleurs est fondée en raison. L'existence d'une procuracion générale, qui ne laisse aucun bien en souffrance, explique jusqu'à un certain point le silence prolongé de l'absent : il ne donne point de ses nouvelles, parce qu'il sait que tous ses intérêts sont sauvegardés ; on doit donc concevoir moins promptement des inquiétudes sur son compte, et moins se hâter de prononcer la déclaration d'absence. Au contraire une procuracion spéciale, surtout si elle laisse un grand nombre d'intérêts en souffrance, n'explique pas ou n'explique que fort imparfaitement le silence prolongé de l'absent. A quel titre pourrait-elle donc être prise en considération pour retarder la déclaration d'absence? Il n'y a d'ailleurs aucun inconvénient pratique à décider qu'une procuracion spéciale ne porte pas nécessairement à dix ans le délai après lequel la déclaration d'absence peut être demandée ; car les juges seront toujours autorisés à tenir compte de cette procuracion pour ne pas faire droit à une demande qui leur paraîtrait prématurément formée. Aussi l'opinion que nous venons d'exposer est-elle généralement admise.

342. Il peut arriver que la procuracion générale laissée par l'absent vienne à cesser. Si elle cesse par une cause étrangère à sa volonté, par exemple par la mort du mandataire ou par son interdiction, ces événements, qui sont inconnus de l'absent, n'affaiblissent aucunement l'induction que la loi tire de la procuracion. L'absent a pourvu à la gestion de ses intérêts ; il les croit bien gérés, son silence se comprend. On applique alors sans difficulté l'art. 122, ainsi conçu : « *Il en sera de même* » (c'est-à-dire que la déclaration d'absence ne pourra être poursuivie qu'au bout de dix ans) « *si la procuracion vient à cesser ; et dans ce cas, il sera pourvu à l'administration des biens de l'absent, comme il est dit au chapitre I du présent titre* ».

Mais cette solution doit-elle encore être admise, si la procuracion prend fin par l'expiration du terme que l'absent lui-même a assigné aux pouvoirs de son mandataire? Ainsi la procuracion laissée par l'absent porte pouvoir de gérer ses biens pour deux ans seulement ; on ne reçoit de lui aucune nouvelle ; faudra-t-il néanmoins attendre dix ans pour demander la déclaration d'absence? L'affirmative semble résulter de l'art. 122, dont le texte ne fait aucune distinction entre les diverses causes qui peuvent mettre fin au mandat. — Il y a cependant une objection grave contre cette solution. La procuracion que l'absent a donnée pour deux ans explique bien jusqu'à un certain point son silence pendant deux ans ; mais après l'expiration de ce délai, son silence n'est guère plus explicable que dans l'hypothèse où il n'a pas laissé de procuracion. Aussi plusieurs auteurs, faisant prévaloir l'esprit de la loi sur son texte, décident-ils que la déclaration d'absence pourra être demandée quatre ans après l'expiration du terme assigné par l'absent aux pouvoirs de son mandataire.

Quelque parti que l'on prenne sur le point qui précède, on doit admettre qu'une procuracion donnée par l'absent pour un délai plus long que dix années ne retarderait pas la déclaration d'absence au delà du terme fixé par l'art. 121. Du moins la demande formée à l'expiration de ce terme ne devrait pas être déclarée non recevable comme prématurée ; car le tribunal aurait certainement le droit de la rejeter par application de l'art. 117, ainsi conçu : « *Le tribunal, en statuant sur la demande, aura d'ailleurs égard aux motifs de l'absence, et aux causes qui ont pu empêcher d'avoir des nouvelles de l'individu présumé absent* ».

III. Qui peut demander la déclaration d'absence.

343. La déclaration d'absence peut être demandée par les parties intéressées (art. 115). Pour déterminer le sens de cette expres-

sion, il faut savoir que l'intérêt de la déclaration d'absence consiste dans l'envoi en possession provisoire, qui en est le fruit. Il s'ensuit que la déclaration d'absence ne peut être demandée que par ceux qui, l'absence une fois déclarée, ont droit à l'envoi en possession provisoire, principalement par les héritiers présomptifs de l'absent au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles et par ses légataires. V. *infra* n. 349. Le droit de demander la déclaration d'absence n'appartiendrait donc ni aux créanciers de l'absent ni au procureur de la république, qui, l'absence une fois déclarée, n'ont aucun droit à l'envoi en possession provisoire.

On remarquera d'ailleurs :

a. — *En ce qui concerne les créanciers*, que la déclaration d'absence leur serait non seulement inutile, mais le plus souvent préjudiciable ; car, par suite de l'envoi en possession provisoire qui en résulte, les biens de l'absent seront fréquemment morcelés ou tout au moins divisés entre divers ayant droit, ce qui rendra les poursuites des créanciers plus onéreuses. C'est à tel point qu'on s'explique difficilement comment l'art. 11 de la loi du 13 janvier 1817, *sur les militaires absents*, a pu faire figurer les créanciers parmi les personnes auxquelles appartient le droit de demander la déclaration d'absence.

b. — *En ce qui concerne le ministère public*, qu'il est spécialement chargé de veiller aux intérêts de l'absent (art. 114), et que, par suite, loin d'avoir le droit de former une demande en déclaration d'absence, il est tenu de proposer au nom de l'absent tous les moyens propres à faire échouer celle formée par les divers ayant droit. Car l'absent est intéressé à ce que son absence ne soit pas déclarée, ne fût-ce que pour conserver la jouissance entière de ses revenus dont l'envoi en possession provisoire lui fait perdre une partie considérable (art. 127).

On voit que le mot *parties intéressées* n'a pas dans l'art. 115 le même sens que dans l'art. 112. Les parties intéressées de l'art. 112 sont toutes personnes ayant intérêt à la conservation des biens de l'absent ; les parties intéressées de l'art. 115 sont toutes personnes ayant des droits subordonnés au décès de l'absent.

IV. De la procédure à suivre sur la demande en déclaration d'absence.

344. En organisant cette procédure, la loi s'est proposé, d'une part, de mettre le tribunal à même de savoir s'il n'a été reçu aucune nouvelle de l'absent, d'autre part d'informer l'absent de la demande en déclaration d'absence, et de le provoquer ainsi à donner signe de vie. Voici maintenant les détails.

La demande en déclaration d'absence s'introduit par une requête adressée au président du tribunal. Il faut se reporter sur ce point à l'art. 860 du code de procédure civile, applicable à la déclaration d'absence, bien qu'il ne parle que de l'envoi en possession provisoire, parce qu'il y a un lien étroit entre ces deux demandes qui, d'ailleurs, dans la pratique, sont presque toujours formées simultanément.

Aux termes de l'art. 116 : « *Pour constater l'absence, le tribunal,*

» *d'après les pièces et documents produits, ordonnera qu'une enquête soit faite contradictoirement avec le procureur du Roi, dans l'arrondissement du domicile et dans celui de la résidence, s'ils sont distincts l'un de l'autre* ». — L'enquête est un moyen d'arriver à la découverte de la vérité par l'audition de témoins.

Pour que la demande en déclaration d'absence soit recevable, il faut qu'on n'ait pas eu de nouvelles de l'absent depuis quatre ans ou dix ans, suivant les cas (*supra* n. 339). L'enquête a été considérée comme le meilleur moyen d'éclairer le juge sur le point de savoir si cette condition est remplie. Aussi la loi ne permet-elle pas au tribunal de déclarer l'absence sans avoir préalablement recours à cette mesure d'instruction. — Les personnes les mieux renseignées sur le sort de l'absent devant naturellement se trouver au dernier domicile et à la dernière résidence de l'absent, la loi exige qu'une enquête soit faite dans l'arrondissement du domicile et dans celui de la résidence tout à la fois, s'ils sont distincts l'un de l'autre. — C'est le tribunal du dernier domicile de l'absent qui est seul compétent pour ordonner l'enquête. S'il arrive que, l'absent ayant eu sa dernière résidence dans un arrondissement autre que celui de son domicile, il y ait lieu de procéder à une double enquête, le tribunal du domicile adressera une commission rogatoire au tribunal de la résidence, pour qu'il procède à la seconde. Dans tous les cas, l'enquête doit être faite *contradictoirement avec le procureur de la république*. Cela signifie que ce magistrat doit figurer dans l'enquête, au nom de l'absent, comme contradicteur de ceux qui demandent la déclaration d'absence. A ce titre il a le droit, dans une contre-enquête, de faire entendre des témoins pour contredire les assertions de ceux qui sont venus déposer dans l'enquête. L'absent étant représenté par le procureur de la république dans l'instance relative à la déclaration d'absence, ne pourrait pas, après son retour, se pourvoir par tierce opposition contre le jugement qui déclare l'absence.

Le tribunal ne pourrait pas déclarer l'absence sans ordonner préalablement l'enquête dont parle l'art. 116; mais il peut fort bien au contraire, s'il se trouve suffisamment éclairé, si par exemple il a sous les yeux une lettre récente de l'absent, rejeter la demande en déclaration d'absence *de plano*, c'est-à-dire sans enquête préalable.

« *Le procureur du Roi enverra, aussitôt qu'ils seront rendus, les jugements tant préparatoires que définitifs, au ministre de la Justice, qui les rendra publics* » (art. 118).

Sous le nom de *jugement préparatoire*, ce texte désigne le jugement qui ordonne l'enquête. D'après la terminologie adoptée depuis lors par le code de procédure civile, il faudrait dire *jugement INTERLOCUTOIRE*.

Quant au *jugement définitif*, c'est celui qui déclare l'absence. — Le ministre de la justice rend ces jugements publics par la voie du *journal officiel*. Cette mesure de publicité est à l'adresse de l'absent. La loi espère que le journal officiel, qui va dans tous les pays du monde civilisé, tombera entre ses mains, et qu'informé de ce qui se passe, il se décidera à donner de ses nouvelles s'il est encore en vie.

La cour de Nîmes avait jugé que la publication du jugement ordonnant l'enquête n'était pas nécessaire pour que l'absence pût être déclarée; son arrêt a été cassé par la cour suprême le 15 juillet 1878 (D., 78. 1. 422, S., 78. 1. 452).

Enfin, aux termes de l'art. 119 : « *Le jugement de déclaration d'absence ne sera rendu qu'un an après le jugement qui aura ordonné l'enquête* ». En ajoutant ce délai d'un an au délai de quatre ans ou de dix ans avant l'expiration duquel la déclaration

d'absence ne peut pas être utilement demandée, on arrive à un délai total de cinq ans ou de onze ans, qui représente la durée *minima* de la période de la présomption d'absence, à laquelle la déclaration d'absence met fin.

CHAPITRE III

DES EFFETS DE L'ABSENCE

SECTION PREMIÈRE

DES EFFETS DE L'ABSENCE, RELATIVEMENT AUX BIENS QUE L'ABSENT
POSSÉDAIT AU JOUR DE SA DISPARITION

N. B. Les art. 120 à 138, qui composent cette section et la suivante, ne font pas partie du programme du premier examen de Baccalauréat. Les étudiants qui préparent cet examen peuvent donc se dispenser de lire les numéros 345 à 393 qui suivent.

345. La loi s'occupe ici successivement : de l'envoi en possession provisoire ; — du droit d'option accordé au conjoint de l'absent ; — de l'envoi en possession définitif ; — de la fin de l'absence.

Ces matières feront l'objet d'autant de paragraphes.

Nous y ajouterons un appendice dans lequel il sera traité de l'action en pétition de la possession de l'hérédité.

§ I. De l'envoi en possession provisoire.

N° 1. Généralités.

346. Pendant la première période de l'absence, il est toujours pourvu d'une manière assez imparfaite à l'administration du patrimoine de l'absent. On ne prend que des demi-mesures, parce qu'on espère le prompt retour de l'absent ; et encore souvent surviennent-elles trop tard, par suite des lenteurs de la justice ou de la négligence des intéressés. Quelquefois le tribunal nomme un curateur salarié, qui administre comme peut administrer un homme dont les actes ne sont soumis à aucun contrôle et que sa gestion n'intéresse qu'au point de vue des émoluments qu'elle lui procure. Bref les cinq ou onze années, et plus, que dure la présomption d'absence, équivalent ordinairement, comme le dit M. Laurent, à autant d'années d'abandon. L'intérêt des héritiers de l'absent, et généralement de tous ceux qui ont des droits subordonnés à son

décès, l'intérêt de l'absent lui-même s'il est encore en vie, l'intérêt social enfin, qui n'est que la somme des intérêts particuliers, exigent que cette situation ne se prolonge pas indéfiniment. Il est temps, la déclaration d'absence une fois prononcée, de prendre des mesures un peu mieux définies qui, dans l'intérêt de tous, assureront la conservation du patrimoine de l'absent. En les organisant, la loi s'est certainement préoccupée à la fois des intérêts de l'absent et de ceux des personnes qui ont des droits subordonnés à son décès; mais c'est une grosse question que celle de savoir lequel de ces deux intérêts est dominant aux yeux du législateur. Nous verrons que c'est celui de l'absent (*infra* n. 336).

Quoi qu'il en soit sur ce point, voici le système de la loi. Les meilleurs administrateurs d'un bien sont ceux auxquels ce bien appartient ou doit appartenir un jour; il faut par conséquent confier l'administration des biens de l'absent à ceux auxquels ces biens doivent revenir après sa mort, à ceux en un mot qui ont sur lesdits biens des droits subordonnés à son décès. Ainsi on confiera au légataire les biens que l'absent lui a légués, aux héritiers les plus proches de l'absent, ceux dont il n'a pas disposé par testament. C'est là ce qu'on appelle l'ENVOI EN POSSESSION PROVISOIRE. — *Envoi en possession*, parce que chaque intéressé est mis en *possession* des biens sur lesquels il a un droit subordonné au décès de l'absent. — *Provisoire*, parce que cette attribution n'est faite que *provisoirement*, en ce sens surtout que les biens devront être restitués à l'absent s'il reparait.

L'envoi en possession provisoire est pour les envoyés la source d'un avantage important : ils gagnent une grande partie des fruits par eux perçus (art. 127). La loi veut ainsi sans doute, dans l'intérêt même de l'absent, les convier à demander l'envoi en possession provisoire; vraisemblablement ils ne le demanderaient pas s'il devait entraîner pour eux une charge sans compensation.

347. La plupart des auteurs établissent comme principe, au début de cette matière, que *L'absent est présumé mort le jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, et que par suite sa succession est réputée provisoirement ouverte à dater de cette époque*. Cette présomption n'étant écrite dans aucun texte, on ne doit pas l'admettre; car il ne saurait y avoir de présomption légale sans loi. Comme le dit fort bien la cour de cassation dans un arrêt récent (7 mai 1889, S., 92. 1. 396, D., 90. 1. 119), « l'absent n'est légalement réputé ni vivant ni mort ». Il y a incertitude sur son existence; voilà tout. Ce point est important à constater dès le début,

car un faux principe engendre de fausses conséquences. On en aura bientôt la preuve.

N° 2. A quelle époque l'envoi en possession provisoire peut être demandé.

348. L'envoi en possession provisoire est le fruit de la déclaration d'absence. Il peut donc être demandé aussitôt que l'absence est déclarée. C'est ce que disent les art. 120 et 121.

D'après le projet primitif, ainsi que nous l'avons déjà noté (n. 339), l'existence d'une procuration laissée par l'absent devait retarder, non pas la déclaration d'absence, mais seulement l'envoi en possession provisoire. Ce système ayant été abandonné, on aurait dû reporter l'art. 121 dans le chapitre II, en effaçant les mots *et l'envoi provisoire*, et supprimer en outre dans l'art. 120 les mots *Dans les cas où l'absent n'aurait point laissé de procuration pour l'administration de ses biens*. Par mégarde, sans doute, on a omis de faire ces modifications; de sorte que, au point de vue de la rédaction, la loi est assez défectueuse. Il n'y a d'ailleurs aucun doute sur l'interprétation qu'elle doit recevoir.

L'envoi en possession provisoire doit être demandé à la justice.

Le tribunal compétent pour l'accorder est celui qui a déclaré l'absence. Dans la pratique il est d'usage, pour diminuer les frais, de demander à la fois la déclaration d'absence et l'envoi en possession provisoire : il est statué sur le tout par un même jugement.

N° 3. Par qui l'envoi en possession provisoire peut être demandé.

349. L'envoi provisoire peut être demandé par tous ceux qui ont des droits subordonnés au décès de l'absent. Pour déterminer quels ils sont, il faut se reporter au jour de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent, c'est-à-dire au jour où il a donné le dernier signe de vie. En effet c'est à cette époque que l'absent sera considéré comme mort, si on ne reçoit jamais de ses nouvelles. La fixation de toute autre époque eût été arbitraire.

L'envoi en possession pourra donc être obtenu :

1° *Par les héritiers présomptifs de l'absent au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles, c'est-à-dire par ceux qui auraient recueilli sa succession si elle s'était véritablement ouverte à cette époque. L'art. 120 dit à ce sujet : « ... ses héritiers présomptifs au » jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, pourront, en » vertu du jugement définitif qui aura déclaré l'absence, se faire » envoyer en possession provisoire des biens qui appartenait à » l'absent au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles, à la » charge de donner caution pour la sûreté de leur administration ».*

Sous le nom d'héritiers, la loi comprend ici non seulement les héritiers légitimes de l'absent, mais aussi ses successeurs irréguliers. Il y a un texte en ce qui concerne le conjoint (art. 140), et il n'est pas douteux que les autres successeurs irréguliers, principalement les enfants naturels et l'Etat, n'aient aussi le droit de demander, le cas échéant, l'envoi en possession provisoire.

Notre article accorde l'envoi en possession provisoire aux héritiers présomptifs de

l'absent au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, et non à ses héritiers au jour où l'envoi en possession est demandé. En d'autres termes, pour déterminer quels sont ceux auxquels l'envoi provisoire doit être accordé, il faut supposer l'absent mort, non pas le jour où l'envoi en possession est demandé, mais le jour où il a donné le dernier signe de vie, c'est-à-dire le jour de son départ ou de ses dernières nouvelles. C'est à celui qui était son héritier présomptif à cette époque que l'envoi provisoire devra être accordé, ou à ses successeurs s'il est décédé ; car le droit à l'envoi s'est irrévocablement fixé sur sa tête. Exemple : Au moment de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent, son héritier présomptif était son conjoint, l'absent n'ayant alors, on le suppose, aucun parent au degré successible (art. 767) ; ce conjoint meurt avant la déclaration d'absence, laissant son frère pour héritier. Par qui l'envoi en possession provisoire pourra-t-il être obtenu ? S'il devait être attribué à l'héritier présomptif au jour où l'envoi est demandé, c'est l'Etat qui l'obtiendrait (art. 768), puisque l'absent, à cette époque, n'a plus ni parent ni conjoint. Mais, en vertu de notre principe, on l'accordera à l'héritier du conjoint, son frère dans l'espèce, le beau-frère de l'absent, bien qu'il n'ait aucun titre personnel pour lui succéder, parce que le droit à l'envoi provisoire s'est irrévocablement fixé sur la tête du conjoint dont il est héritier.

2° Par les légataires (art. 123). On les mettra provisoirement en possession des biens qui leur auront été légués.

Si un légataire est mort depuis la disparition ou les dernières nouvelles de l'absent, l'envoi en possession provisoire sera accordé à son héritier. En effet le droit à l'envoi s'est fixé sur la tête du légataire, par cela seul qu'il était vivant au moment du départ ou des dernières nouvelles (arg. art. 120 et 1039).

Mais comment saura-t-on quels sont les légataires de l'absent ? On ouvrira son testament, s'il est cacheté, à la réquisition des intéressés ou du procureur de la république (art. 123).

3° Par les donataires (art. 123).

Il s'agit des donataires de biens à venir (art. 1082 et s.) et non des donataires de biens présents. En effet l'envoi en possession n'a lieu qu'au profit de ceux qui ont des droits subordonnés au décès de l'absent. Or le donataire de biens à venir est seul dans ce cas : le donataire de biens présents a un droit indépendant du décès du donateur (art. 894).

4° Par toutes autres personnes ayant sur les biens de l'absent des droits subordonnés à son décès (art. 123).

Ce qui s'applique notamment : au nu-propriétaire d'un bien dont l'absent était usufruitier ; au donateur qui a donné un bien à l'absent avec stipulation du droit de retour ; aux appelés à une substitution dont l'absent était grevé.

350. Régulièrement les héritiers présomptifs de l'absent au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles doivent obtenir d'abord l'envoi en possession de tous les biens composant le patrimoine de l'absent ; puis ils délivrent, sur leur demande, aux autres intéressés, tels que les légataires, les biens particuliers sur lesquels ils ont des droits subordonnés au décès de l'absent. Cette marche, qui est éminemment rationnelle, puisque les héritiers, étant appelés à l'universalité des biens, sont les contradicteurs naturels de tous ceux dont la prétention tend à distraire quelque chose de cette universalité, est indiquée par l'art. 123, ainsi conçu : « Lorsque les » héritiers présomptifs auront obtenu l'envoi en possession provisoire, le testament, s'il en existe un, sera ouvert à la réquisition

» des parties intéressées, ou du procureur du Roi près le tribunal ;
 » et les légataires, les donataires, ainsi que tous ceux qui avaient
 » sur les biens de l'absent des droits subordonnés à la condition de
 » son décès, pourront les exercer provisoirement, à la charge de
 » donner caution ».

Mais supposez que les héritiers présomptifs ne veuillent pas demander l'envoi en possession. Peut-être ont-ils leurs raisons pour cela ; ils savent par exemple que le testament de l'absent les dépouille et ils se disent : à quoi bon agir pour le profit des légataires ? Leur inaction va-t-elle tenir en échec le droit des autres intéressés ? Nous ne le croyons pas. En effet les termes de l'art. 123 ne sont pas restrictifs. Ce texte ne dit pas que les légataires et autres intéressés ne pourront exercer provisoirement leurs droits que lorsque les héritiers présomptifs auront obtenu l'envoi en possession ; il porte simplement, statuant *de eo quod plerumque fit*, que, lorsque les héritiers présomptifs auront obtenu l'envoi en possession, les autres intéressés devront s'adresser à eux pour obtenir l'exercice de leurs droits. Le cas qui nous occupe se trouve être ainsi resté en dehors des prévisions de la loi, parce qu'il est de nature à se présenter rarement, et il doit être résolu d'après les principes généraux. Or ces principes ne permettent pas que le droit qui nous appartient puisse être paralysé par le mauvais vouloir d'autrui. Comprendrait-on d'ailleurs que les légataires et autres intéressés, qui ont incontestablement le droit de demander la déclaration d'absence sans la participation des héritiers (*supra* n. 343), eussent besoin de cette participation quand ils veulent obtenir l'envoi en possession provisoire qui est le fruit de la déclaration d'absence ? Aussi la solution que nous venons de développer triomphe-t-elle en jurisprudence, et la doctrine l'accepte aussi, sauf quelques dissentiments. Voici la marche que les intéressés doivent suivre en pareil cas : ils mettront, au moyen d'une sommation, les héritiers en demeure de demander l'envoi, et, si ceux-ci s'y refusent, ils s'adresseront à la justice pour obtenir d'elle l'exercice provisoire de leurs droits.

En procédant d'une manière analogue, les légataires, ou du moins ceux qui se présument tels, pourraient, si les héritiers présomptifs refusent de demander l'envoi en possession, obtenir l'ouverture du testament de l'absent, bien que normalement l'envoi en possession des héritiers doive précéder cette ouverture (art. 123).

* On s'accorde d'ailleurs à reconnaître qu'une mise en demeure préalable des héritiers légitimes ne serait plus nécessaire, s'il s'agissait d'un légataire universel saisi aux termes de l'art. 1006. Il pourrait demander directement l'envoi en possession à son profit, car il est *heredis loco*.

351. A qui attribuera-t-on les fruits des biens de l'absent, recueillis depuis son départ jusqu'à l'envoi en possession provisoire ? Ils doivent, en leur qualité d'accessoires, suivre le sort de la chose qui les a produits. On attribuera donc les fruits de la chose léguée au légataire, ceux de la chose dont l'absent était usufruitier au nu-propriétaire... Et remarquez que ces fruits sont attribués aux divers intéressés comme capital, par conséquent sauf restitution à l'absent s'il reparait. Aussi l'art. 126 ordonne-t-il qu'il soit fait emploi de ces fruits.

N° 4. A quels biens s'applique l'envoi en possession provisoire.

352. L'envoi en possession provisoire s'applique à tous les biens et seulement aux biens qui appartenant à l'absent lors de sa disparition ou de ses dernières nouvelles (art. 120). Il comprend

donc tous les droits tant réels que personnels qui lui appartenaient alors, même les droits conditionnels.

* La loi n'autorisant l'envoi en possession provisoire que relativement aux biens « qui appartenaient à l'absent au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles » (art. 120 et rubrique de la section I du chapitre III), il en résulte que l'envoi en possession provisoire ne s'applique pas aux biens qui, à ce moment de la disparition ou des dernières nouvelles, étaient sortis du patrimoine de l'absent, et sur lesquels les envoyés peuvent avoir des droits subordonnés à son décès. De là nous tirerons deux conséquences qui, toutes les deux, la seconde surtout, sont contestées.

* 1^o Les envoyés en possession provisoire, quand ils sont héritiers réservataires de l'absent, ne peuvent pas demander la réduction des donations par lui faites, et qui excèdent la quotité disponible. Le donataire attaqué par l'action en réduction répondrait victorieusement : Votre droit de demander la réduction de la donation qui m'a été faite par l'absent, est subordonné au décès de celui-ci ; prouvez donc ce décès, ainsi que vous y oblige la règle *Actori incumbit probatio* ; jusque-là vous devez être déclaré non recevable dans votre demande. — Inutilement les envoyés répliqueraient-ils que l'absent est présumé mort au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles. Comme le dit fort bien la cour de cassation, cette prétendue présomption légale n'est écrite nulle part : l'absent n'est légalement réputé ni mort ni vivant (Cass., 29 janvier 1879, D., 79. 1. 76, S., 79. 1. 159). La jurisprudence est en ce sens (Caen, 24 février 1872, D., 73. 2. 81, S., 72. 2. 241). C'est aussi la solution admise dans la doctrine, sauf quelques dissentiments.

* 2^o Les héritiers présomptifs, envoyés en possession provisoire des biens laissés par l'absent, ne peuvent pas se demander respectivement le rapport des donations qu'ils ont reçues de l'absent sans clause de préciput. Les biens donnés par l'absent étaient définitivement sortis de son patrimoine quant à lui ; les cohéritiers du donataire n'en peuvent demander le rapport qu'à la condition de prouver le décès de l'absent, c'est-à-dire l'ouverture de sa succession. Malgré ces raisons, la doctrine, en général, se prononce en sens contraire. On invoque surtout, en faveur de l'obligation du rapport, des raisons d'équité. Quelque puissantes qu'elles soient, elles ne sauraient, à notre avis, prévaloir sur les principes.

N^o 5. Des garanties de restitution, établies par la loi au profit de l'absent.

353. Bien que la supposition du décès de l'absent soit assez vraisemblable lorsque l'absence est déclarée, son retour est cependant possible. En vue de cette éventualité qui, si elle se réalise, aura pour résultat d'obliger les envoyés en possession provisoire à la restitution des biens de l'absent, la loi devait organiser au profit de celui-ci certaines garanties. Les art. 120 et 123 nous ont déjà dit que les envoyés en possession provisoire doivent fournir caution. A cette garantie l'art. 126 en ajoute trois autres, savoir : l'inventaire, la vente du mobilier et l'emploi du prix et des fruits échus.

Etudions-les successivement.

1^o Les envoyés en possession provisoire doivent fournir *caution* (art. 120 et 123 *in fine*). Cette règle ne souffre exception qu'en ce qui concerne l'Etat : *fiscus semper solvendo censetur* ; elle s'applique même aux enfants de l'absent.

La caution que doivent fournir les envoyés en possession provisoire est une caution légale ; car c'est la loi qui l'impose. Elle devrait donc satisfaire aux conditions exigées par les art. 2018 et 2019. V. art. 2040.

A défaut de caution les envoyés en possession provisoire devraient être admis à fournir

des sûretés équivalentes, savoir un gage en nantissement suffisant (art. 2041) ou une hypothèque.

* Mais qu'arrivera-t-il si un envoyé en possession provisoire ne peut pas trouver de caution et qu'il n'ait pas de sûretés équivalentes à offrir? L'opinion générale admet l'application analogique des mesures prescrites par les art. 602 et 603. Cette solution suppose que l'envoi en possession provisoire a été établi par la loi dans l'intérêt des envoyés plutôt que dans celui de l'absent. Si l'on admet au contraire qu'il a été organisé principalement dans l'intérêt de l'absent, il faut dire que les art. 602 et 603 ne sont pas applicables, et décider que l'intéressé qui ne peut pas fournir caution n'obtiendra pas l'envoi : il devra être accordé à celui ou à ceux qui sont appelés à son défaut, s'ils offrent les garanties nécessaires, et, à défaut de toute personne intéressée pouvant offrir ces garanties, à l'Etat s'il le demande.

2° *Inventaire*. — La confection d'un inventaire est une garantie exigée par la loi de tous les administrateurs du bien d'autrui, même de ceux qu'elle n'oblige pas à fournir caution, par exemple du tuteur. L'art. 126 al. 1 dit au sujet de l'inventaire : « *Ceux qui auront obtenu l'envoi provisoire, ou l'époux qui aura opté pour la continuation de la communauté, devront faire procéder à l'inventaire du mobilier et des titres de l'absent, en présence du procureur du Roi près le tribunal de première instance ou d'un juge de paix, requis par ledit procureur du Roi* ».

3° *Vente du mobilier*. — « *Le tribunal ordonnera, s'il y a lieu, de vendre tout ou partie du mobilier* » (art. 126 al. 2). Le tribunal a un pouvoir discrétionnaire pour décider quels meubles doivent être vendus et quels autres conservés. Ordinairement il ordonnera la vente des meubles *périssables*, c'est-à-dire de ceux qui perdent beaucoup de leur valeur par l'effet du temps : l'absent a intérêt à les voir convertir en un capital dont il pourra être fait un emploi sûr et rémunérateur. La loi n'indique pas les formes dans lesquelles la vente doit avoir lieu. Toute latitude est donc laissée sur ce point au tribunal, qui ordonnera, suivant les circonstances, une vente à l'amiable ou une vente aux enchères publiques.

4° *Emploi du prix provenant de la vente du mobilier et des fruits échus*. — « *Dans le cas de vente, il sera fait emploi du prix ainsi que des fruits échus* » (art. 126 al. 2). La loi gardant le silence en ce qui concerne le mode d'emploi des deniers et le délai dans lequel cet emploi devra être fait, on en conclut qu'il appartiendrait au tribunal de régler ces différents points.

354. Aux termes de l'art. 126 al. final : « *Ceux qui auront obtenu l'envoi provisoire, pourront requérir, pour leur sûreté, qu'il soit procédé, par un expert nommé par le tribunal, à la visite des immeubles, à l'effet d'en constater l'état. Son rapport sera homologué en présence du procureur du Roi; les frais en seront pris sur les biens de l'absent* ». C'est là une mesure organisée dans l'intérêt des envoyés plus que dans celui de l'absent; aussi est-elle facultative. Elle a pour but de prévenir un procès entre l'absent de retour, qui soutiendrait que l'envoyé a reçu les immeubles en bon état et doit les restituer tels, et l'envoyé qui prétendrait au contraire avoir reçu les immeubles en mauvais état.

Qu'arrivera-t-il si l'état dont il s'agit n'a pas été dressé? Plusieurs auteurs décident que l'envoyé sera présumé avoir reçu les immeubles en bon état, et devra les restituer tels. Ils induisent cette solution de l'art. 1731, ainsi conçu : « *S'il n'a pas été fait d'état des lieux, le preneur est présumé les avoir reçus en bon état de réparations locatives, et doit les rendre tels, sauf la preuve contraire* ». Mais il y a une raison puissante pour ne pas appliquer ce texte au cas qui nous occupe : il établit une présomption légale, et il est de principe que les présomptions légales ne s'étendent pas d'un cas à un autre, surtout quand l'analogie fait défaut. Or c'est précisément ce qui arrive ici. Le locataire ayant le droit d'exiger que la chose louée lui soit délivrée en bon état (art. 1719), il n'aura très probablement pas manqué de le faire; la loi devait donc supposer dans le doute qu'il a reçu la chose en bon état : *præsumptio sumitur ex eo quod plerumque fit*. Au contraire, l'envoyé provisoire prend les biens dans l'état où il les trouve, c'est-à-dire presque toujours en mauvais état (*supra* n. 346). Présumer qu'il les a reçus en bon état, ce serait

donc supposer le contraire de ce qui arrive ordinairement. Il faut en conclure que la preuve de l'état des biens, en cas de contestation entre l'absent de retour et l'envoyé, devra être faite conformément au droit commun.

La loi nous dit que les frais, faits en vue de constater l'état des immeubles, seront pris sur les biens de l'absent (art. 126). Elle nous donne à entendre par là qu'il doit en être de même des frais occasionnés par l'inventaire et par la vente des meubles. Si la loi fait payer à l'absent les frais d'une mesure qui est prise dans l'intérêt des envoyés, à plus forte raison a-t-elle dû vouloir lui faire supporter les frais de mesures qui sont prises principalement ou même exclusivement dans le sien. D'ailleurs les envoyés sont par rapport à l'absent des mandataires, et l'art. 1999 accorde au mandataire le remboursement de ses frais, même quand le mandat, comme dans l'espèce, est salarié.

N° 6. Effets de l'envoi en possession provisoire.

355. L'envoi en possession provisoire produit un triple effet : 1° il confère aux envoyés l'administration des biens de l'absent; 2° la loi alloue aux envoyés, à titre de rémunération, la plus grande partie des revenus produits par ces biens; 3° enfin les envoyés doivent payer à l'Etat le droit de mutation, qu'ils paieraient si la succession de l'absent était réellement ouverte. Etudions successivement ces divers points.

356. I. Les envoyés en possession provisoire sont chargés de l'administration des biens de l'absent. — Aux termes de l'art. 125 : « *La possession provisoire ne sera qu'un dépôt, qui donnera à ceux qui l'obtiendront, l'administration des biens de l'absent, et qui les rendra comptables envers lui, en cas qu'il réparaîsse ou qu'on ait de ses nouvelles* ».

Il y a des différences essentielles entre le dépôt et la possession provisoire. D'abord le dépositaire n'est pas chargé d'administrer, tandis que les envoyés administrent. Ensuite le dépôt est essentiellement gratuit (art. 1917), tandis que l'administration provisoire est salariée et largement salariée (art. 127). Alors pourquoi la loi dit-elle que l'administration provisoire est un dépôt ? C'est pour qu'il soit bien entendu que l'envoyé en possession provisoire, de même que le dépositaire, possède à *titre précaire*, c'est-à-dire non pour son compte personnel, mais pour le compte de l'absent qu'il reconnaît propriétaire. Il en résulte notamment que les envoyés en possession provisoire ne peuvent jamais prescrire contre l'absent, par quelque laps de temps que ce soit (arg. art. 2236).

Peut-être aussi le législateur voyait-il une autre analogie entre le dépôt et la possession provisoire : de même que le dépôt a lieu pour l'avantage du déposant, et non du dépositaire, de même l'administration provisoire est organisée dans l'intérêt de l'absent, bien plus que dans celui des envoyés. La loi, dans l'intérêt de l'absent, dont elle espère le retour malgré la déclaration d'absence, a recherché les meilleurs administrateurs de ses biens, et elle a cru devoir choisir à ce titre ceux qui ont des droits subordonnés à son décès, et auxquels ces biens doivent revenir un jour s'ils ne leur appartiennent déjà ; mais ce n'est pas leur intérêt que la loi a principalement en vue. — On objecte que l'art. 127

accorde aux envoyés en possession provisoire la portion la plus considérable des fruits produits par les biens de l'absent : les quatre cinquièmes, les neuf dixièmes ou même la totalité suivant les cas, ce qui constitue une rémunération hors de toute proportion avec le salaire dû à un administrateur. Cela prouve, dit-on, que la loi se préoccupe avant tout des intérêts des envoyés ; quant à ceux de l'absent, elle ne les fait plus figurer qu'au deuxième plan. — La réponse est qu'il fallait bien offrir des avantages aux envoyés pour les déterminer à se charger de l'administration des biens de l'absent, et c'est dans l'intérêt même de celui-ci que la loi s'est montrée généreuse à ses dépens : l'important, après tout, n'est-il pas que l'absent, s'il reparait, retrouve son capital intact ? Voilà ce dont la loi s'est surtout préoccupée. L'absent retrouvera même son capital sensiblement augmenté, s'il reparait avant trente ans, puisque les envoyés lui restitueront alors une partie des fruits (art. 127).

357. Si l'absent a laissé plusieurs héritiers présomptifs au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles, ils ont tous droit à l'envoi provisoire. Comment se répartira entre eux l'administration des biens de l'absent ? Les envoyés en possession provisoire devront diviser entre eux cette administration proportionnellement à leurs droits héréditaires ; s'ils ne peuvent pas s'entendre, la justice règlera le différend. Il paraît difficile d'admettre, comme on le fait généralement, que les envoyés puissent procéder à un partage des biens de l'absent, partage qui deviendrait plus tard irrévocable par l'envoi en possession définitif. Comment un partage de propriété ou même de jouissance pourrait-il intervenir entre des administrateurs, entre des dépositaires (art. 125) ? L'art. 129 d'ailleurs en accordant à tous les ayant droit, après l'envoi en possession définitif, le droit de demander le partage des biens de l'absent, ne suppose-t-il pas que ce droit n'existe pas auparavant ?

* **358.** On demande si les envoyés en possession provisoire sont tenus de payer les dettes de l'absent, et, dans le cas de l'affirmative, s'ils en sont tenus *ultra vires* ou seulement *intra vires bonorum*. D'après l'opinion générale, les dettes de l'absent se divisent de plein droit entre les envoyés en possession provisoire ; mais, de même que des héritiers bénéficiaires, ils n'en sont tenus qu'*intra vires bonorum*, c'est-à-dire jusqu'à concurrence seulement de la valeur des biens qu'ils détiennent, et cela sans qu'une acceptation sous bénéfice d'inventaire soit nécessaire. — En supposant, suivant l'opinion générale, que la succession de l'absent doive être considérée comme provisoirement ouverte par la déclaration d'absence, ce qui conduit à traiter les envoyés comme des héritiers, comment admettre qu'ils puissent être héritiers bénéficiaires sans avoir accepté sous bénéfice d'inventaire ? Il nous paraît plus logique de décider que les envoyés en possession provisoire ne sont pas autre chose que des dépositaires, des administrateurs (art. 125), et qu'ils doivent, à ce titre, payer les dettes de l'absent, mais évidemment sur ses biens seulement.

359. Quels sont maintenant les pouvoirs des envoyés en possession provisoire relativement aux biens dont la possession leur a été déférée ? Ce sont ceux qui appartiennent d'une manière générale à tout administrateur du bien d'autrui. Ainsi les envoyés peuvent et doivent :

1° Faire tous actes conservatoires des biens de l'absent : par exemple interrompre les prescriptions qui courent contre lui (l'absence n'est pas une cause de suspension de la prescription) ; faire exécuter toutes les réparations qui peuvent être nécessaires, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les grosses réparations, les réparations d'entretien et les réparations locatives ; renouveler les inscriptions hypothécaires qui vont se périmer, etc.

2° Donner à bail les biens de l'absent. La loi ne contenant aucune disposition relativement à la durée des baux faits par les envoyés, ils devront se conformer sur ce point aux règles prescrites par les art. 1429 et 1430, qui semblent contenir le droit commun de la matière. Cpr. art. 481, 595, 1718.

3° Toucher à l'échéance les créances appartenant à l'absent et donner quittance des sommes perçues.

4° Faire emploi des capitaux de l'absent, même en acquisitions d'immeubles, pourvu que les acquisitions soient faites au comptant.

5° Défendre à toutes les actions intentées contre lui. L'art. 134 » dit à ce sujet : « *Après le jugement de déclaration d'absence, toute* » *personne qui aurait des droits à exercer contre l'absent ne pourra* » *les poursuivre que contre ceux qui auront été envoyés en posses-* » *sion des biens, ou qui auront l'administration légale* ».

* Les envoyés en possession provisoire peuvent-ils intenter les actions qui appartiennent à l'absent ? On leur reconnaît ce droit en ce qui concerne les actions mobilières et les actions possessoires, dont la loi paraît accorder l'exercice à tout administrateur en général (arg. art. 464, 482, 1428). Quant aux actions immobilières pétéitoires, il y a controverse. Plusieurs auteurs admettent que l'exercice de ces actions doit être refusé aux envoyés en possession provisoire, comme il l'est aux administrateurs en général (art. 464, 482, 1428), du moins qu'ils ne peuvent exercer ces actions qu'avec l'autorisation de la justice. L'opinion contraire nous paraît préférable. En effet, aux termes de l'art. 817 al. 2, les envoyés en possession provisoire peuvent intenter au nom de l'absent l'action en partage qui appartiendrait à celui-ci. Cela implique qu'ils ont le même droit pour toutes les autres actions ; car l'action en partage est une de celles dont la loi accorde le plus difficilement l'exercice. On peut même citer un administrateur, le mari dotal, qui a l'exercice de toutes les actions, sauf de l'action en partage (arg. art. 818 et 1549. Cpr. t. III, n. 375).

360. Mais si les envoyés en possession provisoire ont qualité pour accomplir tous les actes d'administration, l'exercice des actes de disposition leur est interdit. Ainsi les envoyés ne peuvent pas :

1° Aliéner ni hypothéquer les immeubles de l'absent. « *Tous* » *ceux qui ne jouiront qu'en vertu de l'envoi provisoire, ne pour-* » *ront aliéner ni hypothéquer les immeubles de l'absent* », dit l'art. 128.

Ce texte ne parlant que des immeubles, il semble en résulter par argument *a contrario* que les envoyés en possession provisoire peuvent aliéner les meubles de l'absent. C'est l'avis de quelques auteurs. — Nous préférons le sentiment contraire. L'argument *a contrario* est en général peu probant (*supra* n. 102). Ici il n'a presque aucune valeur, parce que le silence de l'art. 128 en ce qui concerne les meubles reçoit une explication : ce texte n'en a pas parlé, parce qu'un autre s'en est déjà occupé, et précisément celui-là semble refuser aux envoyés le droit d'aliénation. C'est l'art. 126 al. 2 où on lit : « Le tribunal » ordonnera, s'il y a lieu, de vendre tout ou partie du mobilier ». N'est-ce pas dire implicitement que les envoyés ne peuvent pas vendre les meubles sans l'autorisation de la justice ? Quand la justice ordonne, ainsi qu'elle en a le droit, que telle partie du mobilier sera vendue, elle ordonne bien implicitement que le reste sera conservé. D'ailleurs, d'une manière générale, les administrateurs n'ont point, en cette seule qualité, le droit de vendre le mobilier, et il faudrait un texte bien précis pour qu'une autre règle dût s'appliquer aux envoyés en possession provisoire. Il y a cependant certaines aliénations de meubles qui

rentrent certainement dans la catégorie des actes de pure administration et que les envoyés auraient, comme tout autre administrateur, le droit de faire librement, par exemple les ventes de récoltes ou de mobilier hors d'usage. Cpr. *infra* n. 1137 al. final.

Il est bien entendu que l'absent devrait respecter les aliénations de meubles, consenties par les envoyés au profit d'acquéreurs qui seraient en situation d'invoquer la maxime *En fait de meubles la possession vaut titre* (art. 2279).

* Les envoyés en possession provisoire n'ont pas le droit de convertir en titres au porteur les titres nominatifs de l'absent. Dans l'esprit de notre législation actuelle, la conversion est assimilée à une aliénation; en effet elle facilite l'aliénation et la prépare. V. notamment la loi du 27 février 1880 qui met sur la même ligne la conversion et l'aliénation des titres nominatifs appartenant à un mineur (*infra* n. 1095 b.).

Dans certaines circonstances, il peut être nécessaire d'aliéner des immeubles de l'absent ou d'emprunter de l'argent avec hypothèque sur ces mêmes immeubles. Par exemple l'absent a des dettes dont il doit l'intérêt à 5 %, et son patrimoine ne comprend que des immeubles rapportant 2 %; il est urgent d'aliéner une partie des immeubles pour payer les dettes; autrement la ruine est imminente. Ou bien de grosses réparations sont indispensables pour la conservation d'un immeuble de l'absent, et celui-ci n'a pas de capitaux; il faut absolument, pour se procurer les fonds nécessaires, ou vendre une partie des immeubles, ou emprunter sur hypothèque. L'art. 2126 permet à la justice d'autoriser les envoyés à contracter un emprunt sur hypothèque. De là à décider que la justice peut aussi autoriser en cas de besoin l'aliénation des immeubles, il n'y a qu'un pas, et il faut le faire sans hésiter.

2° Les envoyés en possession provisoire ne peuvent pas transiger sur des droits appartenant à l'absent, ni compromettre (arg. art. 1989 et 2043), ni accepter ou répudier une succession échue à l'absent avant sa disparition ou ses dernières nouvelles. Du moins ils ne pourraient pas accomplir ces actes sans l'autorisation de la justice, parce qu'ils excèdent le mandat d'un administrateur.

* 361. De quelle diligence les envoyés en possession provisoire sont-ils tenus dans la gestion des intérêts de l'absent? En d'autres termes, de quelles fautes sont-ils responsables dans leur administration? Un parti important dans la doctrine les déclare responsables seulement des fautes graves. On induit cette solution par argument de l'art. 804, aux termes duquel l'héritier bénéficiaire n'est tenu que des fautes graves dans l'administration dont il est chargé. — Incontestablement il existe une certaine analogie entre la situation de l'héritier bénéficiaire et celle des envoyés en possession provisoire. Il y a une différence cependant, et elle est capitale: l'héritier bénéficiaire administre des biens qui sont certainement à lui, tandis que les envoyés en possession provisoire administrent un patrimoine qui peut-être est encore la propriété de l'absent. Cela suffit, à notre avis, pour qu'on ne puisse pas appliquer aux envoyés en possession provisoire la disposition qui détermine la responsabilité de l'héritier bénéficiaire; d'autant plus qu'elle est exceptionnelle. Les envoyés en possession provisoire seront donc responsables, conformément au droit commun, de la *culpa levis in abstracto* (art. 1137).

362. Les actes, valablement accomplis par les envoyés en possession provisoire dans les limites de leur mandat d'administrateurs, sont opposables à l'absent de retour. Ainsi l'absent ne pourrait pas former tierce opposition (C. pr., art. 474) aux jugements rendus contre les envoyés en possession provisoire dans les procès où il a été valablement représenté par eux. Au contraire l'absent de retour pourrait critiquer les actes accomplis par les

envoyés en dehors des limites de leur mandat. *Qui excessit fines mandati aliud quid facere videtur.*

363. II. Aux termes de l'art. 127 : « Ceux qui, par suite de l'en-
» voi provisoire, ou de l'administration légale, auront joui des
» biens de l'absent, ne seront tenus de lui rendre que le cinquième
» des revenus, s'il reparait avant quinze ans révolus depuis le jour
» de sa disparition ; et le dixième, s'il ne reparait qu'après les
» quinze ans. — Après trente ans d'absence, la totalité des revenus
» leur appartiendra ».

Faisons sur ce texte trois remarques préliminaires :

1° Les fruits, que la loi permet ici aux envoyés de conserver en partie ou en totalité suivant les cas, sont ceux perçus depuis l'envoi en possession provisoire. Quant aux fruits perçus auparavant, notre article ne s'en occupe pas ; nous savons qu'ils doivent être attribués aux envoyés *comme capital*, ce qui implique l'obligation de les restituer en totalité à l'absent s'il reparait.

2° La portion de fruits attribuée aux envoyés en possession provisoire est calculée par la loi proportionnellement à la durée de l'absence, et non proportionnellement à celle de la gestion des envoyés.

3° Enfin le calcul qui sert de base à la répartition opérée par l'art. 127, doit s'effectuer sur la valeur des fruits, déduction faite des dépenses qui sont une charge des fruits, telles que les frais de culture, les impôts ordinaires, les réparations d'entretien (arg. art. 605). La loi emploie le mot *revenu* ; or c'est seulement l'excédent des produits sur les dépenses qui constitue le *revenu* ou *revenu net*. — Il n'y aurait pas lieu d'imputer sur les fruits les sommes dépensées pour les grosses réparations, car elles sont charge du capital et doivent rester à ce titre au compte de l'absent.

364. Cela posé, voici comment la loi règle les droits respectifs de l'absent et des envoyés en ce qui concerne les fruits.

a. — L'absent reparait avant quinze ans depuis sa disparition ou ses dernières nouvelles. — Les envoyés n'auront à lui restituer qu'un cinquième des fruits par eux perçus depuis l'envoi provisoire : ils garderont par conséquent les quatre cinquièmes.

b. — L'absent reparait après quinze ans depuis son départ ou ses dernières nouvelles. — Les envoyés n'auront à lui restituer qu'un dixième des fruits par eux perçus depuis l'envoi provisoire, même de ceux perçus avant l'expiration des quinze ans ; ils garderont donc les neuf dixièmes. — Si l'envoi en possession provisoire n'a été prononcé qu'après quinze ans depuis la disparition ou les der-

nières nouvelles de l'absent, les envoyés commenceront de suite à n'être comptables envers l'absent que d'un dixième des fruits.

c. — Après trente ans d'absence (ajoutez ou cent ans écoulés depuis la naissance de l'absent), les envoyés en possession provisoire pourront conserver la totalité des revenus par eux perçus. Ils n'auront donc à restituer à l'absent, s'il reparait, aucune portion des revenus perçus depuis l'envoi provisoire, même avant l'expiration des trente ans.

Quel est le point de départ de ces trente ans? Quelques-uns pensent que c'est la déclaration d'absence; car la loi dit *trente ans* d'absence, et l'absence proprement dite ne commence que lorsqu'elle est déclarée. Mais nous savons que le langage de la loi en matière d'absence n'est pas toujours d'une précision rigoureuse. On s'expliquerait d'ailleurs difficilement que chacune des trois périodes prévues par l'art. 127 n'eût pas même le point de départ, savoir la disparition ou les dernières nouvelles de l'absent. Enfin on remarquera que c'est aux envoyés *en possession provisoire* que l'attribution des fruits est faite après trente ans d'absence; or si la loi avait entendu donner pour point de départ aux trente ans la déclaration d'absence, elle aurait dû attribuer les fruits aux envoyés *en possession définitive*, car après trente ans depuis la déclaration d'absence il y a lieu à l'envoi définitif, et il n'est pas probable que les envoyés négligent de le demander; ils y ont le plus grand intérêt. Aussi admet-on généralement que ces mots « après trente ans d'absence » signifient : *après trente ans depuis la disparition ou les dernières nouvelles de l'absent*.

On le voit, la portion des fruits que la loi alloue aux envoyés en possession provisoire est considérable, si considérable qu'il est impossible de la regarder comme constituant exclusivement le salaire de l'administration dont ils sont chargés. En dotant si largement l'envoi provisoire, la loi a voulu, dans l'intérêt même de l'absent, engager ceux auxquels cet envoi est offert à le demander. Elle a tenu compte aussi de la propension bien naturelle qu'ont les envoyés à se considérer comme propriétaires des biens de l'absent et à se comporter comme tels. Souvent on les aurait ruinés, en les obligeant à restituer une portion considérable des revenus qu'ils ont touchés pendant de longues années et probablement dépensés. Et comme chaque jour qui s'écoule sans nouvelles rend le retour de l'absent moins probable, et que les envoyés doivent naturellement être de plus en plus tentés de dépenser les revenus qu'ils perçoivent, il est tout simple que la loi fasse décroître avec le temps la portion des fruits qu'elle réserve à l'absent.

365. III. Aux termes de l'art. 40 de la loi du 28 avril 1816 : « Les héritiers, légataires et tous autres appelés à exercer des droits subordonnés au décès d'un individu dont l'absence est déclarée, sont tenus de faire, dans les six mois du jour de l'envoi en possession provisoire, la déclaration à laquelle ils seraient tenus s'ils étaient appelés par l'effet de la mort, et d'acquitter les droits sur la valeur entière des biens ou droits qu'ils recueillent. En cas de

retour de l'absent, les droits payés seront restitués, sous la seule déduction de celui auquel aura donné lieu la jouissance des héritiers ».

La succession de l'absent n'est pas ouverte par l'envoi en possession provisoire (arg. art. 718). Régulièrement donc les envoyés ne devraient pas payer au fisc le droit de mutation par décès; il a fallu une loi spéciale pour les y obliger. Cette loi se justifie par cette considération que, la plupart du temps, l'envoi provisoire devient définitif, le sort de l'absent demeurant toujours ignoré, et que rarement par suite les envoyés en possession provisoire sont troublés dans la paisible possession des biens de l'absent. On a donc pu, au point de vue fiscal, les considérer dès à présent comme héritiers, sauf à leur restituer plus tard, si l'absent reparait, les droits qu'ils se trouveraient avoir indûment payés.

N° 7. Des événements qui mettent fin à l'envoi en possession provisoire.

366. La possession provisoire prend fin :

1° Par le retour de l'absent;

2° Par la réception de ses nouvelles. « *Si l'absent reparait ou si son existence est prouvée pendant l'envoi provisoire, les effets du jugement qui aura déclaré l'absence cesseront, sans préjudice, s'il y a lieu, des mesures conservatoires prescrites au chapitre I^{er} du présent titre pour l'administration de ses biens* » (art. 131).

Dans ces deux premiers cas, les envoyés cessent d'avoir droit aux fruits pour l'avenir, et sont tenus de restituer à l'absent de retour ses biens augmentés, s'il y a lieu, de la portion des revenus déterminée par l'art. 127.

3° Par le décès prouvé de l'absent. On règle alors définitivement la succession de l'absent, en se reportant à l'époque de son décès. De là il résulte que les envoyés en possession provisoire pourront avoir à restituer les biens de l'absent à ceux qui, n'étant pas ses héritiers présomptifs lors de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, avaient cette qualité lors de son décès prouvé. « *La succession de l'absent sera ouverte du jour de son décès prouvé, au profit de ses héritiers les plus proches à cette époque; et ceux qui auraient joui des biens de l'absent, seront tenus de les restituer, sous la réserve des fruits par eux acquis en vertu de l'art. 127* » (art. 130). Exemple : L'envoi en possession provisoire a été obtenu par le conjoint de l'absent, à défaut de parents; le conjoint meurt, puis on apprend que l'absent lui-même est mort à une époque postérieure au décès de son conjoint. Les héritiers du con-

joint devront restituer les biens de l'absent à l'Etat qui se trouve être héritier au jour du décès prouvé.

4° Par l'envoi en possession définitif, dont nous traiterons plus loin.

§ II. *Droit d'option accordé au conjoint de l'absent.*

367. Aux termes de l'art. 124 : « *L'époux commun en biens, s'il opte pour la continuation de la communauté, pourra empêcher l'envoi provisoire, et l'exercice provisoire de tous les droits subordonnés à la condition du décès de l'absent, et prendre ou conserver par préférence l'administration des biens de l'absent. Si l'époux demande la dissolution provisoire de la communauté, il exercera ses reprises et tous ses droits légaux et conventionnels, à la charge de donner caution pour les choses susceptibles de restitution. — La femme, en optant pour la continuation de la communauté, conservera le droit d'y renoncer ensuite* ».

L'absent était marié sous le régime de la communauté; son conjoint est présent; l'absence est déclarée. Telle est l'hypothèse prévue.

Si l'art. 124 n'existait pas, on appliquerait la règle qui sert de base à l'envoi en possession provisoire : faire provisoirement tout ce que l'on ferait définitivement s'il était prouvé que l'absent est mort le jour où il a donné le dernier signe de vie. Par conséquent la communauté serait provisoirement considérée comme dissoute au jour du départ ou des dernières nouvelles de l'absent (arg. art. 1441-1°), et liquidée d'après son état à cette époque. Puis le conjoint présent serait admis à exercer provisoirement ses droits, tant dans la communauté ainsi liquidée, que sur les biens personnels de l'absent. Le surplus des biens de la communauté, représentant la part de l'absent, ainsi que tous les autres biens personnels de celui-ci, seraient provisoirement attribués à ses héritiers présomptifs au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles et à tous autres ayant des droits subordonnés à son décès (art. 120 et 123).

Le conjoint présent peut accepter ce résultat, s'il le juge à propos. Mais la loi lui permet de l'écartier en optant pour la continuation de la communauté. S'il prend ce dernier parti, la communauté sera provisoirement considérée comme existant encore; en conséquence, il conservera ou prendra l'administration des biens de la communauté, et aussi des biens personnels de l'absent qui n'étaient point entrés en communauté.

L'époux présent commun en biens a donc un droit d'option dont

voici les deux termes : dissolution provisoire de la communauté; continuation provisoire de cette même communauté. Le conjoint présent restant enfermé dans les liens du mariage tant que le décès de l'absent n'est pas prouvé (art. 139 et 227), la justice exigeait qu'il pût demander le maintien de ses conventions matrimoniales. Puisqu'on lui oppose son mariage comme faisant obstacle à la création d'un nouveau lien, il doit pouvoir l'invoquer en tant qu'il est pour lui la source d'avantages pécuniaires. D'ailleurs le droit certain de l'époux présent devait être préféré au droit incertain et précaire des héritiers présomptifs. Enfin l'option de l'époux présent pour la continuation de la communauté a pour résultat de concentrer dans ses mains l'administration de tous les biens de l'absent, qui sans cela serait peut-être divisée et morcelée entre de nombreux ayant droit, au grand préjudice des intérêts de l'absent. Voilà plus de raisons qu'il n'en faut pour justifier le droit d'option accordé au conjoint présent marié sous le régime de la communauté.

368. Ce qui peut surprendre, c'est que la loi limite sa faveur au cas où l'époux présent est *commun en biens*, c'est-à-dire marié sous le régime de la communauté; car il y avait exactement les mêmes raisons pour la lui accorder dans tous les cas. En effet, quel que soit le régime nuptial auquel il est soumis, l'époux présent peut avoir intérêt au maintien provisoire de ses conventions matrimoniales. Ainsi, sous le régime dotal, le mari, dont la femme est déclarée absente, peut avoir intérêt à la continuation du régime sur la foi duquel il a contracté et qui lui donne le droit de jouir de tous les biens dotaux de son épouse (art. 1549). Il est pourtant impossible, vu le caractère exceptionnel et tout de faveur de la disposition dont il s'agit, de l'étendre en dehors du cas prévu par la loi. L'interprète a le droit de le regretter et de solliciter sur ce point une réforme législative; mais il ne lui est pas permis de corriger l'œuvre imparfaite de la loi.

S'il ne faut pas étendre au delà de ses justes limites la disposition de l'art. 124, il ne faut pas non plus en restreindre arbitrairement la portée. L'article devra donc être appliqué, toutes les fois qu'il y a communauté de biens entre les époux (la loi dit : *l'époux commun en biens...*), non seulement, par suite, lorsque les époux sont mariés sous le régime de la communauté légale ou conventionnelle, mais aussi lorsqu'ils sont mariés sous le régime dotal avec société d'acquêts.

369. La loi suppose que l'époux présent exerce son droit d'option avant que l'envoi provisoire ait été accordé (argument des mots *et empêcher l'envoi provisoire*). C'est en effet ce qui arrivera le plus souvent. Mais supposer n'est pas disposer, et on est d'accord pour décider que, la loi n'ayant fixé aucun délai au conjoint, il pourrait exercer son droit d'option même après l'envoi provisoire et le faire ainsi cesser.

La loi n'indique pas non plus la forme dans laquelle doit être exercé le droit d'option, et de là il résulte qu'aucune forme particulière n'est requise. Il suffira que l'époux manifeste sa volonté d'une manière quelconque, même tacitement.

Cela posé, étudions successivement les deux termes de l'option accordée à l'époux présent.

370. A. L'époux présent opte pour la dissolution provisoire de la communauté. — Quand l'époux prend ce parti, la communauté est, comme nous l'avons dit, réputée dissoute à partir du jour de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent. Elle doit être provisoirement liquidée d'après son état à cette époque, et l'époux présent exerce provisoirement, tant sur les biens de cette communauté que sur les biens personnels de l'absent, qui n'étaient point entrés en communauté, *tous ses droits légaux et conventionnels* (art. 124).

Tous ses droits légaux. L'époux présent aura donc droit à la reprise de ses propres, au paiement des indemnités qui lui sont dues par la communauté et à sa moitié des biens communs. Il pourra en outre réclamer, sur les biens propres de l'absent et sur la part de celui-ci dans la communauté, le droit d'usufruit ou la pension alimentaire que la loi du 9 mars 1891 accorde au conjoint survivant.

Tous ses droits conventionnels. Ainsi l'époux présent pourra réclamer provisoirement le bénéfice des donations que l'absent lui a faites sous condition de survie. De même il pourra exercer provisoirement le droit de préciput que son contrat lui accorde, ou le droit qu'il a stipulé dans ce même contrat de prendre une part de la communauté plus forte que la moitié...

L'époux présent qui opte pour la dissolution provisoire de la communauté, est tenu « de donner caution pour les choses susceptibles de restitution » (art. 124). La femme devra donc donner caution pour tout ce qu'elle prend, même pour ses biens personnels, à l'exception toutefois de ceux dont son mari n'avait pas l'administration et la jouissance. Car, sauf ces derniers biens, elle devra tout restituer à son mari s'il reparait. Quant au mari, il doit certainement caution pour les biens qu'il prend en qualité de légataire de sa femme, ou de donataire de celle-ci sous condition de survie ; il y aura lieu en effet à la restitution de ces biens par les héritiers du mari, s'il vient à être prouvé que la femme lui a survécu. Mais le mari ne devrait pas caution pour ses biens personnels, à la restitution desquels il ne peut être tenu en aucun cas, ni même, suivant l'opinion générale, pour la portion des biens de la communauté qui lui est provisoirement attribuée.

L'époux présent, qui opte pour la dissolution provisoire de la communauté, n'a que les pouvoirs d'un envoyé en possession pro-

visoire, c'est-à-dire d'un administrateur, sur tous les biens qui lui sont attribués par suite de l'exercice provisoire de ses droits et qui sont sujets à restitution. L'obligation que la loi lui impose de fournir caution, prouve bien qu'elle le considère seulement comme un administrateur et non comme un propriétaire.

Cela posé, il semble que l'époux présent, qui opte pour la dissolution de la communauté, devrait être tenu de faire inventaire. Cette obligation n'incombe-t-elle pas, en règle générale, à tout administrateur du bien d'autrui? Ne voyons-nous pas la loi l'imposer même à certains administrateurs, desquels elle n'a pas cru devoir exiger une caution par exemple au tuteur? — Ces raisons sont graves; mais sont-elles suffisantes, en présence du texte de l'art. 126, qui n'assujettit à l'obligation de faire inventaire que l'époux *qui aura opté pour la continuation de la communauté*, et semble par suite en dispenser celui qui a opté pour la dissolution?

371. B. *L'époux présent opte pour la continuation provisoire de la communauté.* — Quand l'époux présent prend ce deuxième parti, le régime matrimonial sous la foi duquel son union a été contractée est provisoirement maintenu.

Cette option produit deux effets :

1° Elle empêche l'envoi en possession provisoire au profit des héritiers présomptifs de l'absent, et aussi l'exercice provisoire de tous les droits subordonnés à son décès.

Il est facile de justifier la préférence accordée au conjoint présent sur les héritiers présomptifs de l'absent, et même sur les légataires et les héritiers contractuels de celui-ci : le droit certain du conjoint présent, résultant de son contrat de mariage, devait primer le droit incertain et éventuel des héritiers et des légataires de l'absent. Mais la loi mérite d'être critiquée en tant qu'elle préfère le conjoint présent aux autres intéressés qui ont des droits subordonnés au décès de l'absent, tels que le nu-propriétaire d'un bien dont l'absent était usufruitier; car les intéressés dont il s'agit ont, eux aussi, un droit certain, et on s'explique difficilement que l'exercice de leur droit puisse être paralysé, pendant un temps qui sera peut-être fort long, par l'option de l'époux présent pour la continuation provisoire de la communauté. Quoi qu'il en soit, *statuit lex*.

2° L'époux présent, qui a opté pour la continuation provisoire de la communauté, peut « *prendre ou conserver par préférence l'administration des biens de l'absent* ». Cette administration est dite *légale*, parce qu'elle dérive de la loi.

PRENDRE l'administration. Ces mots font allusion à la femme : elle *prendra* l'administration qui appartenait à son mari. Or cette administration s'appliquait aux biens personnels du mari, aux biens de la communauté et aux biens personnels de la femme, la plupart du temps au moins. En ce qui concerne les biens du mari, on doit remarquer que la femme en prend l'administration dans tous les cas où elle opte pour la continuation de la communauté, même quand elle est mariée sous le régime dotal avec société d'acquêts. La loi dit qu'elle prend l'administration *des biens de l'absent* et non pas seulement des biens de la communauté. Ce point a été contesté à tort.

La femme, relativement aux biens dont elle prend l'administration, n'a pas d'autres pouvoirs que ceux d'un envoyé en possession provisoire. Elle aurait donc besoin de l'autorisation de la justice pour aliéner ou pour hypothéquer ces biens (cpr. art. 222 et 1427). Mais la femme n'a pas besoin d'une autorisation spéciale pour chaque acte d'administration qu'elle veut accomplir; cette exigence rendrait sa gestion impossible. Le jugement qui l'autorise à administrer l'autorise par cela même d'une manière générale à accomplir tous les actes qui dépendent de l'administration. Et toutefois il faut excepter le cas où la femme voudrait ester en justice relativement à des actes d'administration : une autorisation spéciale lui serait alors nécessaire. Cpr. art. 223, 1538, 1576.

CONSERVER *l'administration*. Cela fait allusion au mari. Avant la disparition de la femme, il administrait, outre ses biens propres, les biens personnels de sa femme et ceux de la communauté. Cette administration il la conserve, dit la loi. Dire qu'il conserve l'administration, c'est dire qu'il continue à l'exercer comme autrefois, avec les mêmes pouvoirs. Le mari conservera donc sur les biens de la femme les droits que lui accordent les art. 1428 et suivants, et sur ceux de la communauté les pouvoirs déterminés par les art. 1421 et s. Par conséquent les actes de disposition à titre onéreux, accomplis par le mari relativement aux biens de la communauté, et même les actes de disposition à titre gratuit, dans les limites fixées par l'art. 1422, seront valables, quoi qu'il arrive, par application de ce principe que les actes faits conformément à la loi doivent être validés.

Il se peut que la femme ait des biens personnels dont elle s'était réservé, par une clause de son contrat, l'administration et la jouissance. Le mari *prendra* l'administration de ces biens. Mais ses pouvoirs ne dépasseraient pas en ce cas ceux d'un envoyé en possession provisoire.

372. La loi impose à l'époux présent qui opte pour la continuation de la communauté, que ce soit le mari ou la femme, l'obligation de faire inventaire (art. 126 al. 1). Cet inventaire doit comprendre, non seulement les biens personnels de l'absent, mais aussi ceux de la communauté, qui sont d'ailleurs, à bien prendre, des biens de l'absent, puisque celui-ci en est copropriétaire.

Rationnellement l'époux qui opte pour la continuation provisoire de la communauté devrait être tenu de fournir caution, au moins pour les biens sujets à restitution dont il prend ou conserve l'administration. Mais il est difficile de lui imposer cette obligation dans le silence des textes. Ce silence ne peut guère être mis sur le compte d'un oubli; car l'art. 124 parle de la caution, mais il ne l'exige que de l'époux qui opte pour la dissolution

provisoire de la communauté. Relativement aux garanties à fournir par l'époux présent, suivant le sens dans lequel il exerce son droit d'option, la loi paraît avoir été rédigée avec une grande légèreté : elle soumet l'époux qui opte pour la dissolution provisoire de la communauté à l'obligation de fournir caution, mais non à celle de faire inventaire ; elle exige au contraire l'inventaire, mais non la caution, de l'époux qui opte pour la continuation provisoire de la communauté. Tout cela n'est pas bien concordant.

373. Aux termes de l'art. 124 al. final : « La femme, en optant pour la continuation de la communauté, conservera le droit d'y renoncer ensuite ». C'était utile à dire : autrement on aurait pu penser qu'en optant pour la continuation provisoire de la communauté, la femme se rendait non recevable à y renoncer plus tard. En effet le principal motif, qui a fait établir au profit de la femme le droit de renoncer à la communauté, est qu'on n'a pas voulu l'obliger à subir les conséquences d'une gestion qui est entièrement l'œuvre de son mari (art. 1421). Cette raison n'existant pas, ou n'existant plus qu'en partie quand la femme opte pour la continuation de la communauté, puisqu'elle prend alors l'administration des biens communs, on aurait peut-être été tenté de décider, si la loi ne s'en était pas expliquée, que la femme perd alors le droit de renoncer à la communauté et de répudier ainsi les conséquences d'une gestion à laquelle elle a participé. La loi, qui considère la faculté de renoncer comme essentielle (art. 1453), a condamné par avance cette solution.

374. La continuation provisoire de la communauté, résultant de l'option de l'époux présent, et l'administration légale qui en est la conséquence prennent fin :

1° *Par la preuve acquise de l'existence de l'absent.* Alors la communauté a duré en réalité depuis la disparition de l'absent, elle dure encore, et il y a lieu de pourvoir à son administration suivant les termes du droit commun (art. 1421 et s.).

2° *Par la preuve acquise du décès de l'absent.* On liquide alors la communauté et on la partage d'après l'état de choses existant à l'époque du décès.

3° *Par l'envoi en possession définitif,* qui peut être obtenu trente ans après que l'époux présent a pris l'administration des biens de l'absent ou cent ans après la naissance de ce dernier (art. 129). Alors l'absent est réputé mort, et par suite la communauté dissoute, du jour de son départ ou de ses dernières nouvelles. C'est d'après l'état de choses existant à cette époque qu'on la liquide et qu'on la partage, sauf à revenir sur ce qui a été fait si l'absent reparait ou si l'on apprend l'époque de son décès,

4° *Par la mort du conjoint présent.* Dans ce cas, comme dans le précédent, la communauté est réputée dissoute au jour de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent. Elle devra donc être liquidée d'après l'état de choses existant à cette époque. Puis les héritiers du conjoint absent, au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles, et ceux de l'autre conjoint, obtiendront respectivement l'envoi en possession pour les parts revenant à leurs auteurs.

5° *Par la volonté de l'époux présent* qui, après avoir opté pour

la continuation de la communauté, renonce ensuite à cette continuation. C'est un droit pour lui ; car la faculté de demander la continuation de la communauté est une faveur que la loi lui accorde, et il est libre d'y renoncer pour en revenir au droit commun. S'il use de ce droit, la communauté sera réputée dissoute à dater de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent, et il sera procédé comme dans le cas précédent.

L'époux qui aurait opté pour la dissolution de la communauté ne pourrait pas ensuite, changeant d'avis, opter pour la continuation ; car son option pour la dissolution a fait naître au profit des intéressés des droits qu'il n'est plus en son pouvoir de leur ravir.

375. L'époux administrateur légal est assimilé par la loi à un envoyé en possession provisoire en ce qui concerne l'acquisition des fruits (art. 127). Il gagnera donc les quatre cinquièmes, les neuf dixièmes ou la totalité des fruits qu'il percevra, suivant les distinctions établies en l'art. 127. Quant à la portion de fruits qu'il n'a pas le droit de conserver, il la restituera, avec les biens auxquels ils sont afférents, à ceux à qui la restitution de ces biens est due.

Tous les auteurs critiquent l'assimilation que l'art. 127 établit entre l'époux administrateur légal et les envoyés en possession provisoire au point de vue de l'acquisition des fruits. Chaque jour qui s'écoule sans nouvelles rend plus probable le décès de l'absent, et fortifie ainsi les espérances des envoyés en possession provisoire, en rendant leurs droits plus certains ; il est donc tout naturel que la portion de fruits que la loi leur alloue augmente avec le temps, c'est-à-dire avec leur bonne foi. Tout autre est la situation du conjoint administrateur légal. Son droit devient de plus en plus douteux, à mesure que l'existence de l'absent devient plus problématique. De jour en jour il voit s'approcher l'époque où son administration légale devra prendre fin par suite de l'envoi définitif, qui sera prononcé quand tout espoir du retour de l'absent sera perdu. Logiquement donc ses droits aux fruits auraient dû diminuer plutôt qu'augmenter avec le temps.

§ III. De l'envoi en possession définitif.

N° 1. Quand il y a lieu à l'envoi en possession définitif.

376. Nous voici arrivés à la troisième période de l'absence. L'art. 129 va nous dire quels sont les événements qui lui donnent ouverture : « *Si l'absence a continué pendant trente ans depuis l'envoi provisoire, ou depuis l'époque à laquelle l'époux commun aura pris l'administration des biens de l'absent, ou s'il s'est écoulé cent ans révolus depuis la naissance de l'absent, les cautions seront déchargées ; tous les ayants droit pourront demander le partage des biens de l'absent, et faire prononcer l'envoi en possession définitif par le tribunal de première instance* ».

On voit qu'il y a lieu à l'envoi en possession définitif dans deux cas :

1° Quand il s'est écoulé trente ans sans nouvelles de l'absent

depuis l'envoi provisoire ou depuis l'époque à laquelle l'époux commun en biens a pris l'administration des biens de l'absent.

Malgré les termes si précis de l'art. 129, qui assigne pour point de départ aux trente ans, après lesquels l'envoi définitif peut être obtenu, *le jour de l'envoi provisoire* ou bien *l'époque à laquelle l'époux commun aura pris l'administration des biens de l'absent*, la plupart des auteurs enseignent que les trente ans courent du jour de la déclaration d'absence, c'est-à-dire du jour où l'envoi AURAIT PU être obtenu, du jour où l'époux présent AURAIT PU prendre l'administration des biens. La loi, dit-on, a dû confondre ici dans sa pensée la déclaration d'absence et l'envoi provisoire, comme elle paraît l'avoir fait en sens inverse dans l'art. 860 C. pr., parce que l'un est la conséquence de l'autre, et que la plupart du temps, d'ailleurs, l'envoi provisoire est demandé en même temps que la déclaration d'absence. On ajoute que la probabilité du décès de l'absent est toujours aussi forte après trente ans écoulés sans nouvelles depuis la déclaration d'absence, quelle que soit d'ailleurs l'époque à laquelle l'envoi provisoire a été demandé, et alors même qu'il ne l'aurait pas été. Ces motifs sont-ils suffisants pour permettre de s'écarter du texte si clair de l'art. 129?

2° S'il s'est écoulé cent ans révolus depuis la naissance de l'absent.

Il n'est pas nécessaire dans ce cas que l'envoi provisoire ait été obtenu ; mais au moins faut-il que la déclaration d'absence ait été prononcée. D'ailleurs les intéressés pourraient, le cas échéant, demander en même temps, et obtenir en vertu d'un seul et même jugement, la déclaration d'absence et l'envoi définitif tout à la fois.

377. Quand il s'est écoulé trente ans depuis l'envoi provisoire, ce qui fait au moins trente-cinq ans depuis la disparition ou les dernières nouvelles de l'absent (*supra* n. 328), ou bien quand il s'est écoulé cent ans révolus depuis la naissance de l'absent, la probabilité de son décès devient presque une certitude ; aussi la loi va-t-elle organiser, pendant cette période de l'absence, un régime dans lequel les intérêts de l'absent sont presque oubliés, j'allais dire sacrifiés. D'ailleurs, à supposer que l'absent vive encore, serait-il bien fondé à se plaindre des mesures qui vont être prises contre lui ? Ne sont-elles pas la conséquence de son impardonnable négligence ? Puisqu'il a oublié tout le monde, en ne donnant de ses nouvelles à personne, ne doit-il pas s'attendre à être oublié à son tour ?

Le plus souvent, l'envoi en possession définitif est obtenu par ceux auxquels a été accordé l'envoi provisoire ; l'envoi définitif est alors un développement de l'envoi provisoire.

Le contraire arriverait cependant, si l'envoi en possession provisoire avait été accordé à d'autres qu'aux véritables ayant droit ; ceux-ci devraient alors, sur leur demande, obtenir l'envoi définitif. Ainsi l'absent avait, au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles, un frère et un cousin ; le cousin a obtenu l'envoi provisoire, le frère ne l'ayant pas demandé. Le frère pourra obtenir l'envoi définitif, en supposant que son droit ne soit pas prescrit à l'époque où il le fait valoir.

Il peut même arriver que l'envoi définitif soit prononcé sans qu'il y ait eu d'envoi provisoire, notamment lorsque le conjoint de l'absent a opté pour la continuation de la communauté et que son administration a duré jusqu'à l'envoi définitif.

L'envoi définitif n'a jamais lieu de plein droit après l'expiration

des délais fixés par la loi ; il doit être demandé à la justice. Le tribunal compétent pour prononcer cet envoi est le même que celui qui est compétent pour déclarer l'absence.

La loi n'indique pas la procédure à suivre pour arriver à l'envoi définitif. Le tribunal pourra, s'il le juge utile, ordonner une nouvelle enquête à l'effet de s'assurer qu'il n'est parvenu aucune nouvelle de l'absent.

N° 2. Des effets de l'envoi définitif.

378. L'expression *envoi définitif* semblerait indiquer que les envoyés deviennent propriétaires incommutables des biens de l'absent. Il devait en être ainsi d'après le projet, qui n'admettait d'exception à cette règle qu'en faveur des enfants de l'absent, mineurs lors de son décès prouvé ; l'absent lui-même, s'il reparaisait après l'envoi définitif, ne pouvait pas réclamer aux envoyés la restitution de ses biens. Ce système, dont la rigueur touchait à l'injustice, et qui d'ailleurs blessait les vrais principes de la matière, d'après lesquels la succession d'un homme vivant ne peut être considérée comme ouverte (*viventis non est hereditas*), a été, en définitive, abandonné ; et toutefois en renonçant à la chose on a conservé le nom.

Voici le système auquel notre législateur s'est arrêté. Les envoyés en possession définitive deviennent propriétaires des biens de l'absent ; mais, dans leurs rapports avec l'absent, s'il reparait, ou avec ses héritiers les plus proches au jour de son décès prouvé, leur droit de propriété est révocable, révocable *in futurum* seulement, non *in præteritum*. En d'autres termes, les envoyés sont à considérer, même à l'égard de l'absent, ou de ses héritiers les plus proches au jour de son décès prouvé, comme ayant été propriétaires jusqu'au jour où l'absent a révélé son existence, ou jusqu'au jour de la réclamation faite par ses véritables héritiers. Les actes accomplis par eux jusqu'à l'une ou l'autre de ces époques, devront donc être considérés comme émanant *a vero domino*, même les aliénations, et ne pourront par suite être critiqués par l'absent de retour ou par ses héritiers. Que pourront-ils donc réclamer aux envoyés ? Les biens que ceux-ci possèdent encore et le profit par eux retiré de ceux qu'ils ont aliénés.

Tout cela revient à dire qu'à l'égard des tiers, avec lesquels ils traitent dans l'ignorance du droit de l'absent ou de ses véritables héritiers, les envoyés en possession définitive doivent être considérés comme propriétaires incommutables des biens de l'absent,

mais que, dans leurs rapports avec l'absent de retour ou ses héritiers les plus proches au jour de son décès prouvé, ils sont considérés comme n'ayant qu'un droit de propriété révocable.

Tel est l'*envoi définitif*. Cette expression, défectueuse peut-être, puisque tout n'est pas nécessairement fini quand l'envoi définitif a été prononcé, peut cependant se justifier à ce double point de vue : d'abord que l'envoi définitif est le dernier ; ensuite que les envoyés en possession définitive sont propriétaires incommutables à l'égard des tiers.

Passons au développement de ce système et à l'exposé des principales conséquences que la loi en a déduites.

379. A. — S'il y a plusieurs envoyés en possession définitive, ils deviennent copropriétaires des biens de l'absent, et par suite chacun des intéressés peut demander qu'il soit procédé au partage de ces biens (art. 129 et arg. art. 815). Jusqu'à l'envoi définitif, les envoyés n'ont pu régulièrement procéder qu'à un partage d'administration, non à un partage de propriété, ni même à un partage de jouissance (*supra* n. 337).

* Le partage, auquel procéderont les envoyés en possession définitive, devra être opéré conformément au droit commun. La masse partageable sera donc formée suivant les règles générales de la matière, et les intéressés pourront, le cas échéant, se demander respectivement le rapport des différentes libéralités qu'ils auraient reçues de l'absent, de même qu'ils auront le droit de demander la réduction des libéralités faites par l'absent et qui excèdent la quotité disponible.

* Quant aux dettes de l'absent, en supposant, ce qui sera rare, qu'elles ne soient pas toutes payées, les envoyés devront aussi les répartir entre eux comme ils l'entendront. Mais ils n'en seraient tenus à l'égard des créanciers qu'*intra vires*, c'est-à-dire jusqu'à concurrence de la valeur des biens de l'absent qu'ils détiennent. En effet l'obligation de payer les dettes *ultra vires* est une conséquence de la saisine, et les envoyés en possession définitive ne sont pas saisis, la saisine ne pouvant résulter que de l'ouverture de l'hérédité (arg. art. 718 et 724).

380. B. — L'absent de retour est obligé de respecter tous les actes de disposition, et principalement toutes les aliénations et toutes les constitutions de droits réels, accomplies par les envoyés jusqu'à l'époque où il a fait connaître son existence. C'est ce qui résulte de l'art. 132, ainsi conçu : « *Si l'absent reparait, ou si son existence est prouvée, même après l'envoi définitif, il recouvrera ses biens dans l'état où ils se trouveront, le prix de ceux qui auraient été aliénés, ou les biens provenant de l'emploi qui aurait été fait du prix de ses biens vendus* ».

L'absent, dit la loi, recouvrera le prix de ceux de ses biens « *qui auraient été aliénés.....* » Donc il doit respecter les aliénations consenties par les envoyés, même les aliénations à titre gratuit, bien que l'article paraisse n'avoir en vue que les aliéna-

tions à titre onéreux, puisqu'il parle d'un prix. Les envoyés sont en effet propriétaires jusqu'au jour où l'existence de l'absent leur est révélée, et le propriétaire peut consentir des aliénations à titre gratuit aussi bien que des aliénations à titre onéreux.

L'art. 132, qui nous dit implicitement que l'absent est obligé de respecter tous les actes accomplis par les envoyés en possession définitive, nous dit explicitement ce que l'absent de retour peut réclamer aux envoyés. Ce texte a permis de formuler le principe suivant, dont il contient plusieurs applications particulières : La restitution que l'absent de retour demande aux envoyés en possession définitive, ne doit être pour ceux-ci la source d'aucune perte ; mais en revanche ils doivent restituer à l'absent tout ce dont ils se trouvent enrichis à ses dépens, à l'exception toutefois des fruits qu'ils ont perçus et probablement consommés, car l'art. 127 les dispense de toute restitution à cet égard. En d'autres termes, les envoyés en possession définitive ne sont tenus envers l'absent de retour que *quatenus locupletiores facti sunt*.

381. Ce principe conduit aux applications suivantes :

a. — L'absent reprendra en nature tous ceux de ses biens dont les envoyés n'auront pas disposé, mais *dans l'état où ils se trouveront*. D'où il suit : 1° que l'absent devra respecter les divers droits réels, tels que servitude, usufruit ou hypothèque dont les envoyés auraient grevé ses biens ; 2° que si les biens ont été détériorés par les envoyés, l'absent n'aura droit de ce chef à aucune indemnité. *Qui quasi suam rem neglexit, nulli querelæ subjectus est* (L. 31 § 3, D., *De hered. pet.*, V. 3).

Si les envoyés ont fait des dépenses en vue d'améliorer les biens de l'absent, auront-ils droit à une indemnité ? La négative semblerait résulter de l'art. 132, aux termes duquel l'absent reprendra ses biens *dans l'état où ils se trouveront*, par conséquent améliorés s'ils l'ont été, et sans payer d'indemnité, puisque les envoyés ne lui en paient pas pour les détériorations. La solution contraire est plus généralement admise. L'art. 132, dit-on, a été écrit en faveur des envoyés ; il ne faut donc pas le retourner contre eux pour leur refuser une indemnité que les principes généraux leur accordent (arg. art. 555). Sans cette indemnité ils seraient en perte ; l'absent s'enrichirait à leurs dépens.

b. — Si les envoyés ont aliéné à titre onéreux les biens de l'absent, celui-ci aura droit à la contre-valeur acquise par les envoyés. Par exemple un envoyé a consenti l'échange d'un bien de l'absent ; celui-ci aura droit au bien acquis en contre-échange. De même, si un bien de l'absent a été vendu et que le prix soit encore dû, la créance du prix appartiendra à l'absent. Si le prix de la vente a été touché par l'envoyé, l'absent pourra en exiger la restitution, à moins que l'envoyé ne prouve qu'il a dissipé ce prix ou qu'il l'a perdu par suite d'un mauvais placement, preuve qui sera difficile,

au moins quand le placement, comme il arrivera le plus souvent, n'aura pas été fait au nom de l'absent.

c. — L'absent de retour n'a droit à aucune indemnité pour la valeur de ceux de ses biens que les envoyés en possession définitive auraient aliénés à titre gratuit; car ces donations n'ont pas enrichi les envoyés, et ils ne sont tenus que *quatenus locupletiores facti sunt*.

Le contraire aurait lieu cependant, si l'envoyé en possession définitive avait employé les biens de l'absent pour faire une donation qu'à défaut de cette ressource il eût certainement faite sur ses biens personnels. Ainsi il a constitué en dot à sa fille un immeuble appartenant à l'absent et qui vaut 100,000 fr. L'absent de retour ne pourra pas reprendre l'immeuble, car il doit respecter l'aliénation faite par l'envoyé; mais il aura droit à une indemnité, car, en employant les biens de l'absent à doter sa fille, l'envoyé a fait un profit, en ce sens qu'il a conservé la portion de son patrimoine qu'il aurait certainement consacrée à cet usage, à défaut des biens de l'absent : *locupletior factus est quatenus propria pecuniæ pepercit*. L'indemnité due de ce chef à l'absent, ne sera pas toujours égale à la valeur du bien constitué en dot, car l'envoyé ne doit compte que de son enrichissement; or il ne s'est enrichi que de la somme dont il aurait doté sa fille s'il eût été réduit à ses propres ressources. Ainsi, au lieu de donner en dot un bien valant 100,000 fr., l'envoyé, s'il ne s'était pas cru propriétaire des biens de l'absent, n'aurait peut-être donné que 60,000 fr.; son enrichissement n'est donc que de 60,000 fr., et il ne doit compte que de cette somme. En cas de contestation, les juges apprécieront.

d. — Les envoyés en possession définitive n'étant plus responsables envers l'absent des fautes qu'ils pourront désormais commettre dans leur gestion ni même de celles qu'ils ont pu commettre pendant l'envoi provisoire, non seulement la loi ne devait organiser au profit de l'absent aucune garantie de restitution en vue de l'avenir, mais elle devait même supprimer celles établies pour le passé. C'est pourquoi l'art. 129 décharge les cautions qui auraient été fournies par les envoyés en possession provisoire.

Et remarquez que la décharge des cautions est complète, absolue, applicable au passé comme à l'avenir. Remarquez aussi que les cautions sont déchargées par cela seul qu'il s'est écoulé trente ans depuis l'envoi provisoire ou cent ans depuis la naissance de l'absent; elles sont déchargées par cela seul que le moment fixé par la loi pour que l'envoi définitif puisse être demandé est arrivé, que la demande ait été ou non formée : il n'est pas au pouvoir des cautions de requérir l'envoi définitif, et la loi n'a pas voulu subordonner leur libération à la diligence des envoyés. Les cautions sont donc déchargées par le seul effet du temps et de plein droit; c'est la loi qui les décharge.

§ IV. De la fin de l'absence.

382. L'absence prend fin.

1° *Par le retour de l'absent, ou par la preuve acquise de son existence.* — Les envoyés doivent alors restituer à l'absent ses biens, conformément à l'art. 132. Cette restitution peut être demandée par l'absent, quel que soit le délai écoulé depuis l'envoi définitif; car, par rapport à lui, il n'y a pas de prescription possible au profit des envoyés (arg. art. 125 chn. 2236).

2° *Par la preuve acquise du décès de l'absent.* — Il faut alors, pour régler sa succession, se reporter à l'époque de son décès. « *La succession de l'absent sera ouverte du jour de son décès prouvé, au profit des héritiers les plus proches à cette époque; et ceux qui auraient joui des biens de l'absent, seront tenus de les restituer, sous la réserve des fruits par eux acquis en vertu de l'article 127* » (art. 130).

Ce texte suppose, sans le dire, que ceux qui avaient la qualité d'héritiers présomptifs de l'absent au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, et qui ont obtenu à ce titre l'envoi, soit provisoire, soit définitif, n'étaient plus héritiers de l'absent au moment de son décès prouvé (*supra* n. 349). Alors les envoyés devront restituer les biens aux véritables héritiers. Mais il est clair qu'ils ne seront tenus d'aucune restitution, s'ils se trouvent être les héritiers les plus proches de l'absent au moment de son décès prouvé.

* 383. L'action qui appartient aux héritiers les plus proches de l'absent au jour de son décès prouvé, pour se faire restituer les biens faisant partie de sa succession par ceux qui en ont été envoyés en possession, n'est qu'un cas particulier de l'action en *pétition d'hérédité*. On désigne sous ce nom l'action par laquelle une personne réclame, en qualité d'héritier, des biens dépendant d'une succession, contre une personne qui détient ces biens à titre d'héritier. De sorte que, dans la pétition d'hérédité, le demandeur et le défendeur se prétendent héritiers, et c'est précisément la question qui est litigieuse entre eux. L'action en pétition d'hérédité pourrait être exercée contre les envoyés, soit pendant l'envoi provisoire, ce qui est admis par tout le monde, soit même après l'envoi définitif, ce qui est contesté par quelques-uns. Mais le doute ne paraît guère possible sur ce dernier point, en présence du texte de la loi qui ne fait aucune distinction. La généralité des termes de l'art. 130 est d'autant plus concluante à cet égard que sa rédaction primitive excluait l'exercice de notre action après l'envoi définitif. En effet, dans le texte du projet, après ces mots *du jour de son décès prouvé*, on lisait ceux-ci *pendant l'envoi provisoire*. Or ce dernier membre de phrase a été supprimé dans la rédaction définitive.

Les envoyés en possession, contre lesquels est exercée l'action en pétition d'hérédité, ne sont tenus de restituer les biens de l'absent que *sous la réserve des fruits par eux acquis en vertu de l'article 127* (art. 130). Donc si l'action est intentée pendant l'envoi provisoire, les envoyés seront autorisés à garder les quatre cinquièmes, les neuf dixièmes ou la totalité des fruits, suivant les distinctions établies en l'art. 127; ils ne restitueront par conséquent que le surplus. Et si l'action est intentée après l'envoi définitif, les envoyés auront dans tous les cas le droit de garder la totalité des fruits par eux perçus (arg. art. 127 al. final). En outre, dans cette dernière hypothèse, les demandeurs seront tenus de reprendre les biens dans l'état où ils se trouveront (arg. art. 132); car ils ne peuvent pas avoir plus de droits que n'en aurait l'absent, s'il réclamait lui-même la restitution de ses biens.

Qu'elle soit exercée pendant l'envoi provisoire ou après l'envoi définitif, l'action en pétition d'hérédité qui nous occupe ne peut être intentée utilement que dans les trente ans à dater du décès de l'absent (arg. art. 2262), sauf les suspensions et les interruptions de prescription telles que de droit. Toutefois la prescription ne commence à courir au profit des envoyés qu'à compter du jour où ils se sont mis en possession des biens de l'absent, parce qu'il s'agit d'une prescription acquisitive.

APPENDICE

DE L'ACTION EN PÉTITION DE LA POSSESSION DE L'HÉRÉDITÉ

* **384.** Pour qu'il y ait lieu à l'action en pétition d'hérédité relativement à la succession d'un absent, il faut que le décès de l'absent soit prouvé. Le demandeur en pétition d'hérédité vient alors dire aux envoyés : Je suis l'héritier le plus proche de l'absent au jour de son décès ; je suis par conséquent propriétaire de ses biens, que vous détenez en qualité d'envoyés, et j'en réclame la restitution.

Autre est l'action dite *en pétition de la possession de l'hérédité* ; celle-ci suppose que le décès de l'absent n'est pas prouvé. Le demandeur, dans cette action, vient dire aux envoyés : C'est moi qui étais l'héritier présomptif de l'absent au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles ; par erreur ou pour tout autre motif, vous avez obtenu l'envoi en possession à mon préjudice ; je viens en réclamer aujourd'hui le bénéfice, et je demande en conséquence que vous me mettiez en possession des biens de l'absent, afin que je les administre à votre place. Telle est l'action en pétition de la possession d'hérédité : elle est intentée par un héritier *putatif*, tandis que l'action en pétition d'hérédité est intentée par un héritier réél. Marcadé dit que l'action en pétition d'hérédité a pour objet la propriété des biens, tandis que l'action en pétition de la possession d'hérédité a pour objet la possession des biens seulement. La vérité est que les deux actions ont le même objet, savoir la possession des biens, que le réclamant n'a pas et qu'il veut obtenir. C'est par leur cause qu'elles diffèrent, et non par leur objet : dans la première, le réclamant se fonde sur ce qu'il est héritier et par suite propriétaire ; dans la deuxième, sur ce que c'est lui qui avait droit à l'envoi provisoire ou définitif.

* **385.** L'action en pétition de la possession de l'hérédité se prescrit par trente ans comme l'action en pétition d'hérédité (arg. art. 2262). Mais le point de départ des trente ans n'est pas le même pour les deux actions. Les trente ans courent du jour du décès de l'absent pour la pétition d'hérédité ; ils courent au contraire du jour de l'envoi provisoire pour l'action en pétition de la possession de l'hérédité.

Cette dernière action peut être exercée même après l'envoi définitif, si elle n'est pas prescrite : ce qui pourrait arriver, soit par suite de la suspension ou de l'interruption de la prescription, soit parce que l'envoi définitif aurait été prononcé moins de trente ans après l'envoi provisoire, sur ce fondement qu'il s'est écoulé cent années depuis la naissance de l'absent.

Si l'action dont s'agit est intentée pendant l'envoi provisoire, les envoyés, au cas où la prétention du demandeur serait reconnue fondée, devront restituer, outre les biens, la portion de fruits qui ne leur serait pas acquise aux termes de l'art. 127.

Que si la demande est intentée après l'envoi définitif, les envoyés ne pourront en aucun cas être tenus à la restitution des fruits, et ne seront obligés de restituer les biens eux-mêmes que *dans l'état où ils seront* (art. 132). En effet les ayant cause de l'absent ne peuvent pas avoir plus de droits que n'en aurait l'absent lui-même s'il reparaisait.

* **386.** Relativement à l'action en pétition d'hérédité, les enfants de l'absent restent soumis au droit commun ; ils ne pourront donc intenter cette action que dans les trente ans du décès prouvé, sauf les suspensions et interruptions de prescription telles que de droit. Mais les enfants et descendants de l'absent jouissent d'une faveur spéciale, que justifie leur titre, en ce qui concerne l'action en pétition de la possession de l'hérédité. « *Les enfants et descendants directs de l'absent pourront également, dans les trente ans, à compter de l'envoi définitif, demander la restitution de ses biens, comme il est dit en l'article précédent* » (art. 133).

Le privilège accordé aux enfants et descendants de l'absent consiste en ce qu'ils peuvent agir dans les trente ans à compter de l'envoi définitif, tandis que, si on leur eût appliqué le droit commun, ils n'auraient pu agir que dans les trente ans à compter de l'envoi provisoire. Mais leur droit n'est pas imprescriptible comme celui de leur père. D'ailleurs les enfants qui agissent après l'envoi définitif sont obligés de reprendre les biens dans l'état

où ils se trouvent (arg. art. 132 et 133); ils ne sauraient en effet avoir plus de droits que n'en aurait leur père s'il reparaissait.

Ainsi les descendants de l'absent sont privilégiés en ce qui concerne l'envoi en possession des biens de l'absent; ils peuvent réclamer cet envoi contre les collatéraux qui l'ont obtenu à leur préjudice, tant qu'il ne s'est pas écoulé trente ans à dater de l'envoi définitif.

* 387. On discute la question de savoir si le délai de trente ans à dater de l'envoi définitif, pendant lequel les enfants de l'absent peuvent agir, constitue une véritable prescription. Voici où apparaît l'intérêt de la question. S'il s'agit d'une véritable prescription, il y aura lieu à suspension au profit des enfants de l'absent, au cas où ils seraient mineurs ou interdits (arg. art. 2252), ce qui pourra beaucoup retarder la réalisation de la prescription. S'il s'agit au contraire, comme quelques-uns le pensent, d'une déchéance résultant de l'expiration d'un délai *préfix*, il n'y aura pas place pour la suspension, et les enfants seront, quoi qu'il arrive, nécessairement déchu au bout de trente ans, s'ils n'ont pas intenté leur action. On invoque en faveur de ce dernier sentiment l'art. 2264, aux termes duquel : « Les règles de la prescription sur d'autres objets que ceux mentionnés dans le » présent titre sont expliquées dans les titres qui leur sont propres ». Mais cet argument est bien fragile. L'art. 2264 ne signifie pas que les règles établies au titre *De la prescription* (et par conséquent celles relatives à la suspension) sont inapplicables aux prescriptions établies par le législateur en dehors du titre spécial consacré à la matière : il signifie simplement que le titre *De la prescription* n'abroge pas les règles particulières édictées par le législateur en dehors de ce titre pour certaines prescriptions spéciales. Ce qui rend d'ailleurs infiniment probable qu'il s'agit ici d'une véritable prescription, c'est que le délai fixé est précisément celui qui forme le droit commun en matière de prescription (art. 2262).

SECTION II

DES EFFETS DE L'ABSENCE, RELATIVEMENT AUX DROITS ÉVENTUELS QUI PEUVENT COMPÉTER A L'ABSENT

388. L'envoi en possession provisoire s'applique à tous les biens faisant partie du patrimoine de l'absent au moment de son départ ou de ses dernières nouvelles (art. 120), par conséquent à tous les droits qui, étant ouverts à son profit, lui étaient acquis à cette époque; peu importe d'ailleurs qu'il s'agisse de droits purs et simples, à terme ou conditionnels. Mais il ne s'applique qu'à ces biens, et par conséquent il ne comprend pas les droits qui, n'étant pas encore ouverts au profit de l'absent ne faisaient pas partie de son patrimoine. Les envoyés ne pourront, en cette qualité, élever aucune prétention à ces droits lorsqu'ils viendront à s'ouvrir plus tard. En effet c'est *du chef de l'absent* qu'ils les réclament. Pour réussir, ils doivent donc, conformément à la règle *Probatio incumbit ei qui agit*, prouver que l'absent était vivant lors de l'ouverture du droit, nul ne pouvant acquérir un droit s'il n'est vivant lors de son ouverture (arg. art. 725); or ils ne font pas cette preuve. Les droits dont ils s'agit sont ceux que la loi qualifie d'*éventuels*. V. la rubrique de la section.

Ainsi l'envoi en possession provisoire comprendra les droits appartenant à l'absent dans une succession ouverte au moment de

sa disparition ou de ses dernières nouvelles, alors même que ces droits ne seraient pas encore liquidés, mais non les droits ou plutôt les simples espérances qui pouvaient compéter à l'absent dans une succession non ouverte, ceux qui lui appartenaient comme simple héritier présomptif. Quand cette succession s'ouvrira, les envoyés, en cette qualité, ne pourront y prétendre aucun droit, car c'est du chef de l'absent qu'ils agissent et leur réclamation ne peut être fondée qu'à la condition de prouver que l'absent a acquis un droit à la succession et par conséquent qu'il était vivant lors de son ouverture (art. 725); or ils ne font pas cette preuve. Le droit à une succession non ouverte est un droit *éventuel*, *hoc sensu*. Il en est de même du droit résultant d'un legs tant que ce droit n'est pas ouvert par la mort du testateur et en outre par la réalisation de la condition si le legs est conditionnel (arg. art. 1039 et 1040).

* Nous en dirions autant du droit de retour conventionnel (arg. art. 951); du droit de l'héritier contractuel (arg. art. 1089) et du droit aux arrérages à échoir, après la disparition ou les dernières nouvelles de l'absent, d'une rente viagère établie sur sa tête (arg. art. 1983).

Tout ce que nous venons de dire est contenu en substance dans l'art. 135 ainsi conçu : « *Quiconque réclamera un droit échu à un individu dont l'existence n'est pas reconnue, devra prouver que ledit individu existait quand le droit a été ouvert : jusqu'à cette preuve il sera déclaré non recevable dans sa demande* ».

389. Maintenant que deviendra le droit dont il s'agit? Personne ne pouvant le recueillir du chef de l'absent, puisqu'il n'est pas prouvé que l'absent fût vivant lors de son ouverture, le droit sera naturellement attribué à ceux au préjudice desquels l'absent l'aurait recueilli. L'art. 136 fait l'application de ce principe à un cas particulier, celui d'une succession : « *S'il s'ouvre une succession à laquelle soit appelé un individu dont l'existence n'est pas reconnue, elle sera dévolue exclusivement à ceux avec lesquels il aurait eu le droit de concourir, ou à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut* ».

Une personne meurt laissant comme plus proches parents deux cousins germains, *Primus* et *Secundus*, dont l'un, *Primus*, est absent. Les enfants de l'absent viennent dire à *Secundus* : Vous n'avez droit qu'à une moitié de la succession. L'autre moitié forme la part de notre père *Primus*; nous la réclamons de son chef comme envoyés en possession provisoire de ses biens. *Secundus* répondra : Votre père, du chef de qui vous réclamez la moitié de la succession, n'a pu acquérir quelque droit dans cette succession qu'à la condition d'être vivant lors de son ouverture (art. 725). Prouvez donc que votre père était vivant à cette époque. Si vous ne faites

pas cette preuve, vous n'aurez pas démontré le bien-fondé de votre demande ; elle devra par suite être rejetée, et je prendrai toute la succession.

L'art. 136, nous l'avons dit, ne contient qu'une application particulière du principe posé par l'art. 135 ; c'est celle qui est de nature à se présenter le plus fréquemment. Mais le principe est général, et la jurisprudence l'étend avec raison à tous les cas où le sort du procès dépend de l'existence d'un absent. Ainsi il a été jugé qu'on ne doit pas tenir compte, pour la fixation de la réserve, des héritiers réservataires dont l'existence est incertaine lors de l'ouverture de la succession. De même une femme qui veut faire annuler un acte pour défaut d'autorisation doit prouver que son mari existait au moment où l'acte a été accompli (*infra* n. 397).

390. On voit que, lorsqu'il s'agit de droits éventuels, la loi considère comme décédés les titulaires qui sont absents lors de l'ouverture de ces droits, et qu'elle les attribue, à leur exclusion, à ceux qui étaient appelés concurremment avec eux, ou même à ceux qui n'étaient appelés qu'à leur défaut.

* Ce principe donne la solution d'une question sur laquelle la controverse paraît aujourd'hui éteinte. Dans les successions où la représentation est admise, les enfants de l'héritier dont l'existence était incertaine lors de l'ouverture de la succession peuvent-ils être admis à le représenter ? Ainsi un individu meurt, laissant deux enfants, dont l'un est absent. Les enfants de l'absent pourront-ils représenter leur père pour arriver à la succession de leur aïeul concurremment avec leur oncle ? Oui ; car la loi considère ici l'absent comme décédé, ce qui permet à ses enfants de le représenter. Et c'est la réponse toute simple que feront les enfants, si on leur objecte qu'aux termes de l'art. 744 on ne représente pas les personnes vivantes, et qu'ils ne peuvent par conséquent représenter leur père qu'à la condition de prouver son décès à l'époque de l'ouverture de la succession. D'ailleurs les enfants pourraient dire à leur adversaire : Ou notre père était vivant, ou il était mort lors de l'ouverture de la succession ; choisissez. S'il était vivant, il avait droit à sa part et nous la réclamons de son chef ; s'il était mort, nous avons droit de le représenter. En toute hypothèse donc, vous ne pouvez pas prétendre à la totalité de la succession.

391. Le principe consacré par l'art. 135 s'applique toutes les fois que l'existence du titulaire est incertaine lors de l'ouverture du droit. Or il n'est pas nécessaire pour cela que son absence ait été déclarée ; il suffit qu'il y ait absence présumée. La remarque en a été faite au conseil d'Etat, et, pour qu'il n'y eût aucun doute à cet égard, on a remplacé le mot *absent*, qui figurait dans la rédaction primitive, par les mots *dont l'existence ne sera pas reconnue*. Mais au moins faut-il qu'il y ait incertitude sur l'existence du titulaire du droit. Il ne suffirait pas qu'elle fût méconnue par les intéressés. La loi ne parle pas d'un individu dont l'existence n'est pas reconnue par les intéressés, mais bien d'un individu *dont l'existence n'est pas reconnue*, c'est-à-dire dont l'existence est douteuse pour tout le monde. En un mot, pour que les art. 135 et 136 soient applicables, il faut que le titulaire du droit soit au moins présumé absent. S'il est simplement non-présent, il y aura lieu à l'application des mesures conservatoires (apposition des scellés et inventaire) pres-

crites par les art. 909-3°, 928, 931 et 942 C. pr. En cas de difficulté, c'est au juge qu'il appartient de décider s'il y a simplement non-présence ou présomption d'absence, et son appréciation sur ce point est souveraine. Cass., 21 nov. 1887, S., 88. 1. 324, et 23 nov. 1891, S., 92. 1. 16. Et il faut bien en vérité qu'il en soit ainsi; autrement chacun courrait le risque, en s'éloignant de son domicile pour quelques jours, de voir les droits qui viendraient à s'ouvrir à son profit pendant son absence, usurpés par un insolvable contre lequel il n'aurait souvent à son retour qu'un recours illusoire.

* Un droit éventuel s'étant ouvert, et l'existence de l'un des titulaires de ce droit se trouvant alors incertaine, il se peut que, par un sentiment de délicatesse, les conjoints de l'absent ne veuillent pas profiter du bénéfice de l'art. 136, et qu'ils agissent comme si son existence était démontrée, lui faisant par exemple sa part dans la succession dont il s'agit. Si plus tard l'absence est déclarée, les biens ainsi attribués à l'absent devront-ils être compris dans l'envoi provisoire accordé à ceux qui ont des droits subordonnés à son décès? La négative résulte de cette règle que l'envoi provisoire ne s'applique qu'aux biens et aux droits qui appartenaient à l'absent au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles (art. 120). Que deviendront alors ces biens? Ils devront être attribués à ceux auxquels les attribue l'art. 136 et qui auraient pu s'en emparer dès le début, c'est-à-dire à ceux appelés au défaut de l'absent : ce qui est de toute justice, car ils ne doivent pas être victimes de leur délicatesse. Ils pourraient même demander l'attribution de ces biens avant la déclaration d'absence, et lorsque les doutes qui existaient au début sur l'existence de l'absent se sont accentués.

* **392.** Ceux à qui un droit éventuel est attribué à l'exclusion d'un absent, par application de l'art. 136, ne recueillent pas ce droit en qualité d'envoyés en possession provisoire, mais bien en qualité de propriétaires, ou mieux de titulaires du droit. Cela vaut la peine d'être noté; car autre chose est l'envoi en possession provisoire, autre chose l'attribution faite en vertu de l'art. 136, ainsi qu'on va le voir.

1° L'envoi en possession provisoire ne peut être obtenu qu'après la déclaration d'absence, c'est-à-dire au plus tôt cinq ou onze années, suivant les cas, après la disparition ou les dernières nouvelles de l'absent. Au contraire la dévolution, opérée aux termes de l'art. 136, se produit par cela seul que l'existence du titulaire est incertaine au moment de l'ouverture du droit.

2° La loi, dans l'intérêt de l'absent, impose aux envoyés en possession provisoire certaines mesures conservatoires, telles que l'inventaire et la caution. Au contraire aucune garantie de restitution n'est exigée de ceux qui sont appelés à recueillir un droit éventuel à l'exclusion d'un absent. On ne saurait donc approuver les quelques décisions judiciaires qui ont imposé en pareil cas l'obligation de faire inventaire. La loi peut être justement critiquée pour son défaut de prévoyance, mais il n'appartient pas au juge de réformer son œuvre. Rappelons-nous le mot de d'Argentré : *Stulta sapientia quæ vult lege sapientior esse*. En ce sens, Dijon, 23 mars 1888, S., 88. 2. 240.

3° Les envoyés en possession provisoire possèdent à titre précaire; par suite ils ne peuvent jamais prescrire contre l'absent les biens qu'ils détiennent en qualité d'envoyés (arg. art. 125 et 2236). Au contraire ceux qui recueillent des biens au lieu et place d'un absent, en vertu de l'art. 136, possèdent ces biens à titre de propriétaires et peuvent en prescrire la propriété contre lui. C'est ce que dit l'art. 137, ainsi conçu : « *Les dispositions des deux articles précédents auront lieu sans préjudice des actions en pétition d'hérédité et d'autres droits, lesquels compèteront à l'absent ou à ses représentants ou ayants-cause, et ne s'éteindront que par le laps de temps établi pour la prescription* ».

Nous savions déjà que la dévolution, faite aux termes de l'art. 136, n'a lieu que sous la réserve des droits de l'absent ou de ses ayant-cause, s'il vient à être établi plus tard

que l'absent était vivant au moment de l'ouverture du droit. Mais l'action, que la loi accorde aux intéressés pour faire valoir ces droits, est prescriptible comme toutes les actions en général.

Par quel délai se prescrira-t-elle ? Cela dépend des hypothèses, et voilà pourquoi la loi n'a pas indiqué le délai de la prescription, s'en référant sur ce point aux règles du droit commun. Ordinairement la prescription s'accomplira par trente ans (art. 2262). C'est ce qui arriverait dans le cas d'une hérédité ouverte au profit de l'absent, et recueillie par d'autres en son lieu et place. L'action, qu'il intentera en sa qualité d'héritier, lui ou ses ayant cause, pour se faire restituer les biens dépendant de cette hérédité par ceux qui les détiennent en qualité d'héritiers (action en pétition d'hérédité), se prescrira par trente ans à compter du jour où ceux appelés à son défaut se sont mis en possession. La prescription pourrait être accomplie plus tôt au profit de ceux qui possèdent les biens dépendant de la succession, s'ils les possédaient en une qualité autre que celle d'héritiers ou de successeurs universels des héritiers, par exemple en qualité d'acheteurs. Ce ne serait plus alors la pétition d'hérédité que l'absent exercerait, mais bien une action en revendication. Or l'action en revendication peut se prescrire par dix à vingt ans, quand il s'agit d'un immeuble et que le possesseur a juste titre et bonne foi (art. 2265) ; elle peut même être prescrite immédiatement quand il s'agit d'objets mobiliers corporels (art. 2279).

Dans le cas où c'est le bénéficiaire d'un legs que réclame l'absent de retour, la prescription s'accomplira par trente ans également. Elle s'accomplirait par cinq années seulement, s'il s'agissait des arrérages d'une rente viagère dont l'absent de retour viendrait demander le paiement (art. 2277).

4° Les envoyés en possession provisoire ne gagnent ordinairement qu'une partie des fruits par eux perçus (art. 127). Au contraire, ceux qui ont recueilli au lieu et place de l'absent les biens dévolus à celui-ci, gagneront tous les fruits par eux perçus, à la condition qu'ils soient de bonne foi. « *Tant que l'absent ne se représentera pas, ou que les actions ne seront point exercées de son chef, ceux qui auront recueilli la succession, gagneront les fruits par eux perçus de bonne foi* » (art. 138). La bonne foi consiste ici dans l'ignorance du droit de celui qui était véritablement héritier, dans la croyance qu'il était décédé lors de l'ouverture du droit. La bonne foi du possesseur cesse dès qu'il connaît la vérité, et il cesse alors de gagner les fruits.

Ce que la loi dit des biens dépendant d'une succession échue à l'absent, doit être étendu à tous les biens que d'autres auraient recueillis au lieu et place d'un absent, par application du principe que consacre l'art. 135, par exemple aux biens légués à l'absent, et que l'héritier légitime aurait conservés parce que l'existence du légataire à l'époque de l'ouverture du legs n'était pas démontrée. La loi n'a parlé que du cas où le droit réclamé par l'absent est un droit de succession, parce que c'est le cas le plus fréquent, et puis aussi peut-être parce qu'on aurait pu être tenté, si la loi ne s'en était pas expliquée, d'appliquer ici les dispositions du droit romain qui obligeait le possesseur de bonne foi d'une hérédité à restituer tout ce dont il se trouvait enrichi au moment de la demande par suite des fruits qu'il avait perçus, c'est-à-dire tous les fruits qu'il n'avait pas consommés (L. 40, § 1, D., *De hereditatis petitione*).

393. Les actes accomplis relativement aux biens d'une succession par ceux qui l'ont appréhendée, en vertu de l'art. 136, au lieu et place d'un absent, sont-ils valables par rapport à l'absent de retour ou à ses ayant cause qui démontrent son existence à l'époque de l'ouverture de la succession ? Même question, si la succession a été appréhendée par un héritier d'un degré plus éloigné, au préjudice d'un héritier présent plus proche qui n'a pas fait valoir ses droits. En d'autres termes, les actes accomplis par l'héritier apparent sont-ils valables par rapport à l'héritier véritable dont les droits sont aujourd'hui reconnus ? La question présente surtout de l'importance au point de vue des aliénations consenties par l'héritier apparent. L'héritier apparent a vendu par exemple un bien héréditaire ; le véritable héritier, qui était absent lors de l'ouverture de l'hérédité, sera-t-il tenu de respecter cette vente, ou pourra-t-il la tenir pour non avenue, et reprendre le bien

aliéné entre les mains du détenteur? On suppose bien entendu que ce tiers détenteur n'est pas protégé par la prescription, laquelle le mettrait à l'abri de toute action.

Cette question fait difficulté; et cependant, si l'on s'en tient aux principes, sa solution paraît toute simple.

L'héritier apparent était propriétaire; la loi lui attribue implicitement ce titre dans l'art. 136. Mais il n'était propriétaire que sous condition résolutoire, sous cette condition résolutoire que l'existence du véritable ayant droit lors de l'ouverture de la succession serait plus tard démontrée; car la loi n'attribue la succession ouverte au profit de l'absent à ceux appelés à son défaut, que sous la réserve de ses droits. Or c'est un principe certain que nul ne peut transférer plus de droits qu'il n'en a. Donc l'héritier apparent, qui n'était propriétaire que sous condition résolutoire, n'a pu transférer que des droits résolubles, et l'événement qui produira la résolution de son droit de propriété entraînera nécessairement par voie de conséquence la résolution des droits qu'il aura lui-même consentis sur les choses héréditaires, conformément à la maxime *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis* (art. 2125). Le véritable héritier pourra donc tenir pour nuls les actes accomplis par l'héritier apparent, et revendiquer par suite les biens héréditaires aliénés par celui-ci.

Sans faire intervenir la notion de la condition résolutoire, on peut encore dire avec M. Huc (*Com. th. et prat. du code civ.* t. I, n. 452) que l'héritier apparent, la vérité une fois reconnue, se trouve n'avoir jamais été propriétaire. C'est donc sans droit qu'il a appréhendé l'hérédité; par suite les aliénations qu'il a consenties émanent *a non domino* et ne font aucun obstacle à la revendication du véritable héritier dont les droits sont aujourd'hui reconnus.

Ces principes étant certains, on s'étonne que la question qui nous occupe puisse être controversée. La difficulté vient de ce que la solution dictée par les principes est en opposition avec les nécessités de la pratique, et conduit à des conséquences qui peuvent paraître d'une rigueur excessive : on arrive à briser des contrats que l'on voudrait maintenir, à ne considérer que la bonne foi des parties et l'impossibilité où elles se sont trouvées de connaître la vérité. Aussi la jurisprudence, sur laquelle la considération des faits exerce une très grande influence, a-t-elle trop souvent en cette matière reculé devant la rigoureuse application des principes, et elle a été encouragée dans cette voie par bon nombre d'auteurs. La meilleure preuve peut-être que l'on puisse donner de la fausse direction dans laquelle la jurisprudence et une partie de la doctrine se sont engagées sur cette question, c'est l'infinie diversité des systèmes proposés par les auteurs dissidents, et le peu d'harmonie qui existe entre les différentes décisions de la jurisprudence. C'est toujours ce qui arrive quand on veut faire la loi au lieu de l'appliquer : chacun la fait à sa guise, et les décisions des arrêts ne concordent pas plus que les opinions des auteurs. Aussi n'entrerons-nous pas dans l'exposé des divers systèmes qui ont été proposés. Nous nous bornerons à indiquer, non pas le système de la jurisprudence, — car elle n'en a pas : elle flotte au gré des faits, — mais les solutions qu'elle a données dans les principales hypothèses sur lesquelles elle a été appelée à statuer. La jurisprudence considère comme nuls à l'égard de l'héritier véritable : 1^o la vente que l'héritier apparent a faite de l'hérédité tout entière; 2^o les donations entre vifs ou testamentaires de biens héréditaires, faites par ce même héritier; 3^o les cessions qu'il a consenties de créances héréditaires. Elle déclare valables au contraire les actes d'administration (sur ce point la doctrine est d'accord avec la jurisprudence), les transactions (Cass., 10 avril 1888, S., 89. 1. 457, D., 89. 1. 278, et les ventes d'immeubles accomplis par l'héritier apparent. Toutefois, pour valider les ventes d'immeubles, elle exige certaines conditions qui ne sont pas toujours les mêmes : tantôt la bonne foi de l'acquéreur seulement, tantôt la bonne foi du vendeur et de l'acquéreur... La cour de cassation dit dans un arrêt du 4 août 1885 (S., 86. 1. 120, D., 86. 1. 310) : « Si les tiers peuvent valablement acquérir de l'héritier apparent un bien de la succession, c'est à la condition qu'ils soient de bonne foi et qu'ils aient traité sous l'influence de l'erreur commune ». Cpr. Limoges, 7 décembre 1886, S., 87. 2. 29. L'existence de la bonne foi, à laquelle on attache tant d'importance, ne peut pourtant produire d'autres effets que ceux déterminés par la loi; or les seuls effets légaux de la bonne foi, dans le

droit relatif aux biens, sont l'acquisition des fruits (art. 549 et 550), le droit à une indemnité pour les plantations et constructions (art. 555 al. final) et l'abréviation des délais de la prescription (art. 2265, 2279).

SECTION III

DES EFFETS DE L'ABSENCE, RELATIVEMENT AU MARIAGE

394. Le mariage, dans notre droit, ne peut être dissous que par le décès prouvé de l'un des époux ou par le divorce (art. 227). Donc l'absence, quelque prolongée qu'elle soit, n'entraînera pas la dissolution du mariage de l'absent; car l'absence ne prouve pas la mort, elle n'est même pas une présomption légale de mort. La loi a bien pu, sur ce fondement que le décès de l'absent est devenu plus ou moins probable, régler provisoirement le sort de ses biens comme il aurait été réglé en cas de décès prouvé, sauf à en assurer la restitution au profit de l'absent s'il reparait; mais elle ne pouvait, on le comprend, à aucune période de l'absence, déclarer le mariage de l'absent provisoirement dissous, ce qui aurait eu logiquement pour conséquence d'autoriser le conjoint présent à contracter provisoirement une nouvelle union. La nature même du mariage ne permet pas plus de le dissoudre provisoirement que de le contracter provisoirement. Le conjoint présent ne peut donc pas contracter un nouveau mariage, tant qu'il ne rapporte pas la preuve du décès de l'absent, se fût-il écoulé plus de cent ans depuis la naissance de celui-ci (arg. art. 147).

395. Cependant, en fait, il peut arriver que l'époux présent ait contracté un nouveau mariage; les défenses formulées par la loi ne sont pas toujours respectées. Ce mariage devra-t-il nécessairement être annulé? Non; car le seul obstacle qui s'opposait à sa validité était l'existence du conjoint absent, et cette existence n'est pas démontrée. En un mot, on ne permet pas à l'époux présent de se remarier tant que dure l'absence de son conjoint, parce que la mort de celui-ci n'est pas certaine; mais si, en fait, l'époux présent a contracté un nouveau mariage, sa nullité ne pourra pas être demandée tant que l'absence durera, parce que l'existence du conjoint absent à l'époque de la célébration de ce deuxième mariage n'est pas démontrée. C'est ce qui résulte de l'art. 139, ainsi conçu : « *L'époux absent dont le conjoint a contracté une nouvelle union, sera seul recevable à attaquer ce mariage par lui-même, ou par son fondé de pouvoir muni de la preuve de son existence* ».

Bien que ce texte parle de l'époux *absent*, expression qui, dans la rigueur du langage juridique, désigne l'époux *déclaré absent*, on

admet en général que l'art. 139 est applicable même au cas où l'époux, au préjudice duquel le nouveau mariage a été contracté, est simplement présumé absent. *Eadem est ratio*. Nous avons d'ailleurs remarqué déjà que le langage de la loi n'est pas toujours, dans cette matière, d'une précision rigoureuse.

Les auteurs s'accordent aussi à peu près pour décider que le mandataire dont parle l'art. 139 est un mandataire *spécial*, c'est-à-dire un mandataire spécialement chargé par l'absent d'attaquer le mariage contracté par son conjoint, et non un mandataire général. En effet le mandat ne comprend que ce qu'il a été dans l'intention des parties d'y faire entrer; or le mandat général, donné par l'absent avant son départ, n'était vraisemblablement relatif dans sa pensée qu'à l'administration de ses biens; il ne comprenait pas par conséquent le droit d'attaquer le mariage que pourrait contracter son conjoint.

Il s'agit donc d'un mandataire spécial.

La loi dit que la demande en nullité, formée par ce mandataire, ne sera recevable qu'autant qu'il sera muni de la preuve de l'existence de l'absent. Mais la procuration donnée par l'absent n'est-elle pas une preuve certaine de son existence? Un mort peut-il donc donner une procuration? Cela est vrai. Mais d'abord la procuration peut avoir été donnée par l'absent, avant que le mariage fût contracté, et alors qu'il était seulement projeté. Dans ce cas la procuration ne prouve pas que l'absent fût vivant au moment de la célébration du mariage, ce qui est cependant nécessaire pour que le mariage soit nul. Et puis le mandat s'éteint par la mort du mandant; or cette mort peut être probable, si la procuration est de date ancienne. Dans ces deux cas, le mandataire pourra être obligé de se munir de la preuve de l'existence de l'absent.

396. Voici une question qui est beaucoup plus délicate. Tant que l'absence dure, l'application de l'art. 139 est sans difficulté : dans l'incertitude où l'on est sur le point de savoir si l'absent existait ou s'il était décédé lors du mariage de son conjoint, la loi ne permet pas que ce mariage soit attaqué. Mais voilà que l'absence cesse; on reçoit des nouvelles de l'absent, ou même il est là, de retour sur les lieux. Faudra-t-il dire encore que lui seul est recevable à attaquer le mariage contracté par son conjoint, et que, s'il juge bon de garder le silence, nul ne pourra l'attaquer à sa place. On l'a soutenu. Mais l'exposé seul des conséquences auxquelles ce système conduirait ne doit-il pas suffire pour le faire rejeter? Comment! parce que l'absent trouve à propos de garder le silence, il faudra que tous les intéressés se taisent aussi! La société elle-même, représentée par le ministère public, n'aura pas le droit d'élever la voix pour faire cesser le scandale causé par la situation d'un homme qui a légalement deux femmes présentes, ou d'une femme qui a deux maris? Il faudrait un texte bien formel pour que l'on fût condamné à accepter une solution aussi immorale! L'art. 139 l'est-il suffisamment, ainsi que l'ont prétendu plusieurs auteurs et tout récemment M. Laurent? S'il en était ainsi, on devrait s'incliner; car il n'appartient pas à l'interprète de réformer la loi, sous prétexte que son application peut

entraîner des inconvénients. Mais il nous semble que la loi ne dit pas ce qu'on lui fait dire. Elle parle de l'*époux absent* ; or l'*époux absent*, c'est celui dont l'existence est incertaine. Tant que cette incertitude durera, personne ne pourra attaquer le mariage, excepté l'absent lui-même ou son fondé de pouvoir. Mais une fois que l'absence aura cessé, le droit commun reprendra son empire, et la nullité du mariage pourra être demandée par toutes les personnes désignées en l'art. 184.

D'après une autre interprétation, la nullité du mariage, contracté par le conjoint de l'absent, ne pourrait être demandée que par l'absent ou son fondé de pouvoir tant que l'absent n'est pas de retour sur les lieux, et cela alors même que son existence serait démontrée. Aussitôt que l'absent serait de retour, toutes les personnes que désigne l'art. 184 pourraient demander la nullité. — Au point de vue rationnel, ce système est assez satisfaisant ; car, aussitôt que l'absent est de retour sur les lieux, il y a un scandale à faire cesser, et on ne comprendrait pas que son silence pût en autoriser la continuation ; tandis qu'il n'y a pas de scandale, ou du moins le scandale est moindre, quand l'absent n'a pas encore reparu à son domicile, bien qu'on ait de ses nouvelles, et on comprendrait que cette circonstance eût pu déterminer le législateur à refuser à tout autre que lui le droit d'attaquer le mariage. Nous répondons : La question est de savoir, non pas ce que le législateur aurait pu ou dû faire, mais bien ce qu'il a fait. Dans l'interprétation qui vient d'être indiquée, on entend les mots *l'époux absent* de l'art. 139 comme signifiant *l'époux qui n'est pas présent sur les lieux*. Or d'une part, tel n'est pas le sens ordinaire de ces expressions, et d'autre part, ce n'est pas celui qu'elles ont dans l'article suivant (art. 140). Est-il probable que, dans deux articles voisins et relatifs à un même ordre d'idées, le législateur ait employé les mêmes mots en leur donnant un sens différent ?

397. La femme dont le mari est absent n'est pas relevée de l'incapacité dont elle est atteinte en sa qualité de femme mariée. Seulement, comme il lui est impossible d'obtenir l'autorisation de son mari, cette autorisation devra être suppléée par celle de la justice (art. 222).

Mais supposons qu'en fait, la femme ait contracté sans l'autorisation de la justice ; devra-t-elle, pour ce seul motif, obtenir sur sa demande la nullité du contrat ? Non, surtout si, en contractant, elle s'est déclarée veuve ; car peut-être le mari était-il mort à l'époque où le contrat a été passé, auquel cas le contrat est certainement valable, l'incapacité de la femme cessant avec le mariage. La femme demanderesse en nullité devra donc prouver que son mari était vivant à l'époque où elle a contracté ; cette condition est en effet nécessaire au succès de son action, et tout demandeur doit prouver le bien-fondé de sa demande. A défaut de cette preuve, elle devrait succomber. En ce sens, Caen, 13 décembre 1875, S., 76. 2. 137, D., 77. 2. 108, et Cass., 7 mai 1889, D., 90. 1. 119, S., 92. 1. 396.

398. Aux termes de l'art. 140 : « Si *l'époux absent n'a point laissé de parents habiles* à lui succéder, *l'autre époux pourra demander l'envoi en possession provisoire* ». Ce texte se borne à formuler une solution que l'on aurait très facilement déduite des art. 120 et 767 combinés ; il est donc tout à fait inutile.

CHAPITRE IV

DE LA SURVEILLANCE DES ENFANTS MINEURS DU PÈRE QUI A DISPARU

399. Un père ou une mère, dont les enfants sont mineurs, disparaît. Comment sera réglé le sort des enfants ? Qui exercera sur eux la puissance paternelle ou la puissance tutélaire ? Telle est la double question que prévoit et règle notre chapitre. Il la règle incomplètement toutefois ; car d'une part, il ne s'occupe que de la

disparition du père, et d'autre part, il ne parle que du cas où l'absence est présumée, laissant de côté celui où elle est déclarée. Nous aurons à combler ces lacunes.

I. *Le père ou la mère qui a disparu est en état d'absence présumée.*

400. Toutes les dispositions de notre chapitre sont exclusivement relatives à ce cas (*infra* n. 406). Toutes aussi, sauf celle de l'art. 143, sont relatives à la disparition du père seulement.

Nous allons examiner successivement les conséquences de la disparition du père et celles de la disparition de la mère.

1. *Disparition du père.*

401. La loi prévoit trois hypothèses :

1° *Disparition du père, la mère étant vivante.* — Ce cas est régi par l'art. 141, ainsi conçu : « *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* ». Tant que dure le mariage, la puissance paternelle sur la personne et sur les biens des enfants mineurs appartient collectivement au père et à la mère (art. 372). Il est donc tout naturel que, lorsque le père, qui seul a l'exercice de cette puissance pendant la durée du mariage (art. 373), vient à disparaître, cet exercice passe à la mère. C'est ce que dit en substance notre article, qui permet à la mère d'exercer tous les droits du mari relativement à l'éducation des enfants et à l'administration de leurs biens, c'est-à-dire tous les droits résultant de la puissance paternelle sur la personne et sur les biens des enfants; car les droits sur la personne des enfants se résument dans le droit d'éducation, et les droits sur leurs biens dans le droit d'administration.

La mère aura donc sur la personne de ses enfants le droit de correction, l'un des corollaires du droit d'éducation. Toutefois elle ne pourra l'exercer qu'avec la restriction qui lui est imposée pour le cas où elle est veuve par l'art. 381, car cette restriction tient au sexe. Il impliquerait d'ailleurs contradiction que la femme pût exercer le droit de correction avec plus d'étendue quand son mari est absent que quand il est mort. La loi, il est vrai, dit que la femme exerce « tous les droits du mari », par conséquent le droit de correction; mais elle ne dit pas qu'elle les exercera de la même manière que lui.

Sur les biens de ses enfants, la femme aura le droit d'administration qui appartenait au père (art. 389). Aura-t-elle besoin, pour accomplir les différents actes que cette administration comporte, de l'autorisation de la justice, par application de l'art. 222? Non : cette exigence rendrait l'administration impossible. Nous voyons d'ailleurs que, dans tous les cas où la femme est autorisée par la loi ou par contrat à administrer son propre patrimoine, elle n'a pas besoin d'une autorisation spéciale pour chaque acte d'administration (C. civ., art. 223, 1449, 1536, 1576; C. co., art. 5).

A notre avis la femme aura aussi sur les biens de ses enfants le droit de jouissance légale de l'art. 384. Puisqu'elle a les charges de l'administration, il est juste qu'elle en ait aussi les émoluments. Et toutefois cette solution est gravement contestée, principalement pour ce motif que l'art. 384 n'accorde le droit de jouissance légale à la mère qu'*après la dissolution du mariage*. Cela est vrai ; mais ici, comme partout, *lex statuit de eo quod plerumque fit*. Le cas d'absence du mari, précisément parce qu'il est rare, ne s'est pas présenté à l'esprit du législateur. C'est ainsi qu'il a pu dire, dans l'art. 384, que le droit de jouissance légale appartient au père durant le mariage, de même qu'il a dit, dans l'art. 373, que le père seul exerce la puissance paternelle durant le mariage. Et puisque les termes de l'art. 373 ne font pas obstacle à ce que la puissance paternelle passe à la mère durant le mariage, en cas d'absence du mari, ceux de l'art. 384 ne doivent pas non plus faire obstacle à ce que, dans la même hypothèse, la femme ait le droit de jouissance légale. En sens contraire, Alger, 29 mai 1886, s. cass., D., 91. 1. 413.

Le pouvoir, que la femme exerce, en cas d'absence présumée de son mari, sur la personne et sur les biens de ses enfants, n'est pas une tutelle. La tutelle ne s'ouvre que par la mort de l'un des époux (art. 390), et la mort de l'absent n'est pas prouvée, elle n'est même pas présumée. D'ailleurs la loi décide que la femme exerce *les droits du mari*. Or le mari n'était pas tuteur, mais administrateur légal (art. 389). Il en résulte qu'il n'y aura pas lieu de nommer un subrogé tuteur à la mère, et que ses biens ne seront pas grevés d'une hypothèque légale au profit de ses enfants mineurs.

402. 2^o Disparition du père, la mère étant déjà décédée. — Cette hypothèse, ainsi que la suivante est régie par l'art. 142 ainsi conçu : « *Six mois après la disparition du père, si la mère était décédée lors de cette disparition, ou si elle vient à décéder avant que l'absence du père ait été déclarée, la surveillance des enfants sera déferée, par le conseil de famille, aux ascendants les plus proches, et, à leur défaut, à un tuteur provisoire* ».

Ici le père était, au moment de sa disparition, tuteur de ses enfants ; car la tutelle s'était ouverte pour lesdits enfants par la mort de leur mère et avait été déferée de plein droit au père (art. 390). La loi dispose qu'avant de prendre les mesures dont il va être parlé on attendra pendant six mois ; il ne faut pas s'ingérer précipitamment dans les affaires de l'absent. Durant ces six mois il pourra y avoir lieu, sur la réquisition des parties intéressées, à l'application des mesures conservatoires prescrites par les art. 112 et s. Une fois les six mois expirés, « la surveillance des enfants » sera déferée, par le conseil de famille, aux ascendants les plus proches, et, à leur défaut, à un tuteur provisoire ».

Ici c'est d'une véritable tutelle qu'il s'agit, bien que la loi emploie le mot *surveillance*. Ce n'est guère douteux, quand, à défaut d'ascendants, le conseil de famille défère la surveillance des enfants à un collatéral ou même à un étranger : la loi le désigne en effet sous le nom de TUTEUR *provisoire*. Et comment dès lors en serait-il autrement quand la surveillance est déferée à un ascendant ? Comment le même mot de *surveillance* pourrait-il désigner une tutelle, quand la surveillance est confiée à un autre qu'à un ascendant, et autre chose qu'une tutelle quand elle est déferée à un ascendant ? Il y a donc tutelle ; par suite il y a lieu à la nomination d'un subrogé tuteur (arg. art. 420), et le tuteur est grevé sur ses biens d'une hypothèque légale (arg. art. 2121). D'ailleurs cette tutelle est provisoire, ce qui signifie qu'elle devra être restituée au père s'il reparait.

* Au lieu de désigner elle-même l'ascendant qui devra gérer la tutelle à la place du

père, comme elle le fait dans les autres cas où il y a lieu à la tutelle des ascendants (art. 402 et s.), la loi laisse ici au conseil de famille le soin de faire cette désignation. C'est un défaut de concordance. Le projet du titre *De la tutelle* laissait au conseil de famille, dans tous les cas où il y avait lieu à la tutelle des ascendants, le soin de désigner celui des ascendants qui serait tuteur. L'art. 142 contient une application de ce système. Mais, lors de la discussion du titre *De la tutelle*, on adopta un système nouveau d'après lequel l'ascendant chargé de gérer la tutelle était désigné de plein droit par la loi elle-même, et non par le conseil de famille. Les art. 402 et suivants furent rédigés et votés en ce sens. Ce changement aurait dû entraîner comme conséquence logique le remaniement de l'art. 142, en vue de le mettre en harmonie avec le nouvel état de choses; on n'y a pas songé.

* Ce que la loi n'a pas fait, l'interprète n'a pas le droit de le faire à sa place. Nous ne saurions donc admettre avec certains auteurs que l'ascendant, chargé de gérer provisoirement la tutelle à la place du père absent, sera celui que les art. 402 et suivants désigneraient de plein droit pour remplacer le père si son décès était prouvé. On abroge ainsi l'art. 142 *in parte qua*; or ce droit n'appartient qu'au législateur.

403. 3° Disparition du père, suivie du décès de la mère avant la déclaration d'absence (art. 142). Aussitôt après la disparition du père, la mère exerce à sa place la puissance paternelle, comme nous l'avons vu tout à l'heure. Si elle vient à mourir, cet événement donne ouverture à la tutelle de ses enfants mineurs, et cette tutelle revient de plein droit au père absent (art. 390). On retombe alors dans l'hypothèse précédente : le père est tuteur et la mère est morte. Voici donc comment il y aura lieu de procéder. Si, au moment de la mort de la mère, il s'est écoulé plus de six mois depuis la disparition du père, on appliquera de suite l'art. 142, c'est-à-dire que le conseil de famille défèrera immédiatement la surveillance des enfants aux ascendants les plus proches, ou, à leur défaut, à un tuteur provisoire. Dans le cas contraire, on n'appliquera l'art. 142 qu'à l'expiration des six mois.

2. Disparition de la mère.

404. La loi n'a pas prévu cette hypothèse; mais il est facile à l'interprète de suppléer à son silence dans les différents cas qui peuvent se présenter et qui sont au nombre de trois.

1° Disparition de la mère, le père étant présent. Cet événement ne changera rien à la situation du père par rapport à ses enfants. Jusqu'à la déclaration d'absence, il continuera donc à exercer la puissance paternelle comme avant la disparition de la mère et au même titre.

2° Disparition de la mère, le père étant décédé. La mère était tutrice au moment de sa disparition (art. 390). Il y aura donc lieu, six mois après cette disparition, à la délation provisoire de la tutelle, conformément à l'art. 142 qui doit être appliqué ici par analogie.

3° Disparition de la mère, suivie du décès du père avant la déclaration d'absence. On appliquera encore ici par analogie l'art. 142.

405. Aux termes de l'art. 143 : « *Il en sera de même dans le cas où l'un des époux qui aura disparu, laissera des enfants mineurs issus d'un mariage précédent* ». Un veuf ou une veuve, ayant des enfants mineurs de son premier mariage, en contracte un nouveau, puis vient à disparaître, ses enfants du premier lit étant mineurs et sous sa tutelle. Notre article dit qu'on appliquera l'art. 142, c'est-à-dire que, six mois après la disparition, la tutelle appartenant à l'absent sera déférée provisoirement par le conseil de famille aux ascendants les plus proches, ou, à leur défaut, à un tuteur provisoire. A vrai dire cette disposition était inutile; le cas dont il s'agit rentrait en effet dans les prévisions de l'art. 142, puisque l'un des auteurs de l'enfant est décédé quand l'autre vient à disparaître. Cette particularité que le père survivant ou la mère survivante qui a disparu est remarié, ne pouvait pas empêcher l'application de l'art. 142; car le nouveau conjoint est un étranger par rapport aux enfants du premier lit, et la loi ne pouvait pas compter sur lui pour surveiller leurs intérêts.

II. Le père ou la mère qui a disparu est en état d'absence déclarée.

406. On enseigne généralement que les dispositions des art. 141 à 143 cessent d'être applicables, quand l'absence de l'époux qui a disparu a été déclarée. Tout semble prouver en effet que les art. 141 à 143 n'ont été écrits qu'en vue de la présomption d'absence : la rubrique du chapitre d'abord, qui parle du père « qui a disparu »; puis le texte des art. 141 à 143 qui emploient à plusieurs reprises les mots *disparu, disparition*; enfin ces mots de l'art. 142 « avant que l'absence du père ait été déclarée ». Qu'arrivera-t-il donc, la déclaration d'absence une fois prononcée? La tutelle des enfants mineurs sera déférée provisoirement d'après les règles du droit commun, car la déclaration d'absence donne lieu à l'exercice provisoire de tous les droits subordonnés au décès de l'absent. Cette délation de la tutelle pourra amener dans certains cas la cessation des mesures provisoires prises en exécution des art. 141 à 143.

TITRE V

Du mariage.

INTRODUCTION

407. Les titres V à X auraient pu n'en former qu'un seul divisé en plusieurs chapitres. Ces titres réglementent en effet l'organisation de la famille. Les titres V, VI, VII et VIII ont trait à la formation de la famille, et les titres IX et X à l'organisation du pouvoir domestique qui se présente sous deux formes : puissance paternelle, quand le père et la mère existent, et tutelle, quand l'un des deux est décédé.

I. *Notions générales sur la famille.*

408. La famille est l'ensemble des personnes unies entre elles par un lien de parenté ou d'alliance. Quelquefois le mot *famille* se prend dans un sens plus restreint, comme désignant seulement l'ensemble des personnes qui sont unies par le lien de la parenté.

A. *De la parenté.*

409. La parenté résulte des rapports de filiation. On peut la définir : le lien qui unit les personnes descendant les unes des autres ou d'un auteur commun.

On voit par cette définition qu'il existe deux espèces de parenté, savoir la parenté *directe*, qui relie entre elles les personnes descendant les unes des autres, par exemple le père et le fils, l'aïeul et le petit-fils, et la parenté *collatérale* (*quasi a latere*), existant entre personnes qui, sans descendre les unes des autres, descendent d'un auteur commun, par exemple entre deux frères, dont l'auteur commun est le père, ou entre deux cousins germains, qui ont pour auteur commun l'aïeul.

Mes parents, directs ou collatéraux, sont dits *paternels* ou *maternels*, suivant qu'ils me tiennent par mon père ou par ma mère. En d'autres termes, mon père et tous ses parents sont mes parents paternels; ma mère et tous ses parents sont mes parents maternels. Une même personne peut m'être parente par mon père et par ma mère : elle est alors mon parent paternel et maternel tout à la fois. Eclaircissons tout cela par des exemples. Deux frères qui ont le même père et une mère différente sont, l'un par rapport à l'autre, parents paternels; on les appelle frères *consanguins* (*vulgo* frères de père). Deux frères qui ont la même mère et un père différent sont parents maternels; on les appelle frères *utérins* (*vulgo* frères de mère). Enfin deux frères issus du même père et de la même mère sont parents paternels et maternels tout à la fois; ils sont dits frères *germains*.

410. On distingue en matière de parenté la ligne et le degré.

a. — La *ligne* est la série des parents. Elle est directe ou collatérale.

La ligne *directe* comprend la série des parents directs. Elle est ascendante ou descendante, suivant qu'on envisage les auteurs ou la postérité d'une personne : — *ses auteurs*, ou autrement dit *ses ascendants*, père, mère, aïeuls, aïeules, etc., d'où le nom de ligne *ascendante*; — *sa postérité*, fils, petits-fils, arrière-petits-fils..., ou autrement dit *ses descendants*, d'où le nom de ligne *descendante*.

En d'autres termes, la ligne directe est ascendante ou descendante, suivant qu'on envisage la série des parents qu'elle comprend en remontant ou en descendant : *en remontant*, du fils au père, de celui-ci à l'aïeul, de ce dernier au bisaïeul...; *en descendant*, du père au fils, du fils au petit-fils, de celui-ci à l'arrière-petit-fils...

La ligne *collatérale* comprend la série des parents collatéraux. La ligne collatérale est une ligne double qui a son point de jonction à l'auteur commun.

b. — Le *degré* est la distance qui existe entre deux parents (1). On calcule cette distance par le nombre des générations.

Entre deux parents en ligne directe, il y a autant de degrés que de générations : ainsi le père et le fils sont parents au premier degré, l'aïeul et le petit-fils, au deuxième, et ainsi de suite (art. 737).

Le calcul du degré est un peu plus compliqué pour les parents collatéraux. La difficulté vient de ce que les collatéraux descendent, non les uns des autres, mais d'un auteur commun : ainsi deux frères descendent d'un auteur commun qui est le père, deux cousins germains, d'un auteur commun qui est l'aïeul; de sorte que, pour mesurer la distance qui sépare deux parents collatéraux, ou autrement dit leur degré de parenté, il y a deux lignes de parenté à considérer, ou plus exactement deux branches d'une même ligne, qui ont leur point de convergence à l'auteur commun.

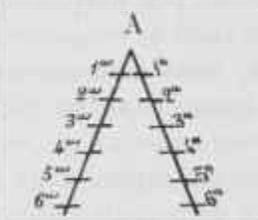
Le trait d'union qui existe entre deux parents collatéraux étant l'auteur commun, il est tout naturel de calculer la distance qui les sépare, c'est-à-dire leur degré de parenté, en faisant la somme des distances qui existent entre chacun d'eux et l'auteur commun. De là cette règle, écrite dans l'art. 738, que, pour compter les degrés en ligne collatérale, il faut remonter de l'un des parents jusqu'à l'auteur commun, en comptant le nombre de générations ou degrés qui les séparent, et y ajouter le nombre de générations ou degrés que l'on trouve en redescendant de l'auteur commun jusqu'à l'autre parent.

On voit ainsi que deux frères sont parents au deuxième degré. En effet l'auteur commun de deux frères est le père. De moi à mon père il y a un degré, de mon père à mon frère, un degré également : total deux degrés. C'est le degré le plus rapproché en ligne collatérale : il n'y a pas ici de premier degré, ou, si l'on veut, le premier degré est le deuxième. De même deux cousins

(1) En matière de succession, la loi emploie quelquefois le mot *degré* dans un sens tout différent, comme désignant l'ensemble des personnes appelées simultanément à recueillir la même succession. Il est alors synonyme de *rang*. V. art. 786 et 787.

germains sont parents au quatrième degré : de moi à mon aïeul, auteur commun, il y a deux générations et par suite deux degrés; il y a deux degrés également de mon aïeul à mon cousin germain, total quatre degrés. Il existe une génération de moins entre l'oncle et le neveu, par conséquent ils sont parents au troisième degré.

C'est ce que l'on voit très facilement à l'aide de la figure ci-dessous, dans laquelle chaque individu est père ou mère de la personne qui se trouve immédiatement au-dessous d'elle sur la même ligne. Cette figure a en outre l'avantage de présenter aux yeux la parenté collatérale en la forme imagée sous laquelle on la présente ordinairement à l'esprit, celle d'une échelle double ayant son sommet à l'auteur commun, et dans laquelle chaque génération est représentée par un degré de l'échelle, *Gradus dicti sunt a similitudine scalarum*.



A est père ou mère de *Primus* et de *Prima* (nous avons écrit par abréviation 1^{er}, 1^a); 1^{er} est père de 2^{er}, celui-ci de 3^{er}, celui-ci de 4^{er}...; de même 1^a est mère de 2^a, celle-ci de 3^a, celle-ci de 4^a... La figure est disposée de manière que le numéro qui représente le nom de chaque individu représente en même temps le nombre de générations existant entre lui et l'auteur commun. Ainsi entre 2^{er} et A, auteur commun, de même qu'entre 2^a et ce même auteur commun, il existe deux générations. C'est pour arriver à ce résultat que nous avons été conduit à ne mettre que des mâles d'un côté de l'échelle, et de l'autre, des femmes seulement; autrement cela est indifférent.

Cela posé, 1^{er} et 1^a, frère et sœur, sont parents au deuxième degré ($1 + 1 = 2$); 1^{er} et 2^a, oncle et nièce, au troisième ($1 + 2 = 3$); 2^{er} et 2^a, cousins germains, au quatrième ($2 + 2 = 4$); 3^{er} et 3^a, cousins issus de germains, au sixième ($3 + 3 = 6$) (1)...; 6^{er} et 6^a, au douzième ($6 + 6 = 12$). Au delà de ce degré la parenté existe encore, mais elle ne confère plus le droit de succession (art. 755).

411. Le droit canonique a une autre manière de calculer les degrés en ligne collatérale : on ne compte les générations que d'un seul côté.

(1) Sur la signification des mots *cousins germains* et *cousins issus de germains*, v. un intéressant arrêt de la cour de cassation du 13 janvier 1888, S., 88, 1, 70, et un autre de la cour de Douai du 29 déc. 1887, S., 88, 2, 60.

D'après cette supputation, deux frères sont parents au premier degré, deux cousins germains au deuxième.

Dans ces deux cas, il y a la même distance entre l'auteur commun et chacun des parents, et dès lors il est indifférent de compter les degrés d'un côté ou de l'autre ; on est alors *in linea collateralis æquali*.

Il n'en est plus de même quand les parents sont inégalement distants de l'auteur commun, comme il arrive pour l'oncle et la nièce, dont l'auteur commun est l'aïeul. On voit, en se reportant à la figure ci-dessus, qu'entre l'oncle et l'auteur commun il n'y a qu'une génération, et par suite un degré, tandis qu'entre ce même auteur et l'autre parent, la nièce, il y a deux générations et par suite deux degrés. De quel côté faudra-t-il compter, d'après la supputation canonique ? Du côté où il y a le plus de générations, du côté de la nièce par conséquent dans l'espèce proposée. *In linea collateralis inæquali, quoto gradu remotior persona distat a communi stipite, tot gradibus distant cognati inter se*. On trouve ainsi que l'oncle et la nièce sont parents au deuxième degré.

Mais nous venons de voir que les cousins germains sont parents aussi au deuxième degré, d'après la supputation canonique. Alors comment distinguer, quand on parlera de parents au deuxième degré, s'il s'agit de cousins germains ou d'oncle et neveu ? Pour qu'on puisse le savoir, il faut dire si les parents sont en *collatérale égale*, *in linea collateralis æquali*, ou en *collatérale inégale*, *in linea collateralis inæquali*. Deux parents au deuxième degré en *collatérale égale* sont des cousins germains ; en *collatérale inégale*, un oncle ou une tante et son neveu ou sa nièce.

Notre ancien droit comptait les degrés de parenté, tantôt d'après la supputation romaine, qui a été consacrée par le code civil, en matière de succession par exemple, tantôt, comme pour le mariage, d'après la supputation canonique.

412. La parenté peut être légitime, naturelle ou adoptive, suivant la nature des rapports qui lui servent de base.

La parenté *légitime* est celle qui résulte de la filiation légitime, et la filiation légitime elle-même a sa source dans le mariage.

La parenté *naturelle* résulte de la filiation naturelle, c'est-à-dire de la filiation qui a sa source dans les rapports de deux personnes non légitimement mariées l'une avec l'autre ; suivant la nature de ces rapports, la parenté est dite *naturelle simple*, *adultérine* ou *incestueuse* (*infra* n. 879).

Enfin la parenté *adoptive* a sa source dans une filiation purement civile, et par suite fictive, la filiation résultant de l'adoption.

Ainsi la parenté naturelle a son fondement dans la nature seule, la parenté adoptive, dans la loi seule (c'est une parenté purement civile), et la parenté légitime, dans la nature et dans la loi (c'est une parenté mixte, naturelle et civile tout à la fois).

La nature, qui ne joue aucun rôle dans la parenté adoptive, joue donc un rôle exclusif dans la parenté naturelle, et un rôle prédominant dans la parenté légitime. Aussi emploie-t-on quelquefois l'expression *enfants naturels*, par opposition à celle d'*enfants adoptifs*, pour désigner tous les enfants dans la filiation desquels la nature est en jeu, et cette expression comprend alors même les enfants légitimes.

413. Effets de la parenté. — La parenté confère des droits, impose des obligations et entraîne des incapacités.

Elle confère des droits : par exemple le droit de succéder (art. 731 et s., 757 et s.), le droit de réclamer des aliments (art. 205 et s., 349), le droit de provoquer l'interdiction (art. 490).

Elle impose des obligations : telles que l'obligation d'être tuteur ou membre d'un conseil de famille (art. 407 à 410 et 432), l'obligation de payer la dette alimentaire.

Elle entraîne des incapacités. Ces incapacités sont très nombreuses. Il suffit de citer : l'incapacité d'être témoin dans les actes notariés, qui frappe certains parents du notaire ou des parties (loi du 25 ventôse an XI art. 10), l'incapacité dont sont frappés certains officiers publics ou ministériels d'instrumenter pour leurs parents (loi précitée, art. 8 et 10, et C. pr., art. 66); les empêchements au mariage (art. 161 et s.), etc.

B. De l'alliance ou affinité.

414. Le code civil, qui définit la parenté (art. 736 et s.), ne définit pas l'alliance; il appartient à la doctrine de suppléer à son silence. L'alliance est le lien qui existe entre un époux et les parents de l'autre, au moins ceux conçus avant la dissolution du mariage. Chaque époux entre comme allié dans la famille de son conjoint. En me mariant, je deviens l'allié de tous les parents de ma femme; réciproquement celle-ci devient l'alliée de tous mes parents. C'est donc le mariage qui est la source de l'alliance. *Conjunctæ ad finitatis causa fit ex nuptiis*, dit la loi 4 § 3 D., *De grad. et affn.*, XXXVIII, 10, et Pothier définit pareillement l'alliance : « le rapport qu'il y a entre l'un des conjoints par mariage et les parents de l'autre ».

Le lien de l'alliance n'existe qu'entre chaque époux et les parents de l'autre. Il en résulte que les parents de l'un des époux ne sont pas les alliés des parents de l'autre. Ainsi je suis bien l'allié de tous les parents de ma femme; mais mes parents ne sont pas les alliés de ceux de ma femme. Dans le monde beaucoup de personnes croient à tort le contraire. Il en résulte encore que les alliés de l'un des époux ne sont pas les alliés de l'autre époux. *Affines inter se non sunt affines*. Ainsi je suis bien l'allié de la sœur de ma femme mais non du mari de cette sœur qui est le beau-frère de ma femme.

L'alliance emprunte à la parenté sa ligne et son degré; elle est en effet, comme on l'a fort bien dit, une image affaiblie de la parenté. Ainsi un parent collatéral de ma femme au troisième degré est mon allié au troisième degré en ligne collatérale.

L'alliance est légitime, naturelle ou adoptive, suivant qu'elle s'applique aux parents légitimes, aux parents naturels ou aux parents adoptifs de mon conjoint. Ainsi je sui

l'allié légitime de tous les parents légitimes de mon conjoint ; je suis l'allié naturel de ses parents naturels, par exemple de son père naturel, et l'allié adoptif de ses parents adoptifs, par exemple de son père adoptif. Pour l'adoption, cette assimilation fait quelque difficulté. Cpr. Cass., 6 déc. 1844, D., 45. 1. 10. S., 45. 1. 116.

414 bis. Les effets de l'alliance sont, en principe, les mêmes que ceux de la parenté dont elle est l'image. Cette règle comporte un certain nombre d'exceptions. Ainsi l'alliance, à la différence de la parenté, ne confère pas le droit de succéder. De même l'alliance ne donne naissance à aucun des droits ni des devoirs qui se rattachent à la puissance paternelle.

414 ter. Le code civil, qui ne dit pas comment naît l'alliance, ne dit pas non plus comment elle prend fin. Certains effets de l'alliance cessent de se produire, lorsque le mariage qui lui a donné naissance est dissous et qu'il n'en reste plus d'enfants. Il en est ainsi notamment de l'obligation alimentaire (art. 206). Voyez aussi C. pr., art. 283 et 378. Faut-il conclure de là que l'alliance cesse d'exister par la mort de l'époux qui la produit et des enfants issus du mariage ? On a essayé de le soutenir, et à l'argument tiré des textes qui viennent d'être cités, on en a ajouté un autre tiré de l'autorité de notre ancien droit, où s'était accrédité l'adage : *Morte ma fille, mort mon gendre*. Mais cette solution est repoussée par une jurisprudence à peu près constante, à laquelle il est difficile de ne pas souscrire (Dijon, 26 décembre 1888 et 30 janvier 1889, S., 89. 2. 32). De ce que la mort de l'époux qui produit l'alliance et des enfants issus de son mariage avec l'autre époux met fin à certains effets de l'alliance, il n'en résulte pas nécessairement que ces événements mettent fin à l'alliance elle-même. Il faudrait pour cela un texte formel, et ce texte n'existe pas. L'alliance survivra donc, et continuera à produire tous ses effets autres que ceux exclus par un texte spécial, notamment les empêchements de mariage.

II. *Notions générales sur le mariage.*

415. Le mariage est l'union légitime de deux personnes de sexe différent, contractée en vue de fonder une famille nouvelle et de se prêter mutuellement secours et assistance.

Le mariage intéresse principalement les deux époux ; mais il intéresse aussi leur famille et la société.

Il intéresse *la famille des époux* ; car, outre que chaque époux devient l'allié des parents de l'autre, les deux familles verront entrer dans leur sein les enfants qui naîtront du mariage.

Il intéresse *la société* ; car le mariage est la source des familles qui elles-mêmes sont la base de la société et de l'État : « le mariage est la pépinière de l'État », dit un de nos anciens.

Aussi tous les législateurs ont-ils réglementé le mariage que la loi naturelle a créé. A leur tour les diverses religions ont appelé sur lui, suivant des rites divers, les bénédictions du ciel ; la religion catholique en a fait un sacrement.

415 bis. **Fiançailles ou promesses de mariage.** Dans notre ancien droit, le mariage était ordinairement précédé de fiançailles bénies par l'Église. Les fiançailles ne produisaient d'obligation que dans le for intérieur. L'un des fiancés n'avait donc aucun moyen

de contraindre l'autre à la conclusion du mariage. Néanmoins le fiancé infidèle pouvait être condamné à des dommages et intérêts envers l'autre. Mais ces dommages et intérêts devaient être tarifés par le juge de manière à ne pas constituer un moyen de contrainte indirect à la conclusion du mariage. Les parties elles-mêmes pouvaient, sous la même restriction, régler à l'avance le montant des dommages et intérêts soit par le moyen d'une clause pénale, soit par la dation d'arrhes.

Quel est le sort des promesses de mariage sous l'empire du code civil ? Une jurisprudence constante approuvée par la majorité des auteurs déclare ces promesses nulles, par application du principe que le consentement des époux ne peut être donné que lors de la célébration et qu'il doit à ce moment être libre de toute entrave. Les époux ne peuvent aliéner leur liberté qu'au moment où ils contractent ; ils ne peuvent pas l'engager par anticipation. D'ailleurs les fiançailles sont une préparation au mariage, et elles manqueraient leur but, si l'un des fiancés n'avait pas toute liberté pour se retirer après une expérience qui ne lui paraît pas satisfaisante.

Si la promesse de mariage est nulle, il en résulte logiquement : 1° que la clause pénale qui aurait été stipulée en vue d'assurer l'exécution de cette promesse est sans valeur. Arg. art. 1227 al. 1. Dijon, 27 mai 1892, D., 93. 2. 183 ; 2° que la violation de cette promesse ne peut pas donner lieu à des dommages et intérêts alloués par application des art. 1142 et 1149.

Néanmoins de très nombreuses décisions judiciaires ont prononcé des condamnations à des dommages et intérêts contre celui des fiancés qui manque à sa promesse sans motifs légitimes : le juge apprécie souverainement la légitimité du motif. Les dommages et intérêts sont alloués par application de l'art. 1382. La promesse de mariage est nulle, sans doute. Mais celui des fiancés qui, après avoir fait une semblable promesse, se retire capricieusement, se rend coupable d'un délit civil ou d'un quasi-délit : d'un délit civil, s'il y a dol de sa part, d'un quasi-délit, s'il y a simplement étourderie ; il doit donc être condamné à réparer le préjudice matériel ou même moral dont il est l'auteur. Le préjudice matériel consistera dans les dépenses faites par le fiancé délaissé en vue de la conclusion du mariage ; le préjudice moral, dans l'atteinte portée à sa réputation. Cpr. *infra* n. 919. et t. II, n. 1014. V. cep. trib. rég. d'Aix-la-Chapelle, 4 avril 1891, D., 93. 2. 42.

416. On a vu (*supra* n. 223) comment, dans notre ancien droit, le mariage civil et le mariage religieux se trouvaient confondus. Le propre curé des contractants remplissait à la fois l'office de ministre de la loi pour la célébration du mariage civil et de ministre de la religion catholique pour l'administration du sacrement. Une semblable législation violentait dans leurs convictions religieuses les citoyens qui appartenaient aux cultes dissidents : on les forçait, pour contracter un mariage valable aux yeux de la loi

civile, à faire bénir leur union par les ministres d'une religion qui n'était pas la leur. Elle fut abolie, au moins en partie, par un édit de Louis XVI, de 1787, qui, en rendant aux protestants la liberté de leur culte, leur permit de faire constater leurs mariages par les officiers de justice de leur domicile. Mais l'édit de 1787 laissait subsister le droit antérieur relativement aux catholiques.

L'assemblée constituante ayant proclamé le principe de la liberté des cultes, il en résultait que les particuliers ne pouvaient plus être tenus de faire bénir leurs mariages suivant les rites d'une religion particulière. Cette conséquence fut expressément formulée dans l'art. 7 du titre II de la constitution du 3 septembre 1791, ainsi conçu : « La loi ne considère le mariage que comme un contrat civil ». Il suffit donc désormais, pour qu'un mariage fût valable aux yeux de la loi civile, qu'il fût contracté et constaté conformément aux prescriptions de la loi civile, quelles que fussent d'ailleurs les croyances religieuses des contractants. C'est le principe de la *sécularisation* du mariage. Le projet du code civil le reproduisait à peu près dans les mêmes termes que la constitution de 1791 : « La loi ne considère le mariage que sous les rapports civils », et la discussion, à laquelle cette disposition a donné lieu, nous apprend qu'elle n'a été supprimée que comme inutile.

L'indépendance du mariage civil et du mariage religieux est donc aujourd'hui nettement établie. Le mariage civil a ses conditions d'existence et de validité, tout à fait distinctes de celles du mariage religieux; de sorte que tel mariage, contracté conformément aux prescriptions de la loi civile, et valable par suite d'après cette loi, peut être nul à l'égard de la loi religieuse, dont les prescriptions particulières n'ont pas été observées, et réciproquement. Il appartient aux particuliers qui tiennent à être mariés valablement d'après la loi civile et d'après la loi religieuse tout à la fois, de se mettre en règle avec l'une et l'autre.

417. Le principe de l'indépendance du mariage civil et du mariage religieux semble devoir logiquement entraîner cette conséquence que les particuliers peuvent, à leur gré, ou contracter un mariage civil et un mariage religieux tout à la fois, ou bien un simple mariage civil, ou enfin un mariage religieux seulement. Notre loi autorise les personnes qui ont d'abord contracté mariage conformément aux prescriptions de la loi civile, à contracter ensuite un mariage religieux suivant les rites de leur religion. Elle les autorise aussi à se contenter du mariage civil. Mais elle ne leur permet pas de se contenter du mariage religieux seulement, et par suite

elle leur défend de contracter le mariage religieux avant le mariage civil. On lit en effet dans l'art. 54 de la loi du 18 germinal de l'an X, qui contient les articles organiques du concordat : « Les curés ne donneront la bénédiction nuptiale qu'à ceux qui justifieront, en bonne et due forme, avoir contracté mariage devant l'officier civil ». Et cette disposition trouve sa sanction pénale dans les art. 199 et 200 du code pénal, édictant des peines sévères contre tout ministre d'un culte quel qu'il soit, qui procéderait aux cérémonies religieuses d'un mariage, sans qu'il lui ait été justifié de la célébration régulière du mariage civil. Pourquoi cette atteinte à la liberté, et aussi à la logique, qui, le principe de l'indépendance des deux mariages une fois admis, semblerait, ainsi que nous venons de le dire, devoir autoriser les particuliers à se contenter du mariage religieux? Parce qu'il y a quelque chose au-dessus de la liberté des citoyens et de la logique elle-même, c'est la conservation de la société, et par suite du bon ordre social. Un grand nombre de personnes qui ne se préoccupent en cette matière que des prescriptions de la loi religieuse, se contenteraient du mariage religieux : à leurs yeux la loi civile usurpe sur la loi religieuse, en voulant réglementer elle aussi le mariage! Beaucoup vivraient ainsi dans un état qui, aux yeux de la loi civile, ne serait qu'un concubinage, et donneraient le jour à des enfants que cette même loi considérerait comme des bâtards. Il convenait de couper ce mal par la racine. Sans doute tous les cultes doivent être libres; mais il ne faut pas que le principe de la liberté des cultes puisse paralyser l'application de la loi civile qui, étant faite pour tous, doit nécessairement s'appliquer à chacun, quelles que soient ses croyances religieuses.

CHAPITRE PREMIER

DES QUALITÉS ET CONDITIONS REQUISES POUR POUVOIR CONTRACTER MARIAGE

418. Les conditions requises pour pouvoir contracter mariage ne le sont pas toutes avec la même rigueur. Il y en a dont l'absence rend le mariage *inexistant*; d'autres ne sont exigées qu'à peine de *nullité* du mariage; il en est d'autres enfin dont l'absence forme seulement un obstacle à la célébration du mariage, sans être une cause de nullité du mariage contracté.

Nous allons pour le moment étudier ces différentes conditions

pêle-mêle, comme la loi le fait ici, et nous dirons au chapitre *Des nullités* dans quelle catégorie chacune doit entrer.

En voici l'énumération dans l'ordre où nous les examinerons : 1^o différence de sexe entre les deux parties contractantes; 2^o consentement des parties; 3^o âge compétent chez l'une et l'autre; 4^o nécessité pour les futurs, dans certains cas, d'obtenir le consentement, ou de requérir le conseil de certaines personnes; 5^o absence pour chaque futur d'un lien conjugal antérieur non dissous; 6^o absence entre les deux futurs conjoints d'un lien de parenté ou d'alliance au degré où le mariage est prohibé.

Les conditions de capacité des parties contractantes doivent être appréciées d'après la législation en vigueur au moment de la célébration du mariage. Chambéry, 7 février 1885, D., 85. 2. 241, S., 86. 2. 217.

I. *Différence de sexe entre les contractants.*

419. Il faut bien parler de cette condition, puisque les auteurs la mentionnent. Mais n'auraient-ils pas mieux fait d'imiter sur ce point le silence du législateur? Il y a des choses si évidentes qu'elles n'ont pas besoin d'être dites. Aussi bien les recueils de jurisprudence sont-ils à peu près muets sur cette première condition. On peut voir cependant, à titre de curiosité, une décision de la cour de Montpellier du 8 mai 1872 (D., 72. 2. 48, S., 72. 2. 272), et une autre de la cour de Caen du 23 mars 1882 (S., 82. 2. 108). Cpr. *infra* n. 496.

II. *Consentement des futurs époux.*

420. Le mariage est un contrat (1). Or la base essentielle de tout contrat est le consentement des parties contractantes, c'est-à-dire le concours de leurs volontés (art. 1108). Aussi l'art. 146 nous dit-il en termes énergiques, qu'il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement.

De là il résulte que ceux qui sont incapables de consentir, comme les fous, ne peuvent pas contracter mariage. Il s'ensuit également que, si le consentement de l'une des parties a été profondément vicié, par exemple par la violence, le mariage pourra être annulé. C'est ce que nous verrons sous l'art. 180. Cpr. *infra* n. 496, 500 et s.

(1) Le code ne le dit pas, mais cela est de tradition. Pothier désigne l'union légitime de l'homme et de la femme sous le nom de *contrat de mariage*, et, si le législateur de 1804 a évité de se servir de cette expression, c'est qu'il la réserve pour désigner le contrat par lequel les époux règlent leurs conventions matrimoniales. Il y a ici deux contrats à envisager, l'un principal qui concerne les personnes, l'autre accessoire qui est relatif aux biens. L'usage, et la loi après lui, désignent le premier sous le nom de *mariage*, et le second sous celui de *contrat de mariage*.

III. Age compétent chez les futurs époux.

421. Toute personne de l'un ou de l'autre sexe, dont le corps a acquis un développement suffisant pour qu'elle puisse engendrer des enfants, est dite *pubère*. L'époque de la puberté varie suivant les climats, et, sous un même climat, suivant les individus. Toutes choses égales d'ailleurs, les femmes deviennent pubères plus tôt que les hommes. Le législateur ne pouvait pas, consacrant en cette matière les mille caprices de la nature, admettre autant de règles que d'individus. Il devait fixer un âge, le même pour tous suivant le sexe, avant lequel le mariage ne pourrait pas être contracté, et, pour déterminer cet âge, il devait se tenir plutôt au-dessus qu'au-dessous de la limite fixée par la nature. D'une part, en effet, pour fonder une race fortement constituée, il ne faut pas autoriser le mariage trop tôt. « Il eût été impolitique, dit Portalis, de permettre à des êtres à peine affranchis de la stérilité de l'enfance de perpétuer dans des générations imparfaites leur propre débilité ». Et, d'autre part, le mariage exige, non seulement le développement du corps, mais aussi une certaine maturité d'esprit, qui ne survient ordinairement que plus tard. Le législateur a cru répondre à ces diverses exigences, en décrétant que « *L'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage* » (art. 144). Cet âge est celui de la puberté légale.

En droit romain les femmes pouvaient se marier à douze ans, et les hommes à quatorze. Cette limite d'âge, acceptable peut-être pour le climat d'Italie, n'était pas assez reculée pour le nôtre : ce qui n'empêcha pas notre ancien droit de l'admettre. Il aurait pu en résulter des conséquences désastreuses pour notre race, si, « mieux conseillés par la nature que par la loi, la presque totalité des citoyens ne s'étaient abstenus d'user de cette faculté ». La loi du 20 septembre 1792 recula la limite d'âge pour le mariage jusqu'à treize ans pour les femmes et quinze ans pour les hommes. Ce n'était pas assez encore, et beaucoup de bons esprits pensent que le code civil lui-même n'est pas allé assez loin, en exigeant quinze ou dix-huit ans suivant les sexes.

422. Toute règle a ses exceptions. Aux termes de l'art. 145 : « *Néanmoins il est loisible au Roi d'accorder des dispenses d'âge pour des motifs graves* ». La cause la plus fréquemment invoquée est la grossesse de la femme. Ici la nature a donné un démenti à la loi, qui présume qu'une femme de moins de quinze ans n'est pas encore pubère : *malitia supplevit ætatem*. Puisque le mal est fait, il ne peut être question que de le réparer. Notre loi en fournit le moyen aux coupables de bonne volonté. Pour éviter le scandale d'un accouchement avant mariage, on demandera et on obtiendra une dispense d'âge. Ce n'est pas le seul cas dans lequel une semblable dispense puisse être accordée. La loi dit : *pour des motifs graves*, sans préciser autrement. Il appartient au chef de l'Etat,

chargé d'accorder la dispense, d'apprécier la gravité du motif allégué. Voyez à ce sujet les circulaires du ministre de la justice du 10 mai 1824 et du 29 avril 1832, qui citent, entre autres cas, celui où le mariage projeté doit assurer à la personne qui n'a pas atteint la limite d'âge fixée par la loi, des moyens d'existence, ou mettre ses mœurs à l'abri du danger qu'elles courent. En ce qui concerne les formes à suivre pour l'obtention des dispenses, il y a lieu de se référer à l'arrêté du 20 prairial an XI, art. 1, 2 et 3.

Si la loi détermine un âge au-dessous duquel on ne peut contracter mariage, elle n'en fixe aucun passé lequel le mariage devienne impossible. La vieillesse la plus avancée n'est donc pas un empêchement au mariage. Nous n'avons pas dans nos lois, et il ne faut pas le regretter, de disposition analogue à celle du code russe, qui dispose que *Nul ne peut contracter mariage s'il est âgé de quatre-vingt-dix ans révolus*.

Est-il utile de dire que la plus grande disproportion d'âge entre les contractants n'est pas un empêchement au mariage, ainsi que l'a décidé la cour de Paris pour le cas d'un mariage contracté par un homme de trente ans avec une femme de soixante-dix ans !

La loi qui nous régit actuellement admet, par cela seul qu'elle ne les prohibe pas, les mariages *in extremis*, c'est-à-dire ceux qui sont contractés aux approches de la mort. Ces mariages ont ordinairement pour but de réparer une vie de désordre, et surtout de légitimer des enfants naturels. L'ordonnance de 1639, sans prohiber les mariages *in extremis*, décidait qu'ils ne produiraient pas d'effets civils : notamment les enfants issus de l'union transformée en mariage n'étaient pas légitimés, et par suite ne succédaient pas à leur père. On avait voulu détourner les citoyens des unions illégitimes, en leur enlevant l'espoir de les réhabiliter au moment de leur mort. — L'expérience a prouvé que des mesures de ce genre sont impuissantes à prévenir le mal ; elles empêchent seulement de le réparer. Le code civil a été bien inspiré en les répudiant.

IV. Consentement des ascendants ou de la famille.

423. La loi permet à des mineurs, à des incapables par conséquent, de contracter mariage. On peut le regretter ; mais, le principe une fois admis, il fallait tout au moins entourer d'une protection particulière ceux qui usent de cette faculté. De là l'obligation imposée au mineur qui veut contracter mariage d'obtenir le consentement de ses protecteurs naturels, c'est-à-dire de ses ascendants, et, à leur défaut, de la famille.

Le majeur lui-même lorsqu'il se marie ne devait pas être complètement abandonné à ses inspirations, au moins quand il a des ascendants; les conseils des ascendants sont précieux à recueillir à tout âge en une matière aussi délicate. D'ailleurs le mariage n'intéresse pas seulement les époux; il intéresse aussi leur famille et principalement les ascendants qui en sont les chefs.

Ainsi se trouve justifiée l'intervention de la famille des futurs époux dans les mariages. Les art. 148 et suivants déterminent la nature et les limites de cette intervention.

La loi distingue s'il s'agit d'enfants légitimes ou d'enfants naturels.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE. *Il s'agit d'enfants légitimes.*

424. Il faut sous-distinguer s'il existe ou non des ascendants.

425. A. *L'enfant légitime qui veut se marier a un ou plusieurs ascendants.* — Tant qu'il n'aura pas atteint sa majorité matrimoniale, cet enfant ne pourra pas se marier sans le consentement de ses ascendants ou de certains d'entre eux. Après sa majorité matrimoniale, ce consentement ne lui sera plus nécessaire; il lui suffira, s'il ne peut l'obtenir, de requérir le conseil des ascendants à l'aide d'un ou de plusieurs actes respectueux.

La majorité matrimoniale est une majorité spéciale quant au mariage. Elle a lieu à vingt-cinq ans pour les fils, et à vingt et un ans pour les filles: elle coïncide par conséquent, pour ces dernières, avec la majorité civile. C'est à la majorité matrimoniale que l'art. 488 fait allusion, lorsqu'après avoir dit: « La majorité est fixée à vingt-un ans accomplis; à cet âge on est capable de » tous les actes de la vie civile », il ajoute: « sauf la restriction portée au titre *du Mariage* ».

On donne d'assez mauvaises raisons pour justifier la différence que la loi établit, au point de vue de la majorité matrimoniale, entre les fils et les filles. A défaut de meilleures, il faut bien s'en contenter. On dit que les filles deviennent plus promptement nubiles que les hommes, et que l'âge où il leur devient difficile de se marier convenablement survient aussi plus vite, qu'il importe donc de les rendre plus tôt les arbitres de leur propre sort, en les affranchissant de la nécessité d'obtenir le consentement de leurs ascendants pour pouvoir contracter mariage; que d'ailleurs les filles sont en général plus soumises que les fils, et qu'une révolte contre l'autorité paternelle est par suite moins à craindre de leur part; enfin que le mariage du fils intéresse la famille plus que celui de la fille, puisque c'est lui qui transmet le nom, et que la loi a dû, pour ce motif, accorder aux ascendants un droit de contrôle plus prolongé, et par cela même plus efficace, sur le mariage du fils.

Cela posé, étudions successivement la situation qui est faite à l'enfant, suivant qu'il a ou n'a pas atteint sa majorité matrimoniale.

426. a. — *L'enfant n'a pas atteint sa majorité matrimoniale.* — Il ne peut pas se marier sans le consentement de ses ascendants

ou de certains d'entre eux. Voici les distinctions qui doivent être faites à cet égard.

427. α. — L'enfant a encore ses père et mère. — « *Le fils qui n'a pas atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis, la fille qui n'a pas atteint l'âge de vingt-un ans accomplis, ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère : en cas de dissentiment, le consentement du père suffit* » (art. 148).

Ainsi, le père consent au mariage, la mère refuse d'y consentir ; le mariage sera possible. En sens inverse, le mariage sera impossible, si la mère y consent et que le père refuse son consentement. C'est donc toujours l'avis du père qui prévaut. Il fallait bien trancher le conflit, et il était difficile de le trancher autrement. Entre deux associés qui sont en désaccord, il convenait de donner la prééminence à celui qui exerce tout ensemble la puissance paternelle et la puissance maritale.

La loi dit : « *en cas de dissentiment, le consentement du père suffit* ». Donc la mère doit être consultée ; car il ne peut y avoir dissentiment entre elle et le père qu'autant qu'elle manifeste un avis contraire, ce qui suppose qu'on la consulte. Ne dites pas qu'il est inutile de consulter la mère, puisqu'en définitive on ne tiendra pas compte de son avis. D'abord les convenances exigent que la mère soit consultée. Et puis, quoiqu'elle n'ait pas ici le rôle prépondérant, il est possible que ses observations modifient la détermination soit du père, soit de l'enfant, et exercent ainsi une influence décisive sur le résultat final.

La loi exigeant que la mère soit consultée, il en résulte que l'officier de l'état civil doit refuser de procéder à la célébration du mariage, s'il ne lui est pas démontré que cette condition se trouve remplie. Comment en acquerra-t-il la certitude ? Il n'y aura pas de difficulté si la mère est présente au moment où le mariage va être célébré. L'officier de l'état civil la requerra de déclarer si elle consent au mariage et la mettra ainsi à même de faire connaître son avis, si elle ne l'a déjà exprimé. Au cas où la mère se proposerait de ne pas assister à la célébration du mariage, l'enfant pourra se procurer la preuve qu'il l'a consultée, en faisant constater son refus de consentir par un acte notarié dressé dans la forme prescrite par l'art. 73, et dont il remettra une expédition à l'officier de l'état civil. Si la mère refuse de concourir à cet acte, alors l'enfant lui adressera un acte respectueux, conformément aux art. 151 et suivants.

La loi ne faisant aucune distinction, il faut décider que la mère doit être consultée pour le mariage de son enfant, même quand elle est séparée de corps ou divorcée.

D'ailleurs le mariage qui aurait été contracté avec le consentement du père et sans que la mère ait été consultée ne serait pas nul pour cela. L'empêchement au mariage résultant de ce que la mère n'a pas été consultée est donc simplement prohibitif (*infra* n. 513).

428. β. — L'un des deux auteurs de l'enfant est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté. — « *Si l'un des deux est mort, ou s'il est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit* » (art. 149). Ainsi, le père est mort ;

le consentement de la mère suffira; l'enfant ne sera pas obligé d'obtenir le consentement de ses ascendants paternels. Il en serait ainsi, alors même que la mère serait remariée, alors même aussi que, s'étant remariée, elle n'aurait pas été maintenue dans la tutelle de son enfant (art. 395). *Lex non distinguit.*

Régulièrement, le décès du père ou de la mère doit être prouvé à l'aide d'un acte de décès. S'il était impossible de se procurer cet acte, on pourrait le remplacer par un acte de notoriété dressé dans la forme prescrite par l'art. 71, ou même par la simple attestation du survivant. C'est du moins ce que l'on peut induire par argument *a fortiori* de l'avis du conseil d'Etat du 4 thermidor de l'an XIII (*infra* n. 429).

La loi assimile à la mort de l'un des auteurs de l'enfant le cas où il se trouverait dans l'impossibilité de manifester sa volonté. Cette impossibilité peut être physique ou morale. *Physique*, en cas d'absence déclarée ou même simplement présumée d'un des auteurs de l'enfant. *Morale*, en cas de folie. Si l'état de l'aliéné présente des intervalles lucides, on devra en profiter pour demander son consentement.

429. γ. — Les deux auteurs de l'enfant sont morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, ou bien l'un est mort et l'autre dans l'impossibilité de manifester sa volonté. Cette hypothèse est régie par l'art. 150 : « *Si le père et la mère sont morts, ou s'ils sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les aïeux et aïeules les remplacent : s'il y a dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule de la même ligne, il suffit du consentement de l'aïeul. — S'il y a dissentiment entre les deux lignes, ce partage emportera consentement* ».

La preuve du décès des père et mère doit régulièrement être faite à l'aide d'actes de décès. A défaut, il suffira que les aïeux et aïeules attestent ce décès. C'est du moins ce qui paraît résulter plus encore des considérants que du texte même de l'avis précité du conseil d'Etat du 4 thermidor an XIII.

Quand les père et mère de l'enfant, qui n'a pas encore atteint sa majorité matrimoniale, sont morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, ils sont remplacés par les aïeux et aïeules.

S'il n'y a d'aïeux que dans une ligne, l'enfant devra demander leur consentement. Toutefois s'il y a dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule, le consentement de l'aïeul suffira. Ainsi l'enfant qui veut se marier a encore son aïeul et son aïeule du côté paternel; tous ses ascendants maternels sont morts. Le consentement de l'aïeul suffira; mais il faut que l'aïeule soit au moins consultée (arg. du mot *dissentiment*). La loi applique donc à l'aïeul et à l'aïeule de la même ligne la même règle qu'au père et à la mère (art. 148); l'avis, quel qu'il soit, de l'aïeul, l'emporte sur l'avis de l'aïeule son épouse. Il y avait en effet même motif de décider.

S'il y a des aïeux des deux côtés, la loi décide que le partage entre les deux lignes emportera consentement. Le consentement d'une des deux lignes suffira donc pour que le mariage soit pos-

sible ; mais les ascendants des deux lignes doivent être consultés. Maintenant chaque ligne sera réputée consentir, quand l'ascendant unique qui la représente aura donné son consentement, ou quand l'aïeul aura consenti si l'aïeul et l'aïeule existent. Cela conduit aux applications qui suivent.

Première application. L'enfant a son aïeul et son aïeule du côté paternel, il a aussi son aïeul et son aïeule maternels. L'aïeul maternel consent, les trois autres ascendants refusent leur consentement. Le mariage sera possible ; car, l'aïeul maternel ayant consenti, la ligne maternelle consent, et il importe peu que l'autre ligne ne consente pas, puisque le partage emporte consentement. Le consentement d'un aïeul peut donc l'emporter sur le dissentiment des trois autres.

Deuxième application. L'enfant a dans la ligne paternelle son aïeul et son aïeule, dans la ligne maternelle son aïeule seulement ; celle-ci consent, les autres ascendants refusent leur consentement. Le mariage sera possible ; car la ligne maternelle, représentée exclusivement par l'aïeule maternelle, consent ; il y a donc partage, et ce partage emporte consentement. Par où l'on voit que la prépondérance du sexe, qui a lieu entre l'aïeul et l'aïeule de la même ligne, ne s'exerce plus d'une ligne à l'autre.

430. Si les aïeuls et aïeules sont tous morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, ils sont remplacés par les bisaïeuls. Le mot *aïeuls* qu'emploie l'art. 150 est générique, et comprend même les bisaïeuls, qui sont deux fois aïeuls, *bis* aïeuls. D'ailleurs, la preuve que la loi comprend ces derniers sous la dénomination d'*aïeuls*, résulte de la combinaison des art. 173 et 174 (arg. des mots à défaut d'*aucun ascendant* de l'art. 174).

* Que décider s'il n'y a d'aïeuls que dans une ligne, et que dans l'autre il y ait des bisaïeuls ? On enseigne en général que les bisaïeuls remplacent, dans la ligne à laquelle ils appartiennent, les aïeuls et aïeules décédés. Leur consentement rendrait donc le mariage possible malgré le refus des aïeuls. Chaque ligne, dit-on, a un droit propre qui, à défaut des ascendants les plus proches, passe à ceux qui les précèdent immédiatement. — Ce n'est pas notre sentiment. Quand le père est mort et que la mère existe, le droit de consentir au mariage se concentre sur la tête de celle-ci ; les aïeuls paternels ne l'exercent pas concurremment avec elle. Alors c'est donc que chaque ligne n'a pas, comme on le dit, un droit propre. Si la mère donne l'exclusion aux aïeuls paternels, pourquoi les aïeuls d'une ligne ne donneraient-ils pas l'exclusion aux bisaïeuls de l'autre ? On n'en verrait pas le motif. Il est d'ailleurs facile de concevoir que la loi ait concentré le droit de consentir au mariage sur la tête des ascendants du degré le plus rapproché ; car, outre qu'ils sont plus jeunes et mieux à même de donner un consentement éclairé, le mariage les intéresse aussi plus directement.

431. En quelle forme doit être donné le consentement des père et mère et autres ascendants ? Le plus souvent les ascendants dont le consentement est requis assisteront au mariage. En ce cas ils manifesteront leur consentement devant l'officier de l'état civil, au moment même où celui-ci procédera à la célébration. S'ils ne peuvent ou ne veulent assister à la célébration, alors ils donne-

ront leur consentement par anticipation. En quelle forme? L'art. 73 paraît exiger un acte authentique. « *L'acte authentique du consentement des père et mère ou aïeuls et aïeules, ou, à leur défaut, celui de la famille, contiendra les prénoms, noms, professions et domiciles du futur époux et de tous ceux qui auront concouru à l'acte, ainsi que leur degré de parenté* ». Ce texte serait bien inutile, si le consentement des père et mère et autres ascendants pouvait être prouvé conformément aux règles du droit commun.

Pour les actes constatant le consentement à mariage donné pendant le cours d'un voyage maritime, ou celui donné par un militaire en temps de guerre ou pendant une expédition, voyez la loi du 8 juin 1893.

L'acte qui énonce le consentement des père et mère ou autres ascendants doit-il nécessairement indiquer le nom de la personne que l'enfant se propose d'épouser? En d'autres termes l'ascendant, qui donne son consentement par anticipation, peut-il autoriser d'une manière générale son enfant à se marier, sans dire avec qui, ou, ce qui serait équivalent, laisser en blanc le nom de la personne que l'enfant se propose d'épouser? La question est controversée. N'est-elle pas résolue cependant par l'art. 73, qui exige que l'acte de consentement indique « les prénoms, nom, profession et domicile du *futur époux* »? Ces derniers mots semblent bien désigner la personne que se propose d'épouser l'enfant auquel le consentement est donné, et non cet enfant lui-même. Comment croire, en effet, que la loi ait pu songer à celui-ci? N'est-il pas évident que l'ascendant qui donne un consentement à mariage, doit dire à qui il le donne, et était-il besoin qu'une vérité si palpable fût formulée dans un texte de loi? D'ailleurs la mission que la loi confie ici aux père et mère et autres ascendants est une mission sérieuse, et ils doivent s'en acquitter sérieusement, car il y va du bonheur de l'enfant et de l'honneur de la famille. Or l'ascendant n'abdiquerait-il pas son autorité en disant à l'enfant : « Va, marie-toi quand et comme tu voudras » ; ce qui revient à lui dire : Je me désintéresse de ton mariage ! Sans doute cette exigence peut quelquefois présenter des inconvénients pratiques ; mais ce n'est pas une raison pour violer le texte de la loi. Concluons donc que l'acte de consentement, qui n'énoncerait pas le nom de la personne que l'enfant se propose d'épouser, ne satisferait pas au vœu de la loi, et qu'en conséquence l'officier de l'état civil serait fondé à refuser de passer outre à la célébration du mariage, tant qu'on ne lui justifierait pas d'un consentement plus régulier.

Quoi qu'il en soit sur ce point, il est certain que l'enfant n'a aucune voie de recours à exercer contre la décision de ses père et mère ou autres ascendants qui lui refusent le consentement nécessaire à son mariage. Les parents de l'enfant ne sont même pas obligés d'indiquer les motifs qui les portent à refuser leur consentement.

Il y a cependant un cas dans lequel le consentement refusé par les ascendants peut être accordé par les tribunaux. Il est prévu par l'art. 17 al. 2 de la loi du 24 juillet 1889, relatif aux enfants sur lesquels la puissance paternelle a été déléguée à l'assistance publique, à défaut des parents qui l'ont abandonnée. Ce texte est ainsi conçu : *Si des parents ayant conservé le droit de consentement au mariage d'un de leurs enfants refusent de consentir au mariage en vertu de l'article 148 du code civil, l'assistance publique peut les faire citer devant le tribunal, qui donne ou refuse le consentement, les parents entendus ou dûment appelés dans la chambre du conseil.*

431 bis. Le consentement des père, mère ou autres ascendants doit exister au moment même de la célébration du mariage. Il est nécessaire en effet pour habilitier l'enfant, et la raison nous enseigne qu'on doit être habilité au moment où l'on contracte.

De là il suit :

1° Que l'ascendant qui a donné par anticipation le consentement requis par la loi peut le retirer, et alors la célébration du mariage devient impossible. L'ascendant, qui veut retirer son consentement, doit en informer officiellement l'officier de l'état civil compétent pour la célébration du mariage, par voie de notification ou d'opposition ; autrement l'officier de l'état civil, ignorant la rétractation du consentement, célébrerait le mariage sur le vu d'une expédition de l'acte de consentement.

2° Que si l'ascendant, qui a consenti par anticipation, meurt avant la célébration du mariage, son consentement doit être considéré comme non avenu. Ainsi la mère d'un enfant dont le père est décédé, donne son consentement par acte notarié à cet enfant qui se propose de contracter mariage ; la mère meurt avant la célébration. L'enfant devra obtenir le consentement de ses aïeux et aïeules.

432. b. — *L'enfant a atteint sa majorité matrimoniale, fixée à vingt et un ans ou vingt-cinq ans suivant les sexes.* Il devient alors, quant au mariage, l'arbitre de son propre sort. Le refus de ses ascendants ne sera plus un obstacle insurmontable à la célébration de l'union qu'il se propose de contracter. Toutefois, comme, à toute époque de la vie, un enfant doit honneur et respect à ses ascendants ; comme d'un autre côté on fait des folies à tout âge, et que de bons conseils, venus de ses protecteurs naturels, pourront quelquefois arrêter sur le bord de l'abîme un enfant qui, dominé par la passion, s'apprête à contracter une union mal assortie ; comme enfin le mariage projeté intéresse toute la famille du futur époux, surtout les ascendants qui en sont les représentants, et qu'il est juste que ceux-ci soient au moins admis à faire entendre leur voix, la loi ne permet pas à l'enfant, même parvenu à sa majorité matrimoniale, de se marier sans consulter ses ascendants.

L'enfant majeur quant au mariage devra donc, à défaut du consentement de ses ascendants, requérir tout au moins leur conseil. C'est ce que dit l'art. 151 : « *Les enfants de famille ayant atteint la majorité fixée par l'article 148, sont tenus, avant de contracter mariage, de demander par un acte respectueux et formel, le conseil de leur père et de leur mère, ou celui de leurs aïeux et aïeules, lorsque leur père et leur mère sont décédés, ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté* ». L'enfant qui veut se marier contre le gré de sa famille, se trouve ainsi obligé d'entrer

en quelque sorte en lutte ouverte avec elle. La loi espère (cette espérance est malheureusement souvent déçue) que cette lutte se terminera par un accord, soit que les parents réussissent par leurs conseils à détourner l'enfant de son projet de mariage, soit que les ascendants se laissent fléchir et finissent par donner leur consentement.

L'acte, par lequel un enfant requiert le conseil de ses père, mère, aïeuls ou aïeules, porte le nom d'*acte respectueux*. On disait dans notre ancien droit, et on dit souvent encore aujourd'hui dans le langage du monde, *sommation respectueuse*, expression assez mal choisie, comme le dit Bigot-Préameneu, pour désigner un acte de soumission et de respect. Désireux de mettre le nom d'accord avec la chose (*consequentia nomina rebus esse studentes*), nos législateurs ont remplacé l'expression *sommations respectueuses* par celle d'*actes respectueux*.

La nécessité des *sommations respectueuses* paraît avoir été introduite dans notre ancien droit par la déclaration du 26 novembre 1639. Si un enfant s'était marié sans obtenir le consentement de ses ascendants et sans requérir leur conseil, ceux-ci pouvaient l'exhérer et révoquer les donations qu'ils lui avaient faites.

Les *sommations respectueuses* furent abolies par la loi du 20 septembre 1792. Plusieurs blâment notre législateur de les avoir rétablies.

Le nom même d'*acte respectueux* dit assez que cet acte ne doit rien contenir d'injurieux, ni même de blessant pour l'ascendant auquel il s'adresse. On doit éviter d'y employer le mot *sommation*.

433. De quels ascendants l'enfant doit-il requérir le conseil, par le moyen des actes respectueux? De tous ceux qui refusent de consentir à son mariage, et dont il serait tenu de demander le consentement, s'il n'avait pas atteint sa majorité matrimoniale. Cette formule est beaucoup plus simple que celle de l'art. 151. Ainsi l'enfant a son père et sa mère; tous deux refusent leur consentement. Il devra requérir le conseil de chacun d'eux. Si l'un des deux consent au mariage, on se bornera à requérir le conseil de l'autre. Il en sera de même, si l'un des auteurs de l'enfant est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté. Enfin si le père et la mère sont tous les deux morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, l'enfant devra requérir le conseil de ses aïeuls et aïeules, à défaut du consentement de ceux-ci.

L'enfant, qui a requis le conseil de ses ascendants conformément à l'art. 151, peut-il immédiatement, sur leur refus, passer outre à la célébration de son mariage? La solution négative résulte des art. 152 et 153 : « *Depuis la majorité fixée par l'article 148, jusqu'à l'âge de trente ans accomplis pour les fils, et jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans accomplis pour les filles, l'acte respectueux*

» prescrit par l'article précédent, et sur lequel il n'y aurait pas de
 » consentement au mariage, sera renouvelé deux autres fois, de
 » mois en mois ; et un mois après le troisième acte, il pourra être
 » passé outre à la célébration du mariage » (art. 152). « Après
 » l'âge de trente ans » (ajoutez : ou de vingt-cinq ans pour les
 » filles), il pourra être, à défaut de consentement sur un acte res-
 » pectueux, passé outre, un mois après, à la célébration du mariage »
 (art. 153) (1).

La loi exige donc, tantôt trois actes respectueux, tantôt un seul.

Elle en exige trois, quand l'enfant a moins de vingt-cinq ans, si c'est une fille, ou moins de trente ans, si c'est un fils. L'acte respectueux, dit la loi, doit alors être *renouvelé deux autres fois de mois en mois*. Donc, le premier acte respectueux ayant été fait le 10 juin, le deuxième pourra être fait le 10 juillet, et le troisième le 10 août. Et remarquez qu'il faut trois actes respectueux distincts : il ne suffirait pas, pour la deuxième et la troisième épreuves, de donner une copie du premier acte respectueux (arg. du mot *renouvelé*).

Un seul acte respectueux suffit, après trente ans pour les fils (art. 153) ; ajoutez : *ou après vingt-cinq ans pour les filles*, ainsi que cela résulte très nettement de l'article précédent.

Un mois après l'acte respectueux unique ou le troisième acte respectueux, suivant que la loi en exige un ou trois, il peut être passé outre à la célébration du mariage. La nécessité d'accomplir la formalité des actes respectueux a donc pour conséquence de retarder la célébration d'un mois au moins et de trois mois au plus. On a vu plus haut quel est, dans la pensée du législateur, le but de ce sursis : il espère en voir découler un accord entre l'enfant et sa famille.

La loi fixe un délai *minimum* avant l'expiration duquel le mariage ne peut pas être célébré ; mais elle ne fixe pas de délai après lequel il ne puisse plus l'être. Les actes respectueux conservent donc indéfiniment leur vertu.

434. Formes des actes respectueux. — « L'acte respectueux » sera notifié à celui ou ceux des ascendants désignés en l'article 151, par deux notaires, ou par un notaire et deux témoins ;

(1) Dans le système primitivement admis par le législateur du code civil, un seul acte respectueux devait suffire dans tous les cas pour vaincre la résistance des ascendants. Mais plus tard le législateur se ravisa. A la date du 1^{er} germinal an xii (12 mars 1804) il décréta six articles qui, promulgués le 1^{er} germinal an xii (22 mars 1804), sont devenus les art. 152, 153, 154, 155, 156 et 157. Une proposition de loi, adoptée par la chambre des députés en juin 1890, supprime la nécessité du renouvellement des actes respectueux.

» *et, dans le procès-verbal qui doit en être dressé, il sera fait mention de la réponse* » (art. 154).

Dans notre ancien droit, les sommations respectueuses étaient notifiées par des huissiers. A une époque où on disait *sommation respectueuse*, le ministère des huissiers était tout indiqué, car les sommations rentrent dans leurs attributions. Notre législateur, qui a changé le nom de ces actes, a changé aussi l'officier chargé de leur notification. Au lieu de l'huissier il a choisi le notaire, afin d'éviter, comme le dit Bigot-Prémeneu, l'impression toujours pénible que font les officiers chargés d'exécuter les ordres rigoureux de la justice.

Le vœu de la loi est certainement que le notaire, chargé de notifier l'acte respectueux, fasse cette notification à l'ascendant lui-même, parlant à sa personne, de manière à pouvoir conférer avec lui. L'art. 154 le prouve bien, en disant que, dans le procès-verbal dressé par le notaire, *il sera fait mention de la réponse* de l'ascendant. On pourrait même être tenté d'induire de cette disposition que le notaire doit nécessairement lui parler. Mais, s'il en était ainsi, l'ascendant pourrait rendre impossible la notification de l'acte respectueux, en se tenant éloigné de son domicile, ou en refusant de recevoir le notaire ou même de lui répondre après l'avoir reçu : ce qui est bien évidemment inadmissible. Tout ce que l'on peut raisonnablement induire de la disposition dont il s'agit, c'est que le notaire doit faire son possible pour voir l'ascendant, pour conférer avec lui ; il ne satisferait certainement pas au vœu de la loi, s'il épiait le moment où l'ascendant est absent pour se présenter à son domicile. Mais si l'ascendant est absent lorsque le notaire se présente, ou si étant présent il refuse de le recevoir, le notaire ne sera pas obligé de se représenter : il pourra laisser l'acte respectueux au domicile de l'ascendant, sauf à mentionner ces faits dans son procès-verbal ; de même aussi que si l'ascendant, ayant reçu le notaire, refuse de lui répondre, le notaire mentionnera ce refus. Après tout, refuser de répondre, c'est faire une réponse. Le notaire la mentionnera telle quelle. Chambéry, 7 juin 1886, S., 87. 2. 37.

En imposant au notaire l'obligation de mentionner dans son procès-verbal la réponse de l'ascendant, l'art. 154 nous donne à entendre que l'enfant ne doit pas nécessairement être présent à la notification de l'acte respectueux. En effet la loi n'a pu raisonnablement exiger la mention de la réponse que pour qu'elle fût transmise à l'enfant, et cette exigence ne se concevrait pas, si l'enfant devait nécessairement être là, présent, et entendre par suite la réponse de son ascendant. Il y avait de bonnes raisons d'ailleurs pour ne pas exiger la présence de l'enfant, car elle aurait pu être l'occasion de scènes regrettables. Et cependant il y a quelque doute sur la question que nous venons d'agiter, à cause des explications données par Bigot-Prémeneu lors de la confection de la loi, et de l'autorité toujours si grave de Pothier qui exigeait la présence de l'enfant lors de la notification des sommations respectueuses. Mais nous voyons que l'opinion de Pothier n'était point suivie dans la pratique, et il est peu probable que notre législateur ait voulu la consacrer.

435. L'art. 155 prévoit une hypothèse particulière : « *En cas d'absence de l'ascendant auquel eût dû être fait l'acte respectueux, il sera passé outre à la célébration du mariage, en représentant le jugement qui aurait été rendu pour déclarer l'absence, ou, à défaut de ce jugement, celui qui aurait ordonné l'enquête, ou, s'il n'y a point encore eu de jugement, un acte de notoriété délivré par le juge de paix du lieu où l'ascendant a eu son dernier domicile connu. Cet acte contiendra la déclaration de quatre témoins appelés d'office par ce juge de paix* ».

Ce texte suppose que l'ascendant absent est le seul qui reste à l'enfant. S'il en existe d'autres et qu'ils soient en état de manifester leur volonté, ils remplacent l'absent et par conséquent il faudra leur adresser des actes respectueux (art. 151).

* **436. Causes de nullité des actes respectueux.** — La loi n'en indique aucune. Personne ne voudrait conclure de là qu'un acte respectueux, si informe qu'il soit, ne peut jamais être déclaré nul. Il faut appliquer ici la théorie des nullités virtuelles (*supra* n. 96), qui se résume à ceci : L'interprète ne peut pas créer de nullités ; il ne doit admettre que celles établies par la loi. Mais le législateur ne manifeste pas toujours expressément sa volonté à cet égard. Quelquefois il la manifeste tacitement ; l'interprète doit alors la rechercher et la constater. Par application de ce principe, un acte respectueux devra être considéré comme nul toutes les fois qu'il y aura absence d'une formalité *substantielle*, et nous appelons de ce nom toute formalité dont l'absence empêcherait l'acte respectueux de remplir le but que le législateur a voulu atteindre. On considère généralement comme ayant ce caractère, et comme devant par suite être observés à peine de nullité :

1° *La rédaction et la notification de l'acte par un notaire.* La loi en effet a désigné cet officier public parce qu'à raison de la nature de ses fonctions, qui le rendent le confident de bien des secrets, il a paru plus apte que tout autre à remplir une mission de conciliation extrêmement délicate. Mettez un huissier à la place du notaire, et vous dénaturez l'institution des actes respectueux ; vous faites dégénérer un acte de soumission et de respect en un acte d'hostilité.

2° *Les formalités requises, à peine de nullité, pour les actes notariés en général, par la loi du 25 ventôse de l'an XI.* En faisant de l'acte respectueux un acte notarié, le code civil l'a implicitement soumis, quant à sa validité, à toutes les conditions de forme prescrites pour les actes notariés.

3° *La notification de l'acte respectueux à chaque ascendant auquel il doit être adressé.*

4° *Le renouvellement de l'acte respectueux, quand la loi exige une triple épreuve, et l'observation des délais prescrits pour ce renouvellement.*

5° Enfin *la rédaction de l'acte en termes respectueux.*

L'ascendant qui voudra se prévaloir de la nullité des actes respectueux formera opposition au mariage, et il fera valoir ses moyens de nullité sur la demande en mainlevée de l'opposition.

437. B. L'enfant légitime n'a plus aucun ascendant. « *S'il n'y a ni père ni mère, ni aïeux ni aïeules, ou s'ils se trouvent tous dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les fils ou filles mineurs de vingt-un ans ne peuvent contracter mariage sans le consentement du conseil de famille* » (art. 160).

Ainsi, l'enfant qui n'a plus d'ascendants est-il majeur de vingt et un ans ? Il peut se marier sans le consentement de personne.

Est-il mineur de vingt et un ans ? Il ne peut se marier sans le consentement d'un conseil de famille : l'homologation du tribunal n'est pas nécessaire.

On voit que, lorsqu'il n'existe plus d'ascendants, la majorité matrimoniale est fixée à vingt et un ans pour les fils comme pour les filles, tandis que, lorsqu'il existe des ascendants, les fils n'atteignent leur majorité matrimoniale qu'à l'âge de vingt-cinq ans. Différence assez difficile à justifier.

Les enfants mineurs de vingt et un ans, qui n'ont plus d'ascendants, ne peuvent, dit notre article, contracter mariage « sans le *consentement* du conseil de famille ». Ce n'est pas un simple *avis* que le conseil de famille est appelé à donner ici, mais bien un *consentement*. Aussi décide-t-on généralement que l'enfant n'a pas plus de recours contre le refus de consentement du conseil de famille, qu'il n'en aurait contre le refus de consentement de ses ascendants. L'art. 883 C. pr. n'infirmé en rien cette solution : il permet en

effet d'attaquer, et encore dans certains cas seulement, les avis du conseil de famille, ainsi que cela résulte de la rubrique du titre dans lequel est placé l'art. 883 : *Des avis de parents*. La jurisprudence française est en ce sens, ainsi que la doctrine. La jurisprudence belge est en sens contraire. Bruxelles, 11 juin 1890, D., 91. 2. 249.

Si l'on admet cette solution, on doit décider que la délibération du conseil de famille, qui refuse à un enfant le consentement nécessaire à son mariage, n'a pas besoin d'être motivée, même quand elle n'est pas prise à l'unanimité ; car la loi, dans les cas ordinaires, n'a pu exiger que les délibérations du conseil de famille fussent motivées qu'en vue du recours dont elles peuvent être l'objet.

Le décès des père et mère et autres ascendants ou l'impossibilité dans laquelle ils se trouvent de manifester leur volonté doivent être prouvés conformément aux règles du droit commun. Il résulte cependant de l'avis du conseil d'Etat du 4 thermidor de l'an XIII, que, s'il y a impossibilité de produire les actes de décès des ascendants ou de fournir la preuve de leur absence, faute de connaître leur dernier domicile, « il peut être procédé à » la célébration du mariage des majeurs, sur leur déclaration à serment que le lieu du » décès et celui du dernier domicile de leurs ascendants leur sont inconnus. Cette déclara- » tion doit être certifiée aussi par la déclaration des quatre témoins de l'acte de » mariage, lesquels affirment que quoiqu'ils connaissent les futurs époux, ils ignorent le » lieu du décès de leurs ascendants et leur dernier domicile. Les officiers de l'état civil » doivent faire mention dans l'acte de mariage desdites déclarations ».

DEUXIÈME HYPOTHÈSE. *Il s'agit d'un enfant naturel.*

438. Notre ancien droit n'obligeait pas les enfants naturels à prendre le consentement de leurs père et mère quand ils voulaient se marier, mais seulement celui de leur tuteur ou curateur. On considérait alors le droit pour les ascendants de consentir au mariage de leurs descendants comme un attribut de la puissance paternelle, et cette puissance elle-même comme un fruit du mariage. Dans notre droit actuel, la puissance paternelle est moins un droit qu'un devoir, devoir d'élever l'enfant, de le protéger, et à ce titre elle existe sur l'enfant naturel comme sur l'enfant légitime. Les art. 158 et 159 contiennent des conséquences de ce principe. Ils établissent la distinction suivante :

a. L'enfant naturel a été légalement reconnu, et il a encore ses père et mère ou l'un d'eux. — L'art. 158 dit, en vue de cette hypothèse : « *Les dispositions contenues aux articles 148 et 149, et les » dispositions des articles 151, 152, 153, 154 et 155, relatives à » l'acte respectueux qui doit être fait aux père et mère, dans le » cas prévu par ces articles, sont applicables aux enfants naturels » légalement reconnus ».*

La reconnaissance d'un enfant naturel n'établit de lien qu'entre lui et son père ou sa mère qui l'a reconnu, mais elle ne le fait pas entrer dans la famille de son père ou de sa mère. L'enfant naturel reconnu a donc, légalement parlant, un père ou une mère, ou les deux à la fois s'il a été reconnu par l'un et par l'autre, mais il n'a pas d'aïeux ni d'aïeules, et c'est pourquoi l'art. 158 renvoie aux art. 148 et 149, relatifs au consentement à obtenir du père et de

la mère, mais non à l'art. 150 relatif au consentement à obtenir des aïeux et aïeules. C'est pour le même motif que notre texte déclare applicables à l'enfant naturel les art. 151, 152, 153, 154 et 155, mais seulement dans celles de leurs dispositions qui sont relatives aux actes respectueux à faire *aux père et mère*, ce qui exclut l'application des dispositions de ces mêmes articles, relatives aux actes respectueux à faire aux aïeux et aïeules. Bref, l'enfant naturel reconnu, qui a encore ses père et mère ou l'un d'eux, se trouve à leur égard, relativement à son mariage, dans la même situation qu'un enfant légitime. Il devra donc, suivant les cas, obtenir leur consentement ou requérir leur conseil, comme il devrait le faire s'il était enfant légitime.

b. L'enfant naturel n'a point été reconnu, ou bien ses père et mère qui l'ont reconnu, sont morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté. — Ce cas est réglé par l'art. 159, ainsi conçu : « *L'enfant naturel qui n'a point été reconnu, et celui qui, après l'avoir été, a perdu ses père et mère, ou dont les père et mère ne peuvent manifester leur volonté, ne pourra, avant l'âge de vingt-un ans révolus, se marier qu'après avoir obtenu le consentement d'un tuteur ad hoc qui lui sera nommé* ».

Ainsi l'enfant naturel dont il s'agit n'a besoin pour se marier du consentement de personne, s'il est majeur. S'il est mineur, il doit obtenir le consentement d'un tuteur *ad hoc*, c'est-à-dire d'un tuteur nommé spécialement pour cet objet. Pourquoi d'un tuteur *ad hoc*, et non d'un conseil de famille, comme il paraîtrait naturel de le décider par argument d'analogie tiré de l'art. 160? L'enfant dont nous nous occupons, qu'on le remarque bien, n'a pas de famille. Cela est vrai non seulement de l'enfant qui n'a pas été reconnu, mais aussi de celui qui, ayant été légalement reconnu par ses père et mère les a perdus : ses père et mère, c'était toute sa famille, la reconnaissance n'établissant aucun lien entre l'enfant reconnu et les parents de ses père et mère (*infra* n. 906). Il était donc impossible de composer à cet enfant un conseil de famille à proprement parler, c'est-à-dire une assemblée formée d'une réunion de parents ou d'alliés. Tout ce qu'on pouvait faire, c'était de donner à l'enfant un simulacre de conseil de famille formé d'amis de son père ou de sa mère, soit la plupart du temps d'indifférents. Une pareille assemblée aurait-elle bien pris son rôle au sérieux, si on l'avait investie du soin de veiller aux destinées de l'enfant naturel? La loi n'a pas osé l'espérer; elle a mieux aimé mettre sa confiance dans un tuteur *ad hoc*. — On objectera

sans doute que le tuteur *ad hoc* sera lui-même un indifférent. — Peut-être bien. Mais en tout cas il offre une garantie qu'on ne trouve pas dans une assemblée d'indifférents : se sentant seul responsable, il sera naturellement porté à prendre à cœur sa mission, et se fera un point d'honneur de s'en acquitter consciencieusement.

Qui nommera le tuteur *ad hoc*? Le conseil de famille, répond-on en général; c'est le droit commun (arg. art. 405). — Oui; mais on vient de voir ce que peut être le conseil de famille d'un enfant naturel qui n'a pas de père ni de mère légalement connus, ou qui ne les a plus : une assemblée d'indifférents. Aussi quelques auteurs pensent-ils que la nomination doit être faite par le tribunal. Après tout, la loi ne dit pas par qui ce tuteur sera nommé. Et s'il y a un texte (art. 405) qui donne au conseil de famille le pouvoir général de nommer les tuteurs, on n'en trouve pas qui lui accorde d'une manière spéciale le droit de nommer les tuteurs *ad hoc*. Il y a une lacune dans la loi, et c'est à l'interprète de la combler pour le mieux. — Rien ne s'opposerait d'ailleurs à ce que la fonction de tuteur *ad hoc* fût confiée au tuteur de l'enfant, s'il en a déjà un; mais cette fonction ne lui est pas attribuée de plein droit, il faut qu'elle lui soit conférée; la loi veut en effet qu'il soit nommé à l'enfant un tuteur *ad hoc*.

439. Sanction des dispositions imposant aux enfants l'obligation d'obtenir le consentement de leurs ascendants ou de requérir leur conseil. — Ce peut être quelquefois la nullité du mariage célébré sans les consentements requis, ainsi qu'on le verra sous les art. 180 et s. Nous ne nous occuperons ici que de la sanction pénale qui atteint l'officier de l'état civil.

Aux termes de l'art. 156 : « *Les officiers de l'état civil qui auraient procédé à la célébration des mariages contractés par des fils n'ayant pas atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis, ou par des filles n'ayant pas atteint l'âge de vingt-un ans accomplis, sans que le consentement des pères et mères, celui des aïeuls et aïeules, et celui de la famille dans le cas où ils sont requis, soient énoncés dans l'acte de mariage, seront, à la diligence des parties intéressées et du procureur du Roi près le tribunal de première instance du lieu où le mariage aura été célébré, condamnés à l'amende portée par l'article 192, et, en outre, à un emprisonnement dont la durée ne pourra être moindre de six mois* ». La loi ayant omis de fixer le maximum de la durée de l'emprisonnement, il en résulte qu'il ne pourra jamais dépasser six mois; car autrement où serait la limite? Nous n'avons plus dans notre droit actuel de peines arbitraires. Six mois, c'est donc à la fois le maximum et le minimum de la peine.

Le texte que nous venons de transcrire est relatif au cas où le consentement, requis par la loi pour la validité du mariage de l'enfant, existe, mais n'a pas été énoncé dans l'acte de mariage.

Plus grave serait le cas où l'officier de l'état civil aurait célébré le mariage en l'absence des consentements exigés par la loi; aussi l'art. 193 du code pénal prononce-t-il pour ce cas une peine plus sévère. « Lorsque, pour la validité d'un mariage, la loi prescrit le consentement des père, mère ou autres personnes, et que l'officier de l'état civil ne se sera point assuré de l'existence de ce consentement, il sera puni d'une amende de seize francs à trois cents francs, et d'un emprisonnement de six mois au moins et d'un an au plus ». On a prétendu, sans aucun fondement, que ce texte abroge l'art. 156 du code civil. L'art. 156 C. civ. et l'art. 193 C. pén. sont parfaitement susceptibles de se concilier l'un avec l'autre, puisqu'ils prévoient deux hypothèses différentes, l'un le défaut de mention d'un consentement qui existe, l'autre l'absence de consentement. Chaque article recevra donc son application dans le cas spécial qu'il prévoit. Et c'est ce que dit au surplus en toutes lettres l'art. 195 du code pénal, qui est le complément de l'art. 193 : « sans préjudice aussi des autres dispositions pénales du titre V du livre 1^{er} du code civil ».

La sanction destinée à assurer l'observation des dispositions relatives aux actes respectueux est moins sévère, parce que la violation de ces dispositions ne peut jamais entraîner

la nullité du mariage. L'art. 157 dit à ce sujet : « *Lorsqu'il n'y aura pas eu d'actes respectueux, dans le cas où ils sont prescrits, l'officier de l'état civil qui aurait célébré le mariage, sera condamné à la même amende, et à un emprisonnement qui ne pourra être moindre d'un mois* ». On voit que, d'une part, la peine est moins forte que celle prononcée par l'art. 156, et que, d'autre part, cette peine atteint seulement l'officier de l'état civil qui a célébré un mariage sans que les actes respectueux prescrits par la loi aient été faits, mais non celui qui a simplement omis de mentionner dans l'acte de mariage l'existence des actes respectueux.

V. *Absence pour chaque contractant de tout lien conjugal antérieur non dissous.*

440. « *On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier* », dit l'art. 147. La polygamie est prohibée chez nous comme chez tous les peuples occidentaux. Nos lois pénales la répriment sévèrement (C. pén., art. 340).

L'art. 147 contient une disposition d'ordre public. Telle était bien l'idée de Portalis, lorsqu'il disait : « *En approchant des pays où la polygamie est permise, il semble qu'on s'éloigne de la morale même* ». Aussi est-il sans difficulté que l'art. 147 serait applicable aux étrangers qui se trouvent en France, même à ceux dont le statut personnel autorise la polygamie (arg. art. 3) : ils ne pourraient pas, en invoquant ce statut, contracter en France un deuxième mariage avant la dissolution du premier.

On peut contracter non seulement un deuxième mariage après la dissolution du premier, mais un troisième après la dissolution du second, et ainsi de suite. D'une manière générale, on peut contracter un nouveau mariage après la dissolution du précédent. Voyez cependant les art. 228 et 296.

VI. *Absence entre les contractants d'un lien de parenté ou d'alliance trop étroit.*

441. L'union charnelle de deux personnes parentes ou alliées au degré où le mariage est prohibé constitue l'inceste (de *in castus*, contraire à la chasteté). A la différence de ce qui a lieu dans la plupart des autres législations, l'inceste n'est pas puni, comme tel, par la loi pénale française. On en donne pour raison que la constatation de l'inceste est difficile, et qu'elle serait d'ailleurs pleine de scandale. Mais ni l'un ni l'autre de ces motifs n'existe en cas de mariage célébré. On aurait donc dû punir l'inceste au moins dans ce cas.

Très anciennement, le droit canonique formulait des prohibitions de mariage fort étendues, à raison de la parenté ou de l'alliance. Il interdisait le mariage entre parents collatéraux jusqu'au septième degré, ce qui peut correspondre au quatorzième d'après la supputation civile. Ces prohibitions, qui nous paraissent aujourd'hui injustifiables, n'avaient peut-être pas pour but unique, comme on l'a prétendu, de créer une source de revenus à l'Eglise, en obligeant les particuliers à demander des dispenses qu'on leur faisait payer. Après l'invasion, ce fut une grande pensée que celle d'amener la fusion des races diverses qui peuplaient la Gaule. L'extension des prohibitions de mariage fondées sur la parenté ou l'alliance pouvait favoriser dans une certaine mesure la réalisation de ce but. En formulant ces prohibitions, le droit canonique a pu se préoccuper aussi d'assurer la pureté des mœurs au sein de la famille. Enlever aux parents qui vivent sous le même toit tout espoir de mariage, c'est les détourner de l'idée d'un commerce criminel. Mais à ce point de vue, le seul dont notre législateur se soit préoccupé, on peut se montrer très sobre de prohibitions, et il peut paraître suffisant de limiter, comme l'a fait le code civil, la prohi-

bition du mariage entre parents en ligne directe à l'infini, et, en ligne collatérale, entre parents au second et au troisième degré (frère et sœur; oncle et nièce; tante et neveu). Mais la question a encore une autre face : il faut se préoccuper de l'abâtardissement de la race, résultant, au dire des physiologistes, des mariages entre proches parents. Sous ce dernier aspect, il eût été bon peut-être de prohiber les mariages entre cousins germains, qui donnent trop souvent naissance à des sujets atteints de crétinisme ou de surdi-mutité.

442. Les empêchements de mariage résultant de la parenté ou de l'alliance, sont indiqués dans les art. 161 à 164.

443. « *En ligne directe, le mariage est prohibé entre les ascendants et descendants légitimes ou naturels, et les alliés dans la même ligne* » (art. 161).

Entre parents en ligne directe, la prohibition du mariage est donc absolue. Cette règle était écrite dans le cœur de tous les hommes, avant de l'être dans leurs codes.

La prohibition embrasse les parents et les alliés en ligne directe *in infinitum*. — *Les parents en ligne directe*. Ainsi le père ne peut pas épouser sa fille, l'aïeul sa petite-fille... — *Les alliés en ligne directe*. Ainsi, après la mort de ma femme, je ne puis épouser sa mère ou la fille qu'elle a eue d'un autre mariage.

La prohibition, édictée entre parents et alliés en ligne directe comprend les parents et alliés naturels, aussi bien que les parents et alliés légitimes.

Les parents naturels. Ainsi un homme ne peut pas épouser sa fille naturelle ou la fille naturelle de son fils.

Les alliés naturels. Ainsi un fils naturel ne peut pas épouser la femme légitime de son père, après le décès de celui-ci. Mais il pourrait épouser la femme avec laquelle son père a vécu en concubinage. Le concubinage engendrait, il est vrai, dans notre ancien droit, qui avait suivi sur ce point les traditions du droit canonique, une alliance naturelle produisant des empêchements de mariage comme l'alliance légitime. Mais le droit canonique et notre ancien droit sont abrogés, et on ne trouve dans nos lois aucun texte qui permette de décider que l'alliance résulte du concubinage, ou tout au moins que cette alliance soit une source d'empêchements de mariage.

444. Les art. 162 à 164 donnent la liste des empêchements de mariage, résultant de la parenté collatérale.

« *En ligne collatérale, le mariage est prohibé entre le frère et la sœur légitimes ou naturels, et les alliés au même degré* » (art. 162).

Les frères et sœurs légitimes sont ceux qui doivent le jour à un mariage; les frères et sœurs naturels, ceux qui sont issus d'une union illégitime. La prohibition du mariage entre frères et sœurs étant formulée par la loi dans les termes les plus généraux, il s'ensuit qu'elle existe entre frères et sœurs utérins ou consanguins, aussi bien qu'entre frères et sœurs germains soit légitimes, soit naturels.

Les alliés au degré de frère et sœur sont le beau-frère et la belle-sœur. Je ne puis pas épouser la sœur de ma femme après la

mort de celle-ci, ni la femme de mon frère après la mort de celui-ci.

445. Pour constituer un empêchement de mariage dans les cas prévus par les art. 161 et 162, la parenté naturelle doit-elle être *légalement établie*, c'est-à-dire constatée par une reconnaissance volontaire ou forcée? Ou bien au contraire suffit-il qu'elle soit établie par un mode de preuve quelconque, principalement par la preuve testimoniale, ou même par la commune renommée, c'est-à-dire par la *vox de via collecta*. A l'appui de cette dernière solution, qui vient d'être consacrée par un jugement du tribunal de Versailles du 13 janvier 1892 (S., 92. 2. 92), on dit que des considérations de décence publique s'opposent à ce qu'un homme puisse épouser une femme qui passe publiquement pour être sa fille ou sa sœur naturelle, alors même que cette parenté n'est pas légalement établie, que dans le système contraire, il ne serait possible en aucun cas d'empêcher le mariage qu'un homme voudrait contracter avec sa fille adultérine ou incestueuse, une semblable filiation ne pouvant pas être légalement constatée (art. 335), et enfin que, dans les art. 161 et 162, la loi, à la suite des mots *légitimes ou naturels*, n'ajoute pas les mots *légalement reconnus*, comme elle le fait ordinairement et notamment dans l'art. 158. Cette omission, dit-on, paraît bien intentionnelle; car la cour de Lyon, dans ses observations, avait précisément proposé l'addition des mots *légalement reconnus*. — Ces raisons sont loin d'être sans réplique. En ce qui concerne la proposition de la cour de Lyon, la vérité est que nous ignorons pour quel motif il n'a pas été donné suite à cette proposition; le plus probable est qu'elle a passé inaperçue. Peut-être aussi, tout en partageant au fond l'avis de la cour, le législateur a-t-il jugé inutile l'addition des mots *légalement reconnus*; car en définitive cette addition revenait à dire que, pour la preuve de la parenté naturelle, on suivrait les règles du droit commun; or une semblable proposition n'a pas besoin d'être formulée dans un texte de loi: il va de soi que le droit commun s'applique toutes les fois qu'il n'y est pas dérogé. D'ailleurs il ne deviendra pas ainsi impossible, comme on le prétend, d'empêcher un mariage entre parents adultérins ou incestueux. On verra en effet (*infra* n. 900 *bis*) qu'il y a des cas dans lesquels cette parenté se trouve légalement constatée. Et quant au scandale qui pourra résulter de certains mariages contractés entre personnes qui sont unies par le lien de parenté déterminé par les art. 161 et 162, sans que cette parenté soit légalement établie, la question est de savoir s'il ne vaut pas mieux tolérer ce scandale, dont la pratique d'ailleurs n'offre guère d'exemples, que d'en autoriser un autre plus grave encore, et en tout cas plus fréquent, en permettant, pour le cas spécial dont il s'agit, la preuve de la paternité ou de la maternité naturelle par tous les moyens. C'est pour des raisons d'ordre public que le législateur a réglementé d'une manière sévère la preuve de la filiation naturelle: il a craint le scandale des procédures en recherche de la paternité ou de la maternité et aussi le trouble qu'elles jetteraient dans les familles. Les règles qu'il a tracées en cette matière doivent donc être appliquées toutes les fois qu'il n'y a pas été dérogé par une disposition formelle. Trouve-t-on cette dérogation dans les art. 161 et 162?

446. « *Le mariage est encore prohibé entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu* » (art. 163). Naturellement appelés à remplir auprès de leurs neveux et nièces l'office de père et de mère après le décès de ceux-ci, les oncles et tantes sont, comme le dit la loi romaine, *loco parentum*. De là la prohibition de mariage édictée par notre article.

Ce motif semblant s'opposer avec une force plus grande encore au mariage entre le grand-oncle et la petite-nièce, la grand'tante et le petit neveu (1), il peut paraître naturel de considérer un semblable mariage comme compris dans la prohibition de l'art.

(1) Mon petit-neveu ou ma petite-nièce, c'est le petit-fils ou la petite-fille de mon frère ou de ma sœur, l'enfant de mon neveu ou de ma nièce.

163; d'autant plus que les dénominations d'*oncle* et *nièce*, *tante* et *neveu*, sont génériques, et semblent comprendre le grand-oncle et la petite-nièce, d'une part, la grand-tante et le petit-neveu, d'autre part. Telle était d'ailleurs la solution admise par le droit romain. La jurisprudence paraît se fixer en ce sens (Cass., 28 novembre 1877, S., 78. 1. 337, D., 78. 1. 209). Et toutefois il y a une grave raison de douter. Elle est tirée de ce grand principe, qui domine toute la matière, qu'il n'y a pas d'autres empêchements de mariage que ceux qui résultent d'un texte formel de loi. Le seul texte que nous possédions est l'art. 163. Or il y a au moins quelque doute sur le point de savoir si le législateur y comprend le grand-oncle et la petite-nièce, la grand-tante et le petit-neveu sous les dénominations d'*oncle* et *nièce*, *tante* et *neveu*. Ce doute ne doit-il pas s'interpréter en faveur du mariage ?

Dans le sens de la dernière solution, il existe un avis du conseil d'Etat du 23 avril 1808, et, dans le sens de la première, une décision de l'empereur du 7 mai de la même année. Mais ces deux documents sont sans autorité dans le débat; ils n'ont en effet ni l'un ni l'autre la force législative, l'avis du conseil d'Etat, parce qu'il n'a pas été approuvé par l'empereur (*supra* n. 98), et la décision de l'empereur, parce qu'elle n'a pas été rendue dans la forme ordinaire des décrets; elle n'est même pas signée par l'empereur, ni par un ministre. Ces documents laissent donc la question entière.

447. La cour de cassation juge avec raison que le mariage est permis entre un oncle et sa nièce naturelle, de même qu'entre une tante et son neveu naturel (mon neveu ou ma nièce naturelle, c'est le fils ou la fille naturelle de mon frère ou de ma sœur). En effet nous ne retrouvons plus dans l'art. 163 les mots *légitimes* ou *naturels* qui figurent dans les deux articles précédents, et il n'existe aucun autre texte établissant la prohibition.

De même il n'existe pas d'empêchement légal au mariage entre alliés au degré d'oncle et nièce, tante et neveu. L'art. 163 n'ajoute pas comme le précédent ces mots : *et les alliés au même degré*.

448. Dispenses à raison de la parenté ou de l'alliance. — Les empêchements de mariage, résultant de la parenté ou de l'alliance en ligne directe, ne peuvent jamais être levés. Il en est de même, en ligne collatérale, de l'empêchement au mariage du frère et de la sœur. Des dispenses peuvent être accordées pour les autres empêchements. L'art. 164 dit à ce sujet : « *Néanmoins, il est loisible au Roi de lever, pour des causes graves, les prohibitions portées par l'article 162 aux mariages entre beaux-frères et belles-sœurs, et par l'article 163, aux mariages entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu* ». Ce texte doit sa rédaction actuelle à la loi du 16 avril 1832. Il portait primitivement : « *Néanmoins, il est loisible au Roi de lever, pour des causes graves, les prohibitions portées au précédent article* ». C'est donc seulement depuis 1832 qu'il a pu être accordé des dispenses pour les mariages entre beaux-frères et belles-sœurs.

Il résulte d'une instruction ministérielle du 29 avril 1832, que l'existence entre les postulants d'un commerce illicite ne doit pas, en principe, servir de fondement à une dispense. La circulaire cite comme exemples de causes qui peuvent être invoquées avec succès : « l'intérêt des enfants qui retrouveraient dans un oncle la protection d'un père, dans une tante les soins d'une mère » ; l'intérêt des époux eux-mêmes et de leurs familles : comme si le mariage peut avoir « pour résultat de conserver une exploitation ou un établissement dont la ruine blesserait des intérêts importants..., de prévenir ou terminer un procès, d'empêcher un partage nuisible, de favoriser des arrangements de famille..., de procurer à l'un des époux un état ou des moyens d'existence ».

En ce qui concerne le mode d'obtention des dispenses, voyez l'arrêté du 20 prairial an XI.

449. Il n'y a pas, aux yeux de la loi civile, d'autres prohibitions de mariage à raison de la parenté ou de l'alliance que ceux qui viennent d'être indiqués. C'est ainsi que le mariage est permis entre cousins germains.

De même deux frères peuvent épouser les deux sœurs. — Deux sœurs peuvent se marier, l'une avec le père, l'autre avec le fils. — Mon fils d'un premier lit, et la fille que ma deuxième femme a eue d'un premier mariage peuvent également se marier ensemble. — Un homme peut épouser la belle-mère de sa femme décédée. — « C'est précisément, dit M. Demolombe, pour empêcher ces sortes d'unions que les canonistes, avant le troisième concile de Latran, avaient imaginé trois sortes d'alliances. Mais la vérité est que ces empêchements étaient fondés, non pas sur l'alliance, mais sur des motifs d'honnêteté publique et peut-être un peu aussi sur le désir, en multipliant les empêchements, de multiplier les revenus de la cour de Rome ».

450. Empêchements de mariage. Nous connaissons les conditions requises par la loi pour pouvoir contracter mariage. L'absence d'une de ces conditions constitue un *empêchement*, expression que le code civil n'emploie pas et qui est empruntée au droit canonique.

Les empêchements de mariage sont absolus ou relatifs, prohibitifs ou dirimants.

Absolus ou relatifs. Un empêchement est *absolu* quand il met une personne dans l'impossibilité légale de se marier avec qui que ce soit : tel est l'empêchement résultant du défaut d'âge. L'empêchement est *relatif* lorsqu'il n'existe qu'à l'égard de certaines personnes seulement, comme l'empêchement résultant de la parenté ou de l'alliance.

Prohibitifs ou dirimants. L'empêchement *prohibitif* (de *prohibere*) est celui qui met un obstacle légal à la célébration du mariage, mais n'a pas assez de puissance pour le faire annuler, si, en fait, il a été célébré au mépris de l'empêchement. On peut citer comme exemple l'empêchement résultant du défaut d'actes respectueux dans les cas où la loi en exige. L'officier de l'état civil, qui aura connaissance de cette omission, par une opposition ou autrement, devra refuser de procéder à la célébration du mariage ; mais s'il l'a célébré pour une cause quelconque, négligence, fraude ou ignorance, le mariage sera inattaquable. — L'empêchement *dirimant* (de *dirimere*, détruire) a une plus grande puissance. Non seulement il met, comme l'empêchement prohibitif, un obstacle légal à la célébration, mais il permet, si l'obstacle a été franchi, d'attaquer le mariage et de le faire annuler. Tel est l'empêchement résultant de l'existence d'un premier mariage non dissous, ou bien encore de la parenté ou de l'alliance.

451. Les empêchements de mariage, résultant de l'absence d'une des conditions qui viennent d'être passées en revue, et que le législateur énumère dans notre chapitre, ne sont pas les seuls. On en trouve encore quelques autres résultant soit de dispositions du code civil, soit de textes spéciaux. En voici l'énumération :

1° L'absence de l'un des conjoints forme un empêchement prohibitif au nouveau mariage que voudrait contracter le conjoint présent (*supra* n. 394 et 395).

2° L'art. 348 indique toute une série d'empêchements de mariage, résultant de l'adoption. Nous les étudierons en temps et lieu. On les considère généralement comme simplement prohibitifs.

3° D'après les décrets du 16 juin, du 3 août et du 28 août 1808, auxquels il faut ajouter un avis du conseil d'Etat du 22 novembre 1808, les militaires de l'armée de terre et de l'armée de mer, et ceux qui leur sont assimilés, ne peuvent contracter mariage sans l'autorisation de leurs supérieurs. Mais le mariage contracté sans cette autorisation ne serait pas nul. L'empêchement n'est donc que prohibitif.

4° Aux termes de l'art. 228 : « *La femme ne peut contracter un nouveau mariage qu'après dix mois révolus depuis la dissolution du mariage précédent* ». Pendant ces dix mois, il y a donc empêchement à un nouveau mariage pour la femme veuve. Suivant l'opinion générale, cet empêchement est simplement prohibitif.

5° On trouve une disposition analogue dans le nouvel article 296 : « *La femme divorcée ne pourra se remarier que dix mois après que le divorce sera devenu définitif* » (loi du 19 juillet 1884).

6° Aux termes de l'art 295 : « *Les époux divorcés ne pourront plus se réunir, si l'un ou l'autre a, postérieurement au divorce, contracté un nouveau mariage suivi d'un second divorce* ».

7° L'art. 298 établit un autre empêchement : « *Dans le cas de divorce admis en justice pour cause d'adultère, l'époux coupable ne pourra jamais se remarier avec son complice* ». Comme les précédents, cet empêchement est simplement prohibitif. Trib. de Lyon, 27 déc. 1888, S., 90. 2. 199, D., 90. 2. 365.

452. L'engagement dans les ordres sacrés forme-t-il un empêchement au mariage? En d'autres termes, les prêtres, diacres et sous-diacres catholiques peuvent-ils contracter mariage ?

Dans notre ancien droit, qui avait suivi sur ce point les traditions du droit canonique, c'était un point constant, au moins depuis les conciles de Latran et de Trente, que la prêtrise formait un empêchement et un empêchement dirimant de mariage. Il n'est pas moins certain que notre droit intermédiaire prit sur ce point le contre-pied de notre ancien droit. Citons notamment le décret de la convention nationale du 19 juillet 1793, aux termes duquel : « *Les évêques qui apporteraient, soit directement soit indirectement, quelque obstacle au mariage des prêtres seront déportés et remplacés* ». Tel était l'état de choses existant lors de la promulgation du code civil : la prêtrise ne constituait pas un empêchement de mariage ni dirimant ni même simplement prohibitif. Le législateur de 1804 a-t-il changé cet état de choses ? Nous ne le croyons pas. Les travaux préparatoires du code civil ne permettent guère le doute. Portalis dit dans l'exposé des motifs au corps législatif : « *Pour les ministres mêmes que nous conservons et à qui le célibat est ordonné par les règlements ecclésiastiques, la défense qui leur est faite du mariage par ces règlements n'est pas consacrée comme empêchement dirimant dans l'ordre civil* ». Ces paroles pourraient donner à penser que Portalis considérait la prêtrise comme constituant au moins un empêchement prohibitif. Mais il n'en est rien. Dans son rapport au gouvernement, du 13 frimaire de l'an XI, il dit : « *La prêtrise n'est point un empêchement au mariage ; une opposition au mariage fondée sur ce point ne serait pas reçue et ne devrait pas l'être, parce que l'empêchement provenant de la prêtrise n'a pas été sanctionné par la loi civile* ». On cite, il est vrai, trois lettres de lui, écrites alors qu'il était ministre des cultes, le 14 janvier 1806, le 30 janvier et le 9 février 1807, dans lesquelles il défend à des officiers de l'état civil de procéder à la célébration du mariage de prêtres catholiques. Mais il ne faut voir dans ces lettres qu'un acte de soumission d'un ministre un peu faible

à la volonté d'un maître à qui les illégalités étaient familières. N'est-ce pas sur l'ordre de ce même maître que le ministre de la justice, en 1803, défendait aux officiers de l'état civil de célébrer « aucun mariage entre des blancs et des nègresses, ni entre des nègres et des blanches ». D'ailleurs le maître lui-même, Napoléon, ne se faisait pas illusion à cet égard. En 1813, il chargea la section de législation du conseil d'Etat de rédiger un projet de loi pour interdire le mariage des prêtres catholiques. Ce projet de loi n'a jamais été rédigé. Mais celui qui en prenait l'initiative reconnaissait ainsi que la législation existante autorisait le mariage des prêtres. Et en effet c'est un principe certain qu'un texte de loi est nécessaire pour établir un empêchement de mariage, même simplement prohibitif. Or ce texte n'existe, en ce qui concerne le mariage des prêtres, ni dans le code civil ni dans aucune autre loi en vigueur.

On a prétendu le trouver, il est vrai, dans les art. 6 et 26 de la loi organique du concordat du 18 germinal an X. L'art. 6, dit-on, permet de prononcer une déclaration d'abus contre le prêtre catholique qui a enfreint les règles consacrées par les canons reçus en France, et l'art. 26 oblige les évêques à n'ordonner que des ecclésiastiques réunissant les conditions requises par les canons. Il n'est pas contesté que les canons qui prohibaient le mariage des prêtres aient été autrefois reçus en France, et qu'une jurisprudence unanime considérât la prêtrise comme un empêchement de mariage; or, d'après les textes précités, ces canons ont encore force de loi en France; donc ils prohibent le mariage des prêtres. — On a fort bien répondu que cet argument prouve trop pour prouver quelque chose. « Si l'argument tiré de l'art. 6 de la loi de germinal était fondé, dit M. Serrigny cité par M. Demolombe, et que tous les canons autrefois reçus en France soient redevenus obligatoires, je me fais fort d'en faire sortir l'ancien régime tout entier ».

Dans la doctrine, on est à peu près d'accord pour reconnaître que l'engagement dans les ordres sacrés ne forme pas un empêchement dirimant de mariage, mais un parti important considère cet engagement comme constituant un empêchement simplement prohibitif. Quant à la jurisprudence, elle a beaucoup varié. Par un arrêt en date du 26 février 1878 (D., 78. 1. 113, S., 78. 1. 241), la cour de cassation a jugé que la prêtrise est un empêchement dirimant de mariage. Jusqu'à cette époque la jurisprudence de la cour suprême paraissait assez incertaine: elle semblait incliner à admettre que la prêtrise constituait un empêchement de mariage simplement prohibitif. Le dernier arrêt de la cour de cassation consacre la solution que nous avons développée. Cet arrêt, en date du 25 janvier 1888 (D., 88. 1. 97, S., 88. 1. 193) est fondé sur les vrais principes: sécularisation de la législation civile, caractère essentiellement limitatif des textes qui établissent des empêchements de mariage. Nous sommes convaincu qu'il fixera la jurisprudence.

453. Si la prêtrise ne constitue pas un empêchement de mariage, à plus forte raison en est-il de même des vœux monastiques. La loi des 13-19 février 1790, encore en vigueur aujourd'hui (car elle n'a jamais été rapportée), décide que l'Etat ne reconnaît plus à l'avenir les vœux monastiques. Comment donc ces vœux pourraient-ils, aux yeux de la loi civile, constituer un empêchement de mariage?

Toutefois quelques auteurs admettent une exception à cette règle en ce qui concerne les religieuses hospitalières. Les art. 7 et 8 du décret du 18 février 1807, qui organise cette congrégation, admettent les religieuses hospitalières à contracter des vœux d'une année, depuis l'âge de seize ans jusqu'à leur majorité, et de cinq années après cet âge. Ces vœux, constatés par un acte que dresse l'officier de l'état civil, sont reconnus par la loi civile qui doit, dit-on, assurer leur exécution en mettant obstacle au mariage de celles qui les ont prononcés régulièrement. Ils constituent par suite un empêchement prohibitif.

454. Quant à l'impuissance, il est certain qu'elle ne forme pas un empêchement au mariage *inter scientes*; car si la procréation des enfants est le but principal du mariage, elle n'en est pas le but essentiel. Mais la question de savoir si l'impuissance de l'un des conjoints, quand elle a été ignorée par l'autre lors de la célébration, peut servir de base à une demande en nullité du mariage, est fortement controversée. Nous l'examinerons plus loin. V. *infra* n. 505.

CHAPITRE II

DES FORMALITÉS RELATIVES A LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE

455. Division de la matière. — Les formalités relatives à la célébration du mariage doivent être envisagées, d'abord en ce qui concerne le mariage des Français, puis en ce qui concerne le mariage des étrangers lorsqu'il est contracté en France.

§ I. *Des formalités relatives à la célébration du mariage des Français.*

456. Ces formalités varient, suivant que le mariage est célébré en France ou en pays étranger.

N° 1. **Le mariage est célébré en France.**

457. Il y a des formalités qui précèdent la célébration du mariage, d'autres qui l'accompagnent.

A. *Des formalités qui précèdent la célébration du mariage.*

458. Elles sont au nombre de trois, savoir : les publications, l'affiche et la remise de certaines pièces à l'officier de l'état civil.

459. I. Des publications. — On les appelait autrefois *bans de mariage*; *bans* est ici synonyme de *proclamations*. Leur institution est due au clergé. Anciennement elles étaient faites par les curés des paroisses; ils en font encore aujourd'hui, mais seulement au point de vue des prescriptions de la loi religieuse. Les publications prescrites par la loi civile sont faites par les officiers de l'état civil.

Les publications consistent dans la lecture publique d'un acte qui annonce le projet de mariage. C'est l'officier de l'état civil qui est chargé de dresser cet acte. L'art. 63, 2^e partie, indique ce qu'il doit contenir. « *Ces publications, et l'acte qui en sera dressé, énon-*
ceront les prénoms, noms, professions et domiciles des futurs
époux, leur qualité de majeurs ou de mineurs, et les prénoms,
noms, professions et domiciles de leurs pères et mères. Cet acte
énoncera, en outre, les jours, lieux et heures où les publications
auront été faites : il sera inscrit sur un seul registre, qui sera
coté et paraphé comme il est dit en l'article 41, et déposé, à la fin
de chaque année, au greffe du tribunal de l'arrondissement ».

= *Sur un seul registre.* Le registre des publications n'est pas tenu double comme les autres registres de l'état civil, parce que les actes qu'il contient n'offrent que peu d'intérêt après la célébration du mariage, et que leur conservation n'a pas par suite la même importance que celle des autres actes de l'état civil.

L'officier de l'état civil ne doit procéder aux publications et à l'affiche que sur la réquisition des deux futurs. En effet, elles sont le commencement d'exécution d'un contrat, et par suite elles supposent le consentement des deux parties contractantes. Les futurs époux doivent fournir à l'officier de l'état civil, sous forme de notes, les renseignements qui lui sont nécessaires pour dresser l'acte de publication. Mais il n'est pas nécessaire qu'ils lui remettent à ce moment les pièces justificatives de leurs dires. Avis du conseil d'Etat des 19, 30 mars 1808.

L'art. 63, 1^{re} partie, règle le nombre des publications et les époques auxquelles elles doivent être faites : « *Avant la célébration du mariage, l'officier de l'état civil fera deux publications, à huit jours d'intervalle, un jour de dimanche, à la porte de la maison commune* ».

La loi dit : *à huit jours d'intervalle* ; il eût été plus exact de dire : *deux dimanches consécutifs*.

Aux termes de l'art. 169 : « *Il est loisible au Roi ou aux officiers qu'il préposera à cet effet de dispenser, pour des causes graves, de la seconde publication* ».

= Aux officiers qu'il préposera à cet effet. Ce sont les procureurs de la république. Il faut s'adresser à celui du tribunal dans l'arrondissement duquel est située la commune où le mariage doit être célébré (V. arrêté du 20 prairial an XI, art. 3 et 4). Dans la pratique, c'est toujours aux procureurs de la république que l'on a recours pour obtenir les dispenses de publications ; en effet, si l'on s'adressait au président de la république, la dispense mettrait pour arriver plus de temps que n'en exige la deuxième publication.

C'est seulement de la deuxième publication que les parties peuvent obtenir dispense, jamais de la première, car ce serait alors non plus une dispense de *publication*, mais une dispense de *publicité* : ce que la loi n'autorise en aucun cas.

460. II. *De l'affiche*. — « *Un extrait de l'acte de publication sera et restera affiché à la porte de la maison commune, pendant les huit jours d'intervalle de l'une à l'autre publication* » (art. 64 al. 1).

L'affiche constitue un mode de publicité beaucoup plus sérieux que les publications, parce que l'impression qu'elle produit est moins fugitive. Mais elle est seulement à l'adresse des gens qui savent lire ; et, comme il y en a beaucoup qui ne le savent pas, le législateur a peut-être eu raison d'exiger en outre la publication orale. Aussi doit-on blâmer l'usage qui s'est introduit dans beaucoup de communes, et surtout dans les grandes villes, de supprimer la publication orale pour s'en tenir à l'affiche.

461. Les publications et l'affiche n'ont pas pour but de satisfaire la curiosité du public, mais bien d'annoncer le projet de mariage à tous ceux qui peuvent avoir intérêt à le connaître, et particulièrement à ceux auxquels appartient le droit d'opposition, afin qu'ils soient mis à même de l'exercer et de signaler par ce

moyen à l'officier de l'état civil les empêchements au mariage dont ils auraient connaissance. Cela étant, il fallait bien donner aux oppositions le temps d'apparaître. Aussi l'art. 64, 2^e partie, dispose-t-il : « *Le mariage ne pourra être célébré avant le troisième jour depuis et non compris celui de la seconde publication* », c'est-à-dire qu'il doit s'écouler deux jours francs entre la seconde publication et la célébration du mariage. Ainsi un mariage peut être célébré, au plus tôt, le mercredi qui suit le dimanche où la deuxième publication a été faite. Dans les communes où on ne fait pas de publications orales, la deuxième publication résulte du maintien de l'affiche. Il n'est pas nécessaire de la renouveler.

En cas de dispense de la deuxième publication, le mariage ne pourra, même au cas de danger de mort imminent, être célébré avant le troisième jour depuis celui de l'unique publication, faite un jour de dimanche, conformément au droit commun. Rationnellement en effet, la dispense de la deuxième publication doit avoir pour résultat, et pour résultat unique, de supprimer l'intervalle exigé par la loi entre cette publication et la première. En un mot, l'unique publication, faite en vertu d'une dispense, équivaut aux deux publications faites conformément au droit commun, mais ne vaut pas davantage ; or elle vaudrait plus, si elle autorisait la célébration immédiate du mariage. D'ailleurs il faut bien un délai quelconque pour donner aux oppositions le temps de se produire, et il est tout à fait arbitraire de fixer ce délai à 24 heures, comme on l'a proposé pour les mariages *in extremis*.

La loi, qui détermine un délai avant lequel le mariage, dont les publications ont été régulièrement faites, ne peut pas être célébré, en fixe un autre après lequel il ne peut plus l'être sans de nouvelles publications. « *Si le mariage n'a pas été célébré dans l'année, à compter de l'expiration du délai des publications* [c'est-à-dire du mercredi qui suit la seconde publication], *il ne pourra plus être célébré qu'après que de nouvelles publications auront été faites dans la forme ci-dessus prescrite* » (art. 65). Après l'expiration de ce délai, les publications sont dites *périmées*. La loi suppose que le souvenir en est perdu. Et comme de nouvelles causes d'opposition ont pu surgir, elle ne veut pas que le mariage puisse désormais être célébré sans de nouvelles publications.

462. Dans quelles communes les publications doivent être faites. — La loi requiert les publications (et l'affiche) : 1^o au lieu du domicile matrimonial de chaque époux (*infra* n. 465) ; 2^o au lieu de son domicile réel, s'il est distinct du domicile matrimonial ; 3^o au lieu du domicile des personnes sous la puissance desquelles chaque futur époux se trouve placé au point de vue du mariage.

C'est ce qui ressort des art. 166 à 168, ainsi conçus :

ART. 166. *Les deux publications ordonnées par l'article 63, au titre des Actes de l'état civil, seront faites à la municipalité du lieu où chacune des parties contractantes aura son domicile.*

ART. 167. *Néanmoins, si le domicile actuel n'est établi que par six mois de résidence, les publications seront faites en outre à la municipalité du dernier domicile.*

ART. 168. *Si les parties contractantes, ou l'une d'elles, sont, relativement au mariage, sous la puissance d'autrui, les publications seront encore faites à la municipalité du domicile de ceux sous la puissance desquels elles se trouvent.*

Suivant l'opinion générale, l'époux majeur quant au mariage n'a pas besoin de faire des publications au lieu du domicile des ascendants dont il doit seulement requérir le conseil. Il n'est pas relativement au mariage, *sous la puissance* de ces ascendants, puisqu'il peut se marier sans leur consentement. Mais l'époux mineur de vingt-un ans qui n'a plus d'ascendants doit faire des publications dans la commune où siège son conseil de famille, car il est, relativement à son mariage, sous la puissance de ce conseil. Arg. art. 160.

Des explications qui précèdent il résulte que les publications de mariage (et l'affiche) peuvent être nécessaires dans un très grand nombre de communes. Ainsi, du chef de chaque conjoint, il sera nécessaire de faire les publications dans quatre communes différentes, s'ils ont l'un et l'autre, outre leur domicile réel, un domicile matrimonial établi par six mois de résidence, et que, leurs père et mère étant décédés, ils aient chacun un aïeul paternel et un aïeul maternel.

463. III. *Des pièces qui doivent être remises à l'officier de l'état civil avant la célébration du mariage :*

En voici l'énumération :

1^o L'acte de naissance de chaque futur époux. « *L'officier de l'état civil se fera remettre l'acte de naissance de chacun des futurs époux. Celui des époux qui serait dans l'impossibilité de se le procurer, pourra le suppléer, en rapportant un acte de notoriété délivré par le juge de paix du lieu de sa naissance, ou par celui de son domicile* » (art. 70).

Un acte de *notoriété* est un acte destiné à constater qu'un fait est notoire. Pour les formes auxquelles il est soumis, voyez les art. 71 et 72.

2^o Un ou plusieurs actes, réguliers dans la forme, constatant l'existence des consentements requis par la loi (consentement des ascendants, du conseil de famille, du tuteur *ad hoc*), lorsque les personnes appelées à donner ces consentements ne doivent pas assister à la célébration du mariage, ou l'accomplissement de la formalité des actes respectueux, s'il a dû en être fait.

3^o Les actes constatant le décès des ascendants les plus proches, dont le consentement ou le conseil serait requis s'ils étaient vivants, ou l'impossibilité dans laquelle ils se trouvent de manifester leur volonté : par exemple une expédition du jugement qui a prononcé l'interdiction de l'ascendant le plus proche ou qui a déclaré son absence. Pour le cas où il serait impossible de représenter l'acte de décès, voyez ce qui a été dit au n. 428.

4^o L'autorisation de contracter mariage, donnée par les supérieurs militaires, lorsque le futur époux appartient à l'armée de terre ou à l'armée de mer.

5^o Un acte authentique des différentes dispenses qui ont pu être accordées (dispenses d'âge, dispenses de publications, dispenses à raison de la parenté ou de l'alliance).

6^o L'acte de décès du premier conjoint, quand c'est un veuf ou une veuve qui se remarie, ou une expédition du jugement de divorce transcrit sur les registres de l'état civil, si c'est un divorcé.

7^o Les certificats des publications prescrites dans des communes autres que celles où le mariage est célébré. Chaque officier de l'état civil énoncera dans son certificat s'il existe des oppositions. Arg. art. 76-6^o, 67 à 69.

8^o La main-levée des oppositions qui auraient été régulièrement formées (arg. art. 68).

9^o S'il a été fait un contrat de mariage, le certificat dont parle l'art. 1394 al. 3.

10^o Enfin à Paris, les officiers de l'état civil exigent la production d'un certificat du

propriétaire ou du concierge de la maison, constatant que l'on y habite depuis un certain temps.

463 bis. Pour faciliter le mariage des indigents, une loi des 18-27 novembre, 10-18 décembre 1850 a édicté toute une série de dispositions relatives à la réunion des pièces nécessaires et à l'exonération des frais de ces pièces. Voyez la loi pour les détails.

B. Des formalités qui accompagnent la célébration du mariage.

464. Ces formalités ont principalement pour but d'assurer la publicité du mariage, de garantir la liberté des parties contractantes, et d'attirer leur attention sur l'importance et la gravité de l'acte qu'elles vont accomplir. Elles sont relatives : 1° au lieu où le mariage doit être célébré ; 2° à la détermination de l'officier public compétent pour procéder à la célébration ; 3° à l'appareil qui accompagne la célébration et au mode suivant lequel elle s'effectue ; 4° à la rédaction de l'acte de mariage.

465. I. Dans quelle commune le mariage doit-il être célébré ? — Cette question est très controversée. D'après l'opinion la plus accréditée, le mariage peut être célébré soit au lieu du domicile réel, soit au lieu du domicile matrimonial de l'un ou de l'autre des contractants. Le domicile matrimonial s'acquiert par six mois de résidence (art. 74).

La difficulté vient des art. 74 et 165, entre lesquels semble exister une antinomie que ne contribuent pas à éclaircir les dispositions des art. 166 et 167.

Aux termes de l'art. 165 : « *Le mariage sera célébré publiquement devant l'officier civil du domicile de l'une des parties* ». Il semble résulter nettement de ce texte que le mariage doit être célébré dans la commune où l'un des époux a son domicile réel, son domicile ordinaire ; car rien ne nous indique ici que le législateur puisse avoir en vue un domicile spécial quant au mariage, un domicile autre que le domicile ordinaire. Cette induction paraît confirmée par la première partie de l'art. 74, où il est dit : « *Le mariage sera célébré dans la commune où l'un des deux époux aura son domicile* ». Mais immédiatement l'article ajoute : « *Ce domicile, quant au mariage, s'établira par six mois d'habitation continue dans la même commune* ». Voilà l'antinomie qui éclate. Nos deux articles sont d'accord sur ce point que le mariage doit être célébré dans la commune où l'un des deux époux a son domicile ; mais, d'après l'art. 165, ce domicile paraît être le domicile réel, tandis que, d'après l'art. 74, ce serait un domicile spécial, s'établissant par six mois de résidence,

466. Il y a bien un moyen de mettre les deux textes d'accord : c'est de supposer que l'art. 165 se réfère tacitement à l'art. 74, et que le domicile dont il parle est le domicile spécial qui s'établit par six mois de résidence. C'est ce que soutient un parti important dans la doctrine, dont l'opinion peut être ainsi formulée : Le mariage ne peut être célébré qu'au lieu où l'un des époux a six mois d'habitation continue, qu'il ait ou non dans ce lieu son domicile réel.

On complète ce système de la manière suivante :

Si le domicile réel est établi au même lieu que le domicile matrimonial, il suffira de faire les publications en ce lieu. L'art. 166, écrit en vue de ce cas, dispose : « *Les deux publications ordonnées par l'article 63, au titre des Actes de l'état civil, seront faites à la municipalité du lieu où chacune des parties contractantes aura son domicile* ».

Si au contraire le domicile matrimonial est établi dans une commune autre que celle où est situé le domicile réel, il faudra faire des publications au lieu du domicile matrimo-

nial et en outre au lieu du domicile réel. C'est à cette hypothèse que se réfère l'art. 167; et, comme elle sera assez rare, qu'en tout cas elle ne constitue pas la règle générale, on s'explique que l'art. 167 la présente comme exceptionnelle : « NÉANMOINS, dit cet article, » *si le domicile actuel n'est établi que par six mois de résidence, les publications seront faites en outre à la municipalité du dernier domicile* ».

Ainsi, la règle est que chaque époux doit faire les publications au lieu unique où il a tout à la fois son domicile réel et son domicile matrimonial (art. 166); l'exception, que les publications doivent être faites au lieu du domicile réel et à celui du domicile matrimonial tout à la fois, quand ces deux domiciles sont distincts l'un de l'autre (art. 167).

On reconnaît d'ailleurs que le législateur aurait pu formuler sa pensée en termes plus clairs, par exemple en disant : Les publications seront faites au lieu du domicile réel et au lieu du domicile matrimonial, s'ils sont distincts l'un de l'autre.

La solution que nous venons de développer peut être fortifiée par la considération suivante. Il y avait des raisons majeures pour ne pas autoriser la célébration du mariage en un lieu où l'un des époux a son domicile réel, sans que ni l'un ni l'autre y ait une résidence d'une certaine durée. La loi veut que le mariage soit célébré là où les futurs époux, ou l'un d'eux tout au moins, sont connus; car la détermination du lieu où le mariage est célébré se lie à sa publicité. Or le seront-ils dans le lieu où ils n'ont jamais résidé ni l'un ni l'autre, et où l'un d'eux a acquis depuis quelques jours un domicile réel en y transportant son habitation et en y faisant les déclarations prescrites par l'art. 104? Non certainement : et voilà bien pourquoi la loi ne les autorise pas à s'y marier. Si on les y autorisait, comme on le fait dans le système adverse, rien ne serait plus facile aux époux que d'é luder des oppositions qui surgiraient certainement s'ils se mariaient au lieu où ils sont connus : il leur suffirait pour cela d'aller établir leur domicile réel en un lieu où personne ne les connaîtrait, d'y faire immédiatement les publications, et de se marier aussitôt après le délai des publications expiré. On répond, il est vrai, que ce danger est chimérique, parce qu'il faudra alors faire des publications au dernier domicile. Mais l'art. 167, ni aucun autre, ne les exige pour ce cas, et on ajoute à la loi en les tenant pour nécessaires.

Enfin on invoque un avis du conseil d'Etat du deuxième jour complémentaire de l'an XIII, approuvé le quatrième, ayant par suite force de loi, qui résout formellement la question dans ce sens. Il est vrai que cet avis ne parle que du mariage des militaires. Mais d'abord on ne verrait pas le motif pour lequel les militaires seraient soumis en cette matière à une règle spéciale; et puis les considérants de l'avis du conseil d'Etat prouvent à l'évidence qu'on a voulu faire aux militaires l'application du droit commun.

467. Ces raisons sont infiniment graves, et n'étaient les inconvénients pratiques auxquels le système qui vient d'être exposé donne naissance, il aurait probablement triomphé. Ces inconvénients sont considérables en effet! Supposez, et le cas peut se présenter assez fréquemment, que deux futurs époux n'aient ni l'un ni l'autre une résidence de six mois dans un lieu déterminé. Vous allez donc les obliger à attendre, pendant plusieurs mois peut-être, pour pouvoir contracter mariage, et les forcer, l'un d'eux au moins, de résider pendant tout ce temps en un même lieu pour y acquérir le domicile matrimonial de l'art. 74. Est-il possible que le législateur, qui entoure le mariage d'une si grande faveur, ait voulu y apporter une pareille entrave? Pour l'admettre, il faudrait des textes bien précis. Or tel n'est pas le caractère de ceux que nous possédons sur cette matière. Ils se prêtent à une autre interprétation tout aussi raisonnable et beaucoup plus satisfaisante au point de vue pratique : on peut les traduire ainsi : Le mariage peut toujours être célébré au lieu du domicile réel (art. 165), qu'on y ait ou non une résidence de six mois; en outre, et par une faveur toute spéciale, on peut aussi se marier au lieu où l'on a une résidence de six mois, bien qu'on n'y ait pas son domicile réel (art. 74).

Maintenant, lorsqu'un mariage est contracté au lieu du domicile matrimonial établi par six mois de résidence, la loi dit qu'il faudra faire des publications non seulement en ce lieu, mais aussi à la municipalité du dernier domicile (art. 167), et par là elle nous donne à entendre très clairement que les publications au précédent domicile seront nécessaires, à plus forte raison, si l'on se marie au lieu où l'on a son domicile réel sans y avoir

six mois de résidence. On évite ainsi, et sans faire la loi comme le prétend le parti adverse, l'inconvénient pratique qu'il y aurait à permettre le mariage en un lieu où l'un des deux époux vient de transporter son domicile, et où ni lui ni son conjoint n'a une résidence de six mois. Telle était d'ailleurs la solution admise dans notre ancien droit (Pothier, n. 316), et il devient ainsi très probable que notre législateur a entendu la consacrer.

C'est celle qui triomphe en jurisprudence. Elle a du reste reçu dans ces derniers temps presque une consécration législative. En 1871, les députés de l'Alsace et de la Lorraine proposèrent un projet de loi, ayant pour but d'autoriser les habitants des territoires cédés à la Prusse, qui avaient opté pour la nationalité française et qui en conséquence étaient venus fixer leur domicile hors des territoires cédés, à se marier au lieu de leur nouveau domicile après une résidence d'un mois. Une commission spéciale fut nommée pour examiner la question, et elle reconnut que les textes du code civil autorisent le mariage au lieu du domicile réel, alors même qu'on n'y a pas une résidence de six mois, que par conséquent le projet de loi était inutile et pouvait être retiré. Cpr. Cass., 15 juin 1887, D., 88. 1. 412, S., 90. 1. 446, et Orléans, 9 août 1890, D. 91.2. 235.

Voyez aussi la circulaire du ministre de la justice du 21 décembre 1871, S., 71. 2. 283.

468. II. Par qui le mariage doit-il être célébré? Par l'officier de l'état civil du domicile réel ou du domicile matrimonial de l'un des époux (art. 165). — Régulièrement le mariage doit être célébré dans la maison commune (art. 75 al. 1), et publiquement, c'est-à-dire les portes ouvertes, afin que le public puisse être admis à la célébration.

On reconnaît cependant qu'en cas de nécessité pressante, par exemple s'il s'agit d'un mariage *in extremis*, l'officier de l'état civil pourrait (c'est une simple faculté pour lui) se transporter à domicile pour procéder à la célébration. Il doit dans ce cas apporter avec lui son registre, afin d'y dresser acte de la célébration sur-le-champ, ainsi que l'exige l'art. 75.

Le choix du jour est laissé aux parties (art. 75 al. 1) (1), sans cependant qu'elles puissent forcer l'officier de l'état civil à procéder à la célébration du mariage un jour férié légalement. Le choix de l'heure appartient à l'officier de l'état civil.

Rien ne s'oppose à ce que le mariage soit célébré pendant la nuit, bien que la célébration pendant le jour paraisse mieux répondre au vœu de la loi, comme assurant au mariage une publicité plus large.

469. III. Comment se fait la célébration du mariage. — Aux termes de l'art. 75 : « *Le jour désigné par les parties, après les délais des publications, l'officier de l'état civil dans la maison commune, en présence de quatre témoins, parents ou non parents, fera lecture aux parties des pièces ci-dessus mentionnées, relatives à leur état et aux formalités du mariage, et du chapitre VI du*

(1) Par application de ce principe les officiers de l'état civil de quelques grandes villes ne consentent à célébrer des mariages que certains jours de la semaine.

» titre du Mariage, sur les droits et les devoirs respectifs des
 » époux... *Il recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclara-*
» tion qu'elles veulent se prendre pour mari et femme ; il pronon-
» cera au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage, et il en
» dressera acte sur-le-champ ». Cpr. infra n. 496-3°, et t. III, n. 32.

Régulièrement, la déclaration des parties qu'elles veulent se prendre pour mari et femme se fait verbalement, sous forme de réponse affirmative à la demande qui leur est adressée par l'officier de l'état civil. Mais rien ne s'oppose à ce que le consentement des parties soit exprimé d'une autre manière. Ainsi le sourd-muet peut manifester sa volonté par écrit ou par le langage des signes. On l'a formellement reconnu dans la discussion au conseil d'Etat.

Les parties doivent comparaitre en personne devant l'officier de l'état civil. Notre loi n'admet pas, à la différence du droit romain (L. 5, D., *De ritu nuptiarum*) et de notre ancien droit français (Pothier, n. 367), que l'on puisse valablement se marier par procureur. Dans la séance du 24 frimaire de l'an X, le premier consul a formulé, sans être contredit par personne, cette proposition, que le mariage ne peut plus avoir lieu qu'entre personnes présentes. D'autre part l'art. 75 suppose bien la présence personnelle des époux devant l'officier de l'état civil. Que signifierait, faite à un mandataire, la lecture, prescrite par cet article, du chapitre VI du titre *Du mariage* ? En troisième lieu, les solennités du mariage, au nombre desquelles figure la comparution personnelle des époux, ont principalement pour but de garantir la liberté des parties contractantes ; or cette garantie disparaît pour celui des époux qui se fait représenter par un mandataire. C'est peut-être sous l'empire de la violence qu'il a donné sa procuration, et qui sait si par violence on ne l'empêchera pas aussi de révoquer à temps cette procuration ? Enfin les dispositions de notre loi, relatives au mariage du mineur, complètent la démonstration. Quand un mineur se marie, ce n'est pas son tuteur qui se présente à sa place devant l'officier de l'état civil ; le mineur comparait lui-même, en personne (arg. art. 1095 et 1398). Pourquoi donc le mineur n'est-il pas, ici, comme pour tous les autres actes civils en général, représenté par son mandataire légal, par son tuteur ? Nous n'en voyons pas d'autre raison que celle-ci, c'est que le mariage n'est pas susceptible d'être contracté par mandataire. La doctrine et la jurisprudence paraissent aujourd'hui fixées dans ce sens. Cpr. *supra* n. 232.

Toutefois, si en fait un mariage avait été célébré par mandataire, nous n'irions pas jusqu'à dire qu'il est pour cela seul frappé de nullité, car en matière de mariage il n'y a pas d'autres nullités que celles qui résultent d'un texte formel.

470. IV. Enonciations que doit contenir l'acte de mariage. — « *On énon-*
» cera, dans l'acte de mariage, — 1° Les prénoms, noms, professions, âge, lieux de
» naissance et domicile des époux ; — 2° S'ils sont majeurs ou mineurs ; — 3° Les pré-
» noms, noms, professions et domiciles des pères et mères ; — 4° Le consentement des
» pères et mères, aïeuls et aïeules, et celui de la famille, dans le cas où ils sont requis ; —
» 5° Les actes respectueux, s'il en a été fait ; — 6° Les publications dans les divers
» domiciles ; — 7° Les oppositions, s'il y en a eu ; leur main-levée, ou la mention qu'il
» n'y a point eu d'opposition ; — 8° La déclaration des contractants de se prendre pour
» époux, et le prononcé de leur union par l'officier public ; — 9° Les prénoms, noms,
» âges, professions et domiciles des témoins, et leur déclaration s'ils sont parents ou
» alliés des parties, de quel côté et à quel degré » (art. 76).

470 bis. Une loi du 10 juillet 1850 a ajouté un alinéa à l'art. 75 et deux à l'art. 76. Nous en donnons le commentaire t. III, n. 32.

N° 2. Du mariage des Français en pays étranger.

471. Les déclarations des 16 juin et 6 août 1685 défendaient aux Français de se marier en pays étranger sans une autorisation du roi. Cette défense, qui avait été abrogée par la loi du 20 septembre 1792, n'ayant pas été reproduite par le code civil ni par aucune loi

postérieure, il est certain que les Français peuvent aujourd'hui se marier en pays étranger sans aucune autorisation.

Un Français peut se marier en pays étranger soit avec une personne française, soit avec une personne étrangère.

Une disposition du projet, qui n'autorisait les Français à se marier entre eux en pays étranger qu'après une résidence de six mois, a été supprimée avec raison, sur les observations du premier consul.

Aux termes de l'art. 170 : « *Le mariage contracté en pays étranger, entre Français, et entre Français et étrangers, sera valable, s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays, pourvu qu'il ait été précédé des publications prescrites par l'article 63, au titre des Actes de l'état civil, et que le Français n'ait point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre précédent* ».

Il résulte de ce texte que la loi subordonne à trois conditions le droit pour un Français de contracter mariage en pays étranger : conditions de capacité, conditions de forme, conditions de publicité.

472. 1. Conditions de capacité. — Le Français qui veut se marier en pays étranger, doit satisfaire aux conditions de capacité requises par la loi française (argument des mots : *et qu'il n'ait point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre précédent*). C'est une application du principe que le statut personnel français régit les Français même en pays étranger (art. 3). Un Français ne pourra donc pas, avant l'âge fixé par la loi française, contracter mariage dans un pays étranger alors même qu'il aurait atteint l'âge fixé par la loi de ce pays. De même un Français déjà marié ne pourra pas contracter un deuxième mariage avant la dissolution du premier, même dans un pays où la polygamie est admise.

Quant à la personne que le Français se propose d'épouser, sa capacité sera régie par la loi de son pays, par conséquent par une loi étrangère si cette personne est étrangère.

473. 2. Conditions de forme. — L'art. 170 semble dire que le mariage d'un Français en pays étranger ne peut être célébré que *dans les formes usitées dans le pays*, conformément à la règle *Locus regit actum*. Cela sera vrai, si le Français épouse une personne étrangère. Mais si le mariage est contracté entre Français, il pourra en outre être célébré, suivant les formes que prescrit la loi française, par les consuls ou agents diplomatiques français (*supra* n. 268). L'art. 170 n'infirmé en rien cette solution ; car son but n'est pas de déterminer les formes dans lesquelles le mariage dont il s'occupe pourra être célébré, et le législateur a pu se

borner à indiquer celle à laquelle on aura le plus souvent recours dans la pratique. *Lex statuit de eo quod plerumque fit.*

474. 3. Conditions de publicité. — L'art. 170 exige que le mariage, contracté par un Français en pays étranger, soit précédé des publications prescrites par l'art. 63, par conséquent de publications faites en France suivant les formes et dans les lieux déterminés par la loi française (art. 166 et 168). Cela est tout simple, quand le Français se marie devant un consul ou un agent diplomatique français, ce qui suppose que le mariage est contracté entre Français (art. 48); le mariage étant alors célébré suivant les formes prescrites par la loi française, les publications, qui font partie de ces formes, doivent naturellement être effectuées conformément à la même loi. Mais notre article exige aussi des publications faites conformément à la loi française, *quand le mariage est célébré suivant les formes prescrites par la loi étrangère*; c'est même la seule hypothèse que prévoit l'art. 170, ainsi que nous l'avons déjà noté plus haut. Ici le législateur déroge au droit commun; car les publications, faisant partie de la forme du mariage, devraient, d'après la règle *Locus regit actum*, être exclusivement réglées par la loi étrangère, quand le mariage est célébré en pays étranger dans les formes prescrites par la loi de ce pays. Cette dérogation s'explique par le désir qu'a notre législateur de mieux assurer l'exécution de ses prescriptions relativement aux conditions de capacité requises pour le mariage, prescriptions qui s'appliquent aux Français même quand ils se marient en pays étranger. Le projet de mariage étant rendu public en France, le législateur espère que, s'il existe quelque empêchement d'après la loi française, cet empêchement sera signalé par le moyen d'une opposition venue de France, et que la célébration du mariage sera ainsi arrêtée. Aussi l'art. 170 paraît-il établir un certain lien entre les publications et les conditions de capacité, puisqu'il dit : « pourvu que le mariage ait été précédé des publications prescrites par l'art. 63... et que le Français n'ait point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre précédent »; or, dans le chapitre précédent, le législateur établit précisément les conditions de capacité requises pour le mariage.

Il est évident d'ailleurs qu'outre les prescriptions de la loi française, le Français, qui se marie en pays étranger suivant les formes établies par la loi étrangère, pourrait être obligé d'observer les prescriptions de cette loi relativement aux publications, si ces prescriptions étaient différentes de celles de la loi française.

475. Quel sera le sort du mariage contracté par un Français en pays étranger sans publications préalables en France ? La question est très controversée.

I. D'après une première opinion, le mariage serait nul dans tous les cas. La nullité résulterait du texte même de l'art. 170. En disant que le mariage « sera valable... POURVU qu'il ait été précédé des publications prescrites par l'art. 63... », la loi ne nous donne-t-elle pas clairement à entendre que c'est là une condition *sine qua non* de la validité du mariage, et que, par suite, l'absence de cette condition rendra le mariage nul. Il est vrai que notre législateur n'attache pas cette sanction rigoureuse au défaut de publications pour les mariages contractés en France ; mais on s'explique fort bien qu'il ait été plus sévère à l'égard des mariages contractés en pays étranger. La loi française ne peut pas atteindre l'officier public étranger qui célèbre le mariage d'un Français sans publications préalables en France ; la sanction de l'art. 192 étant ici inapplicable, on l'a remplacée par celle de la nullité du mariage. Et en effet les publications sont, en pareil cas, le seul moyen de rendre le mariage public en France ; en leur absence, le mariage est donc nécessairement clandestin, à la différence des mariages célébrés en France, dont le public français peut avoir connaissance par d'autres voies.

Ceux qui adoptent cette opinion sont obligés d'admettre par des motifs semblables, qu'un mariage, contracté par un Français en pays étranger sans la formalité préalable des actes respectueux, dans le cas où la loi française en exige, est frappé de nullité, à la différence d'un mariage contracté en France dans les mêmes conditions. Il y a en effet le même argument à tirer ici des termes de l'art. 170 : « pourvu que... le Français n'ait » point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre précédent » ; car les dispositions relatives aux actes respectueux sont contenues dans ce chapitre. D'ailleurs ici, comme dans le cas d'absence de publications, la sanction ordinaire établie par la loi (art. 157) fait défaut, et il y avait même nécessité de la remplacer par une autre ; on n'en a pas trouvé d'autre que la nullité du mariage.

II. Si telle était la volonté certaine du législateur, il faudrait bien s'incliner. Les conséquences déplorables, auxquelles peut conduire le système qui vient d'être exposé, ne seraient pas une raison suffisante pour le rejeter. Mais est-il bien vrai que ce système soit celui de la loi ? Il y a des raisons très graves pour en douter.

D'où fait-on résulter la nullité du mariage ? D'un argument *a contrario* tiré des termes de l'art. 170. Ce texte dispose que le mariage sera valable s'il a été précédé de publications faites en France ; on en induit qu'il le considère comme nul s'il n'a pas été précédé desdites publications. Mais une induction, et surtout une induction tirée d'un argument *a contrario*, l'argument le plus périlleux de tous, est-elle suffisante pour servir de fondement à une nullité de mariage ? On sait qu'en cette matière le législateur a tout réglé avec un soin minutieux dans le chapitre *Des demandes en nullité de mariage* chap. IV). La doctrine admet qu'il n'y a pas ici de nullités virtuelles. Eh bien ! le législateur parle-t-il de la nullité dont il s'agit dans le chapitre consacré aux nullités de mariage ? Non. Qu'en conclure ? sinon que l'absence des publications requises par l'art. 170 n'est pas une cause de nullité.

On prétend, il est vrai, qu'ainsi entendue la loi se trouve dépourvue de toute sanction. — D'abord cette objection n'est pas exacte. S'il est impossible en effet d'appliquer la sanction de l'art. 192 (amende contre l'officier de l'état civil), il reste toujours l'amende que ce même article prononce contre les parties contractantes, dont l'une au moins est Française, et contre ceux sous la puissance desquels elles ont agi. Après tout d'ailleurs, l'absence de sanction serait peut-être préférable encore à une sanction excessive. Or, de l'aveu des partisans eux-mêmes de la nullité du mariage, cette sanction est au moins extrêmement rigoureuse. En tout cas le doute qui existe sur la question ne doit-il pas profiter au mariage ?

III. Voici maintenant la troisième opinion. Elle gagne beaucoup de terrain dans la doctrine et semble l'emporter définitivement en jurisprudence. Le mariage contracté par un Français à l'étranger en violation des prescriptions de l'art. 170, c'est-à-dire sans publications préalables en France, ou sans la formalité préliminaire des actes respectueux dans les cas où la loi en exige, ne serait pas nécessairement nul, comme le prétend la

première opinion, ni toujours valable, comme le veut la seconde, mais tantôt nul et tantôt valable; les juges seraient investis d'un pouvoir d'appréciation: ils pourraient annuler le mariage ou le maintenir suivant les circonstances.

Au point de vue pratique, cette solution est incontestablement la plus satisfaisante. S'il y a des cas dans lesquels le maintien du mariage est désirable, principalement lorsqu'il a été contracté par les époux avec une entière bonne foi, il y en a d'autres au contraire dans lesquels on en verrait prononcer la nullité sans regret, notamment lorsqu'il est établi que les époux sont allés contracter mariage en pays étranger tout exprès pour échapper aux prescriptions de la loi française et de la frauder en quelque sorte. D'un autre côté, on ne peut pas adresser à cette opinion intermédiaire le reproche qu'on adresse aux deux opinions extrêmes: d'être d'une rigueur excessive et de donner à la loi une sanction trop sévère, ou d'une excessive indulgence et de laisser la loi sans aucune sanction. — Il n'y aurait rien à objecter, si les tribunaux avaient pour mission de rendre, dans chaque hypothèse sur laquelle ils sont appelés à statuer, la décision qui leur paraît la plus équitable, s'ils avaient pour mission en un mot de faire la loi. Mais leur mandat consiste seulement à l'appliquer et par suite à l'interpréter. N'ont-ils pas franchi les limites de ce domaine en s'arrogeant le droit de prononcer facultativement la nullité? Il est permis de le penser, car les textes ou les motifs que l'on peut invoquer à l'appui du système de la jurisprudence sont loin d'être décisifs. Partant de ce principe que la nullité des mariages dont nous nous occupons ne résulte pas de l'art. 170 (et il faut bien l'admettre, autrement la nullité s'imposerait dans tous les cas où les prescriptions de l'art. 170 n'ont pas été suivies), sur quelle base le juge peut-il s'appuyer quand il prononce la nullité?

* **475 bis.** En supposant admis le système de la jurisprudence, il reste à rechercher quels sont les cas dans lesquels le juge doit prononcer la nullité d'un mariage ne satisfaisant pas aux prescriptions de l'art. 170.

On lit dans un arrêt de la cour d'Aix, maintenu en cassation le 28 décembre 1874 (S., 75. 1. 347, D., 76. 1. 368): « Il est de doctrine et de jurisprudence certaine que l'omission de cette formalité (les publications) n'entraîne pas la nullité du mariage, si ce mariage n'a pas été clandestin et si ceux qui l'ont contracté à l'étranger ne l'ont pas fait pour se soustraire à l'application de la loi française ». Cpr. Rennes, 23 janvier et 27 août 1879, D., 80. 2. 189, S., 81. 2. 129, Cass., 15 juin 1887, S., 90. 1. 446, D., 88. 1. 412, et Bourges 13 juillet 1891, D., 92. 2. 599. — Il y aurait donc deux cas dans lesquels les tribunaux devraient prononcer la nullité.

Le premier serait celui où le défaut de publications aurait entraîné l'absence de publicité du mariage, c'est-à-dire sa clandestinité. Nous verrons que le défaut de publications ne peut jamais, à lui seul, entraîner la nullité d'un mariage contracté en France (*infra* n. 537), parce qu'alors les publications ne sont qu'un des éléments de la publicité, dont l'absence ne suffit pas pour rendre le mariage clandestin. Mais il en est autrement, dit-on, des mariages contractés en pays étranger; les publications exigées par l'art. 170 sont à peu près le seul moyen de rendre ces mariages publics en France. En leur absence, ils seront donc la plupart du temps clandestins; et quand le juge constatera cette clandestinité, il devra prononcer la nullité conformément aux art. 191 et 193, qui lui confèrent à cet égard un certain pouvoir d'appréciation. — Ce serait à merveille, si les art. 191 et 193 prononçaient d'une manière générale la nullité des mariages *clandestins*. On pourrait équivoquer sur le sens de cette expression, prétendre qu'elle désigne tous les mariages qui n'ont pas été entourés d'une publicité suffisante et considérer comme tels, suivant les cas, ceux qui n'ont pas été précédés des publications requises. Mais la loi s'exprime tout autrement: elle parle du mariage « qui n'a point été *contracté* publiquement ». Or, par ces mots, elle fait allusion à la célébration devant l'officier de l'état civil, et non aux publications. Il est difficile d'en douter, si on se réfère à l'art. 165, auquel renvoie l'art. 193. On y lit: « Le mariage sera *célébré* publiquement devant l'officier civil du domicile de l'une des parties ». Ce n'est qu'en étendant les termes de la loi qu'on peut en faire découler la nullité du mariage pour défaut de publications. Or, nous savons que, par sa nature même, notre matière résiste à toute extension. Les art. 191 et 193 offrent donc une base bien fragile au système de la jurisprudence.

En second lieu, les tribunaux devraient prononcer la nullité, lorsqu'il leur est démontré qu'un Français est allé se marier en pays étranger en vue d'échapper aux prescriptions de la loi française, par exemple à la nécessité de faire des actes respectueux. En effet, dit-on, la règle *Locus regit actum* ne protège que les actes faits de bonne foi. Les magistrats auraient donc à apprécier la bonne ou la mauvaise foi du Français, qui, s'étant marié en pays étranger, n'a pas satisfait aux prescriptions de l'art. 170; ce serait seulement au cas de mauvaise foi constatée qu'ils devraient prononcer la nullité du mariage. Cpr. Cass., 15 juin 1887 et Bourges précités. — Nous répétons que la matière des nullités de mariage repousse absolument les nullités virtuelles. Pas de nullité sans texte. Nous demandons le texte qui prononce la nullité qu'on veut établir !

476. Aux termes de l'art. 171 : « *Dans les trois mois après le retour du Français sur le territoire du Royaume, l'acte de célébration du mariage contracté en pays étranger sera transcrit sur le registre public des mariages du lieu de son domicile* ». Le but de la transcription ou copie exigée par cet article est de faciliter aux intéressés, et principalement aux époux eux-mêmes, la preuve du mariage, qui serait difficile et dispendieuse, s'il fallait, pour se la procurer, avoir recours aux registres de l'état civil du pays où le mariage a été célébré. Peut-être aussi cette transcription a-t-elle pour but de donner au mariage une certaine publicité en France.

Quel est l'effet du défaut de transcription dans le délai légal? Le projet contenait une disposition ainsi conçue : « Cet acte doit être encore, dans le même délai, reporté et transcrit sur le registre public des mariages du lieu de son domicile, sous peine, à défaut de ce report, d'une amende qui ne pourra être moindre de cent francs, ni excéder mille francs... » Cette disposition pénale a disparu de la rédaction définitive, sur l'observation inexacte, faite par le conseiller d'Etat Réal, que la sanction de l'obligation dont il s'agit se trouvait dans les lois sur l'enregistrement. Et comme il n'appartient pas à l'interprète de compléter l'œuvre du législateur, on doit en conclure que l'obligation imposée par l'art. 171 se trouve n'avoir aucune sanction. — Cette solution n'est pas acceptée par tous les auteurs. Mais les dissidents ne s'entendent pas sur le point de savoir quelle sanction il convient de donner à l'art. 171. N'est-ce pas ce qui arrive fatalement, quand les interprètes entreprennent de corriger la loi? Chacun le fait à sa guise.

Les uns veulent qu'à défaut de la transcription, le mariage soit destitué de tous ses effets civils en France. Ainsi les enfants issus de ce mariage ne pourraient pas se prétendre légitimes, et réclamer à ce titre, au préjudice d'autres héritiers français, des biens laissés en France par leurs parents décédés.

D'autres estiment que le défaut de transcription devrait seulement avoir pour résultat de mettre les époux ou leurs ayant cause dans l'impossibilité de se prévaloir à l'égard des tiers de certains effets de leur mariage. Lesquels? Ce seraient ceux qui sont attachés à la publicité du mariage, c'est-à-dire ceux que la loi lui fait produire à raison de la publicité dont elle le suppose entouré. Ainsi la femme ne pourrait pas se prévaloir, à l'encontre des tiers de l'hypothèque légale que l'art. 2121 lui accorde sur les biens de son mari. — Il y a encore d'autres variantes.

Tout cela est plus ou moins arbitraire, et par suite inadmissible. Nous l'avons déjà dit : il n'appartient pas à l'interprète de créer la sanction que le législateur n'a pas établie. Telle paraît être la solution admise par la jurisprudence, qui cependant accorde aux tiers lésés par le défaut de transcription, une action en dommages et intérêts contre les époux, par application de l'art. 1382. Trib. de Nice, s. cass., 28 décembre 1874, S., 75. 1. 347.

S'il est vrai que l'art. 171 n'a pas de sanction, il est clair que le délai de trois mois, accordé pour effectuer la transcription de l'acte de mariage, n'est pas fatal. Cette formalité pourrait donc encore être remplie après l'expiration du délai légal, sans qu'il paraisse

nécessaire d'obtenir à cet effet une autorisation de la justice, ainsi que le prescrit cependant une circulaire du grand juge du 5 germinal de l'an XII. Il ne s'agit pas, quoi qu'on en ait dit, d'une rectification d'acte de l'état civil.

§ II. *Formalités relatives à la célébration du mariage des étrangers en France.*

477. Il faut distinguer si les deux contractants ont la même nationalité ou une nationalité différente.

a. — Les deux contractants ont la même nationalité : par exemple un Anglais veut épouser en France une Anglaise. — Le mariage pourra être célébré, soit devant un officier de l'état civil français, dans les formes prescrites par la loi française, conformément à la règle *Locus regit actum*, soit devant le consul ou l'agent diplomatique accrédité en France par le gouvernement du pays auquel les contractants appartiennent, en supposant qu'il ait qualité pour procéder à la célébration d'après la loi de ce pays.

b. — Les deux contractants ont une nationalité différente. — Le mariage ne pourra être célébré que suivant les formes prescrites par la loi française, conformément à la règle *Locus regit actum*. Un consul ou agent diplomatique étranger n'aurait plus ici qualité ; car l'officier public qui célèbre un mariage doit être compétent par rapport aux deux parties, et un consul ou agent diplomatique ne l'est que relativement aux sujets du pays dont il est le représentant. Ainsi, en supposant qu'un Belge veuille épouser en France une Anglaise, il est manifeste que le mariage ne peut être célébré, ni par le consul belge, parce qu'il est incompetent quant à la future épouse, ni par le consul anglais, parce qu'il est incompetent quant au futur.

Toutes les fois qu'un mariage sera célébré en France entre étrangers ou à plus forte raison entre Français et étrangers, dans les formes prescrites par la loi française, la célébration devra être précédée de publications faites conformément à notre code civil ; car les publications font partie des formes prescrites par la loi française pour la célébration des mariages, et tombent par conséquent sous l'empire de la règle *Locus regit actum*.

Dans tous les cas, les conditions de capacité requises pour le mariage devraient être appréciées pour chaque contractant d'après la loi de son pays (Cass., 15 juillet 1878, S., 78. 1. 320., D., 78. 1. 340, et *supra* n. 81). Et comme l'officier de l'état civil français appelé à célébrer le mariage ne peut pas connaître le statut personnel de l'époux étranger ou de chaque époux s'ils sont étrangers tous les deux, une circulaire ministérielle du 14 mars 1831 lui enjoint de ne célébrer le mariage qu'après s'être fait remettre par l'autorité compétente un certificat attestant que le futur époux étranger est capable de contracter mariage d'après la loi de son pays. Ce certificat est désigné dans la pratique sous le nom de *certificat de coutume*.

CHAPITRE III

DES OPPOSITIONS A MARIAGE

478. Définition. — L'opposition à mariage est l'acte par lequel une personne signale à l'officier de l'état civil l'existence d'un empêchement au mariage. Elle met obstacle à la célébration, jusqu'à ce qu'il en ait été donné main-levée par la justice.

Nous aurons à rechercher successivement par quelles personnes et pour quelles causes l'opposition à mariage peut être faite, dans quelles formes, quels sont ses effets, comment la main-levée peut en être obtenue.

I. Par quelles personnes l'opposition à mariage peut être formée et pour quelles causes.

479. Sous notre ancienne législation, dit Portalis, l'opposition à mariage était une action en quelque sorte populaire. Le premier venu pouvait la former, et elle pouvait être fondée sur une cause quelconque. Dans ces conditions, le droit d'opposition dégénérait souvent en un moyen de vexation. Frappé de ces abus, notre législateur a déterminé limitativement, d'une part, les personnes auxquelles appartient le droit d'opposition, et d'autre part, sauf exception pour les ascendants, les causes sur lesquelles l'opposition peut être fondée. Le principe est excellent ; mais notre législateur l'a peut-être appliqué avec quelque exagération, en restreignant outre mesure le droit d'opposition.

Quoi qu'il en soit, le droit d'opposition appartient, d'après le code civil : 1° au conjoint de l'une des deux parties contractantes ; 2° à ses ascendants ; 3° à certains collatéraux ; 4° au tuteur ou au curateur.

480. 1° Au conjoint. — « Le droit de former opposition à la » célébration du mariage, appartient à la personne engagée par » mariage avec l'une des deux parties contractantes » (art. 172). La loi met le conjoint en première ligne, parce qu'il est de tous celui dont le droit est le plus sacré. L'époux qui forme opposition au mariage de son conjoint défend son titre, dit M. Laurent ; il réclame l'exécution de la foi promise, il prévient un crime honteux de bigamie.

L'époux divorcé pourrait-il faire opposition au mariage que son ancien conjoint voudrait contracter avec son complice, contrairement à l'art. 298 ? Nous ne le pensons pas. L'art. 172 accorde le droit d'opposition au conjoint ; or ce titre n'appartient plus à l'époux divorcé. En ce sens, trib. de Lyon, 27 déc. 1888, sous Lyon, 3 juillet 1890, S., 91. 2. 246. En sens contraire, tribunal de Dieppe, 26 juin 1890, S., 90. 2. 200, D., 92. 2. 213.

481. 2° Aux ascendants de l'un et de l'autre des futurs conjoints. — Et toutefois la loi ne leur accorde pas le droit d'opposition à tous concurremment, mais bien successivement. On en trouve la preuve dans l'art. 173, ainsi conçu : « *Le père, et à défaut du père, la mère, et à défaut de père et mère, les aïeuls et aïeules, peuvent former opposition au mariage de leurs enfants et descendants, encore que ceux-ci aient vingt-cinq ans accomplis* ». — Voici donc l'ordre hiérarchique établi par la loi :

a. — *Le père*, légitime ou naturel, car la loi ne distingue pas. La prééminence lui appartient en sa qualité de chef.

b. — *La mère*, légitime ou naturelle également, mais à défaut du père seulement, ce qui signifie : si le père est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté. Sur le sens de ces dernières expressions, cpr. *supra* n. 428.

Donc si le père consent au mariage, la mère n'a pas le droit de former opposition, alors même qu'elle n'aurait pas été consultée. Et cependant, en pareil cas, l'officier de l'état civil doit refuser de procéder à la célébration (*supra* n. 427). Alors pourquoi la loi n'autorise-t-elle pas la mère à former opposition, puisqu'il existe une cause d'empêchement relative à sa personne? Il est difficile de le dire. En tout cas, la mère a certainement le droit d'informer officieusement l'officier de l'état civil de ce qui se passe, et alors celui-ci pourra surseoir à la célébration du mariage, jusqu'à ce qu'on lui rapporte la preuve que la mère a été consultée.

c. — *Les aïeuls et aïeules*; mais seulement à défaut de père et mère, c'est-à-dire si le père et la mère sont morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté.

Le droit d'opposition appartient concurremment aux aïeuls de la ligne paternelle et à ceux de la ligne maternelle, car la loi n'établit pas de prééminence d'une ligne sur l'autre. Le consentement au mariage donné par les aïeuls d'une ligne n'enlèverait donc pas à ceux de l'autre le droit d'y former opposition.

Mais, dans chaque ligne, l'aïeule peut-elle former opposition concurremment avec l'aïeul, ou seulement à défaut de celui-ci? La généralité des termes de la loi pourrait faire penser que le droit d'opposition appartient à l'aïeule au même titre qu'à l'aïeul, et concurremment avec lui. Néanmoins la solution contraire paraît préférable. Elle résulte des travaux préparatoires de la loi. En outre nous voyons que la mère ne peut exercer le droit d'opposition qu'à défaut du père (art. 173); il doit rationnellement en être de même de l'aïeule dans ses rapports avec l'aïeul; on ne s'expliquerait guère que la prépondérance du sexe fût admise entre le père et la mère, et qu'elle ne le fût pas entre l'aïeul et l'aïeule, qui sont eux aussi conjoints par mariage. *Adde* arg. art. 150 qui donne la prépondérance à l'aïeul sur l'aïeule en ce qui concerne le consentement à mariage.

Si tous les aïeuls et aïeules sont morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, le droit d'opposition passe aux bisaïeuls, car c'est seulement à défaut d'*aucun ascendant* que l'art. 174 attribue le droit d'opposition aux collatéraux. Par où l'on voit que, dans le langage de la loi, les mots *aïeuls et aïeules* comprennent aussi les bisaïeuls et bisaïeules. Nous en avons déjà fait la remarque (*supra* n. 430).

482. Les ascendants peuvent exercer le droit d'opposition, même après que les enfants ont atteint leur majorité matrimoniale (art. 173 *in fine*).

De plus, à la différence des autres opposants, ils ne sont pas obligés d'indiquer dans l'acte les motifs sur lesquels leur opposition est fondée (art. 176).

Suit-il de là que l'opposition, formée par un ascendant, aura toujours pour résultat d'entraver le mariage? Le tribunal devra-t-il nécessairement refuser d'accorder la main-levée qu'on lui demande?

Quelques-uns l'avaient ainsi pensé dans les premiers temps qui ont suivi la promulgation du code civil. Mais cette opinion est depuis longtemps abandonnée.

L'office du juge est facile à préciser. L'opposition des ascendants est-elle fondée sur un motif légal? Elle devra être maintenue. Ainsi un père dont le fils n'a pas encore atteint sa majorité matrimoniale, refuse de consentir au mariage de celui-ci et y fait opposition. Le tribunal devra refuser d'accorder la main-levée de cette opposition, parce qu'elle a une juste cause, fondée qu'elle est sur l'empêchement légal résultant du défaut de consentement du père (art. 148). De même, s'il s'agit d'un enfant majeur quant au mariage, qui n'a pas adressé à ses ascendants les actes respectueux prescrits par l'art. 151, l'opposition formée par les ascendants sur ce fondement devra être maintenue par le tribunal tant que la cause subsistera, c'est-à-dire tant que la formalité des actes respectueux n'aura pas été remplie.

Mais si l'ascendant n'invoque aucun motif légal à l'appui de son opposition, le tribunal devra en prononcer la main-levée, sur la demande de l'enfant. C'est ce qu'a décidé la cour suprême, cassant un arrêt en sens contraire de la cour de Bourges, dans une espèce qui pourtant se présentait sous un jour bien favorable pour l'opposant. Un père avait formé opposition au mariage de sa fille majeure qui lui avait adressé des actes respectueux. Assigné en main-levée, il prétendit justifier son opposition en alléguant que l'homme, auquel sa fille voulait s'unir, était un de ses anciens domestiques, forçat libéré, par lequel elle s'était laissée séduire. Était-ce là une juste cause, c'est-à-dire une cause légale d'opposition? Assurément non. La main-levée devait donc en être prononcée, comme l'a décidé la cour suprême (voyez dans le même sens un arrêt de la cour de cassation du 30 juin 1879, D., 80. 1. 135, S., 79. 1. 416). Et il faut bien qu'il en soit ainsi; autrement le droit que la loi accorde aux enfants, leur majorité matrimoniale une fois atteinte, de se marier sans le consentement de leurs ascendants, et à la charge seulement de requérir leur conseil par le moyen d'actes respectueux, deviendrait complètement illusoire, puisqu'il suffirait aux ascendants, pour le paralyser, de former opposition au mariage!

Nous voyons se dresser l'objection : A quoi sert de dispenser les ascendants d'indiquer les motifs de leur opposition dans l'acte qui en est dressé, si on ne les dispense pas d'*avoir* des motifs légaux, et si on les oblige à les faire valoir, le cas échéant, devant le tribunal? Autant vaudrait les astreindre, comme les autres opposants (art. 176), à indiquer leurs motifs dans l'acte d'opposition. Les en dispenser, pour les obliger à révéler ces motifs plus tard, s'ils veulent que l'opposition soit maintenue, c'est établir entre eux et les autres opposants une différence purement nominale. — Il y a deux réponses.

D'abord la faculté accordée aux ascendants de former une opposition légale alors même qu'elle n'est pas fondée sur des motifs légaux, leur permettra d'arrêter momentanément la célébration d'un mariage qu'ils désapprouvent : l'officier de l'état civil en effet ne pourra pas y procéder tant que la main-levée n'en aura pas été régulièrement prononcée, et on ne l'obtient pas du jour au lendemain. L'ascendant gagnera ainsi du temps, ce qui est beaucoup, car le temps calme souvent les mauvaises passions. Le droit de former une semblable opposition aurait pu être dangereux entre les mains du premier venu; il ne l'est guère entre celles des ascendants : leur qualité et l'affection qu'ils portent à leurs enfants sont un sûr garant qu'ils n'en mésuseront pas.

Et puis l'opposition, légalement formée par l'ascendant, quoique non basée sur des motifs légaux, va obliger l'enfant, s'il persiste dans son projet, à former une demande en main-levée. Le voilà donc contraint, après avoir donné le signal des hostilités par la notification des actes respectueux, d'en venir à une véritable lutte, et une lutte judiciaire cette fois, pour triompher de l'obstacle élevé par l'opposition ! La loi espère que l'enfant reculera ; peut-être espère-t-elle aussi que le futur conjoint de l'enfant reculera lui-même le premier ; car enfin il lui faut entrer à main armée en quelque sorte dans une famille qui lui prouve assez clairement par son attitude qu'elle ne veut pas de lui.

483. 3° A certains collatéraux. — Aux termes de l'art. 174 :
 « A défaut d'aucun ascendant, le frère ou la sœur, l'oncle ou la
 » tante, le cousin ou la cousine germains, majeurs, ne peuvent
 » former aucune opposition que dans les deux cas suivants : —
 » 1° Lorsque le consentement du conseil de famille, requis par
 » l'article 160, n'a pas été obtenu; — 2° Lorsque l'opposition est
 » fondée sur l'état de démence du futur époux : cette opposition,
 » dont le tribunal pourra prononcer main-levée pure et simple, ne
 » sera jamais reçue qu'à la charge, par l'opposant, de provoquer
 » l'interdiction, et d'y faire statuer dans le délai qui sera fixé par
 » le jugement ».

Les collatéraux, dont notre article donne l'énumération, ne sont appelés à exercer le droit d'opposition qu'à défaut d'aucun ascendant, par conséquent même de bisatcels. Mais la loi n'établissant entre eux aucune hiérarchie, le droit d'opposition leur appartient à tous concurremment. Il n'est d'ailleurs accordé qu'aux collatéraux majeurs; les mineurs ne pourraient donc point en user : ce qui ne signifie pas que les collatéraux mineurs ne peuvent pas l'exercer personnellement (cela allait de soi et n'avait pas besoin d'être dit, puisque le mineur est incapable d'accomplir les actes civils), mais bien que le droit d'opposition ne peut être exercé au nom des collatéraux mineurs par leurs tuteurs. C'est un droit exclusivement attaché à la personne. Cpr. *infra* n. 484. Enfin le droit d'opposition n'appartient qu'aux parents du futur époux dans la personne duquel l'empêchement au mariage existe et non aux parents de l'autre époux.

L'opposition, formée par les collatéraux majeurs désignés en l'art. 174, n'est recevable que dans deux cas.

PREMIER CAS. — « Lorsque le consentement du conseil de famille, » requis par l'article 160, n'a pas été obtenu ». Il s'agit d'un futur époux mineur qui a perdu tous ses ascendants, et qui ne peut par conséquent se marier sans le consentement de son conseil de famille (art. 160). Si ce consentement n'a pas été obtenu, l'existence de l'empêchement sera révélée à l'officier de l'état civil par l'acte de naissance du futur époux, qui trahit sa minorité. Aussi ne voit-on guère l'utilité de l'opposition fondée sur cette première cause, puisqu'elle n'apprendra à l'officier de l'état civil que ce qu'il sait déjà. Il faut, pour faire apparaître cette utilité, imaginer des hypothèses tout à fait invraisemblables, comme la présentation par le mineur d'un faux acte de naissance, duquel il résulterait qu'il est majeur.

DEUXIÈME CAS. — « Lorsque l'opposition est fondée sur l'état de » démence du futur époux ». Sous le nom de *démence*, la loi comprend certainement ici tous les cas d'aliénation mentale, qu'elle désigne ailleurs par les mots d'*imbécillité*, *démence* ou *fureur* (art. 489).

Il résulte de l'art. 174 que la démence ne peut être une cause d'opposition à mariage qu'autant qu'elle a déjà entraîné l'interdiction du futur ou qu'elle est de nature à la faire prononcer ; par conséquent il faut que l'état d'imbécillité, de démence ou de fureur soit habituel. Arg. art. 489.

L'opposition fondée sur la démence du futur époux n'a pas besoin pour être valable d'être accompagnée d'une demande en interdiction. Une fois l'opposition régulièrement faite et signifiée à qui de droit, l'opposant attendra, et alors de deux choses l'une :

Ou bien le futur époux ne demandera pas la main-levée de l'opposition, et dans ce cas elle produira son effet ordinaire, qui est d'entraver la célébration du mariage ;

Ou bien le futur époux demandera la main-levée, et alors le tribunal saisi de la demande pourra :

Soit prononcer main-levée pure et simple de l'opposition, ce qu'il fera s'il lui paraît que l'opposition est mal fondée. Un simple interrogatoire du futur époux suffira souvent pour lui inspirer cette conviction ;

Soit, s'il estime que l'opposition est sérieuse, fixer un délai, dans lequel l'opposant devra provoquer l'interdiction et y faire statuer, et, si ce délai expire sans que l'opposant se soit mis en règle, le tribunal, de nouveau saisi par le futur, devra donner main-levée de l'opposition. Cpr. *infra* n. 1180 *ter*.

Tel est le sens de la partie finale de l'art. 174.

484. 4° *Au tuteur ou au curateur du futur conjoint.* — Aux termes de l'art. 173 : « Dans les deux cas prévus par le précédent » article, le tuteur ou curateur ne pourra, pendant la durée de la » tutelle ou curatelle, former opposition qu'autant qu'il y aura été » autorisé par un conseil de famille, qu'il pourra convoquer ».

Ce texte ne figurait pas dans le projet : il a été ajouté sur la demande du tribunal qui a motivé cette addition dans les termes suivants : « Il a paru que, dans les deux cas prévus par l'art. 174, le tuteur et le curateur puissent former opposition au mariage de ceux dont la personne est confiée à leur surveillance ». Il s'agit, on le voit, du tuteur ou du curateur du futur époux, et non du tuteur ou du curateur de l'un des parents désignés en l'art. 174. Nous en avons déjà fait la remarque.

Le droit d'opposition, accordé par notre article au tuteur ou au curateur du futur époux, lui appartient concurremment avec les collatéraux dont parle l'art. 174. Mais, comme à eux, il ne leur appartient qu'à défaut d'aucun ascendant.

Le tuteur ou le curateur du futur époux ne peut jamais exercer le droit d'opposition qu'avec l'autorisation du conseil de famille, qu'il pourra *faire convoquer* à cet effet, et non *convoquer*, comme le dit inexactement l'art. 174 (arg. art. 406).

Le tuteur ou le curateur ne peut exercer le droit d'opposition que dans les deux cas prévus par l'art. 174.

Le premier est celui où le futur époux, mineur de vingt et un ans et n'ayant plus aucun ascendant, n'a pas obtenu l'autorisation du conseil de famille requise par l'art. 160. Ce premier cas n'offre aucune difficulté.

Il n'en est pas de même du second, qui est celui où l'opposition est fondée sur l'état de démence du futur époux. En donnant au tuteur ou au curateur du futur époux le droit de former opposition au mariage de son pupille dans ce deuxième cas, l'art. 175 a proposé aux jurisconsultes une énigme dont ils ne sont pas encore parvenus à trouver le mot. Et en effet, pour ne parler que du futur époux mineur sans ascendants, s'il est en état de démence, le conseil de famille refusera de consentir à son mariage, ou retirera l'autorisation par lui accordée avant que la démence fût survenue, et alors l'opposition du tuteur ou du curateur sera fondée non sur la démence du futur mais sur l'absence de consentement du conseil de famille.

485. Nous avons épuisé la liste des personnes qui peuvent former opposition à mariage et des causes légales d'opposition. C'est un principe certain que les dispositions de la loi sont essentiellement limitatives sur l'un et l'autre point. Autrement, elles n'auraient pas de sens, et le but du législateur, qui a été de restreindre le droit d'opposition dans d'étroites limites, ne serait pas atteint.

Ainsi le fils ne peut pas faire opposition au mariage de son père, ni le neveu au mariage de son oncle, qui est par rapport à lui *loco parentis*. L'opposition aurait quelque chose de contraire au respect que le fils doit à son père, le neveu à son oncle. De même encore, la loi n'accordant le droit d'opposition qu'aux parents, les alliés, par exemple le beau-frère et la belle-sœur, ne pourront en aucun cas l'exercer. De même enfin, en ce qui concerne les causes d'opposition, un des collatéraux désignés en l'art. 174, ne pourrait pas former une opposition sur le fondement de l'existence d'un premier mariage non dissous (art. 147), ou du lien de parenté qui unit les futurs conjoints (art. 161 et s.). Arg. art. 174.

* On discute la question de savoir si le droit d'opposition à mariage appartient au ministère public. Le code civil paraît bien le lui refuser par cela seul qu'il ne le lui accorde pas expressément. Mais nous croyons que ce droit lui a été concédé par l'art. 46 de la loi du 20 avril 1810, ainsi conçu : « En matière civile, le ministère public agit d'office dans les cas exprimés par la loi. — Il surveille l'exécution des lois, des arrêts et des jugements; il poursuit d'office cette exécution dans les dispositions qui intéressent l'ordre public ». Ce texte est extrêmement obscur. Voici l'interprétation que nous en donnons. L'alinéa 1^{er} signifie que le ministère public ne peut agir *en justice* que dans les cas exprimés par la loi. La partie finale de l'alinéa 2 n'apporte aucune exception à cette règle qui est absolue; elle signifie que le ministère public est chargé, même en l'absence d'un texte, d'assurer l'exécution des lois qui intéressent l'ordre public, mais seulement par voie extrajudiciaire. Maintenant l'opposition à mariage est un acte extrajudiciaire (*infra* n. 486) et par conséquent elle rentre dans la série des actes que le ministère public est autorisé à accomplir, car elle a pour but d'assurer l'exécution d'une loi d'ordre public, celle qui établit les empêchements de mariage. Il est vrai que l'opposition pourra conduire à un débat judiciaire, mais ce n'est pas le ministère public qui l'introduira; il y jouera le

rôle de défendeur, ce à quoi ne s'oppose nullement l'art. 46 précité qui lui défend d'*agir* en justice en dehors des cas exprimés par la loi. Cpr. Grenoble, 14 janvier 1889, D., 90. 2. 195, et la note de M. Flurer.

D'ailleurs, toute personne, que le droit d'opposition lui appartienne ou non, a la faculté de dénoncer officieusement à l'officier de l'état civil les empêchements au mariage dont elle peut avoir connaissance. L'officier de l'état civil ainsi informé doit, sous peine d'engager sa responsabilité personnelle (C. civ., art. 156 et 157, et C. pén., art. 194 et 340), se renseigner et refuser de procéder à la célébration du mariage, s'il acquiert personnellement la conviction que l'empêchement signalé existe en réalité. Les futurs époux ne pourraient triompher de son refus qu'en s'adressant à la justice.

II. Des formes de l'opposition.

486. L'opposition à mariage se forme par acte extrajudiciaire, du ministère de l'huissier.

487. L'acte d'opposition doit être rédigé dans la forme des exploits ordinaires, sauf toutefois certaines particularités que révèlent les art. 66 et 176, et qu'il faut signaler :

1° « *Les actes d'opposition au mariage seront signés sur l'original* » et sur la copie par les opposants ou par leurs fondés de procuration spéciale et authentique » (art. 66 1^{re} partie). Le but de cette disposition est d'empêcher les oppositions faites sous un nom emprunté, ou en une qualité qui n'appartient pas à l'opposant, celle de parent par exemple quand il ne l'est pas. Si l'opposant n'était pas obligé de signer l'acte d'opposition, le premier venu pourrait se présenter à un huissier sous le nom d'une personne ayant qualité, et former opposition à un mariage sans courir d'autre danger que celui d'être condamné à des dommages et intérêts, au grand préjudice des futurs époux qui verraient ainsi la célébration de leur mariage retardée. Grâce à notre disposition, on n'aura guère à redouter cette fraude ; car l'opposant sera obligé, pour la commettre, de signer l'acte d'opposition d'un nom qui n'est pas le sien, de faire une fausse signature par conséquent, ce qui le rendrait passible de la peine de la réclusion (C. pén., art. 150), sans préjudice des dommages et intérêts. Et pour que l'opposant, qui voudrait agir sous un nom emprunté ou sous une qualité qui ne lui appartient pas, ne puisse pas éluder la sanction pénale dont il vient d'être parlé, en agissant par l'intermédiaire d'un mandataire, la loi n'admet pas ici d'autre mandat qu'un mandat spécial et authentique. En donnant ce mandat sous un faux nom ou sous une fausse qualité, le mandant s'exposerait également à des peines très sévères.

res. L'opposant qui ne sait pas signer doit nécessairement se faire remplacer par un mandataire muni d'une procuration spéciale et authentique.

Les auteurs, faisant ici l'application de la théorie des nullités virtuelles, admettent en général que la signature de l'opposant ou de son fondé de procuration spéciale et authentique, est exigée à peine de nullité. On peut élever cependant quelque doute sur ce point, à cause de l'art. 1030 du code de procédure civile.

2° « *Tout acte d'opposition énoncera la qualité qui donne à l'opposant le droit de la former* » (art. 176 1^{re} partie). La loi veut qu'on puisse savoir, à la seule inspection de l'acte, si l'opposition a été formée par une personne ayant qualité.

3° « *Il [l'acte d'opposition] contiendra élection de domicile dans le lieu où le mariage devra être célébré* » (art. 176 2^o partie).

Comment l'opposant saura-t-il quelle est la commune où le mariage doit être célébré et dans laquelle il doit par suite faire élection de domicile? Si les publications indiquent cette commune, l'opposant n'éprouvera pas d'embarras. Mais ce sera rare, car la loi n'exige pas cette indication dans les publications, et ordinairement elle ne s'y trouve point. Le plus prudent, en pareil cas, serait d'élire domicile dans toutes les communes où la célébration du mariage est possible. Toutefois on reconnaît généralement que cela n'est pas nécessaire, la loi ne l'exigeant pas, et qu'il suffirait que l'opposant eût domicile dans l'une des communes où l'époux, du chef duquel l'opposition est faite, a son domicile soit réel, soit matrimonial. Quelques-uns pensent même que l'élection pourrait être valablement faite dans l'une quelconque des communes où la célébration du mariage est possible (arg. art. 69).

L'élection de domicile exigée par notre texte est attributive de juridiction. Le futur époux, contre lequel l'opposition est dirigée, peut donc en demander la main-levée, en agissant au domicile élu, et devant le tribunal de ce domicile (arg. art. 111), c'est-à-dire devant le tribunal qu'on suppose être le plus à sa portée.

4° Enfin l'acte d'opposition « *devra également, à moins qu'il ne soit fait à la requête d'un ascendant, contenir les motifs de l'opposition* » (art. 176 3^o partie). On pourra voir ainsi, à la simple lecture de l'acte, si l'opposition est fondée sur un motif légal. C'est un moyen d'empêcher les oppositions vexatoires, et on s'explique ainsi l'exception établie en faveur des ascendants : à raison de leur qualité, on ne suppose pas qu'ils puissent se laisser guider par un autre mobile que l'intérêt de leur enfant.

488. Le législateur tient beaucoup à l'observation des prescriptions relatives aux énonciations que doit contenir l'acte d'opposition. On en jugera par la sévérité de la sanction qu'il établit : « *le tout à peine de nullité, et de l'interdiction de l'officier ministériel qui aurait signé l'acte contenant opposition* » (art. 176 *in fine*).

Donc double sanction :

D'abord la nullité de l'opposition irrégulière en la forme ;

Ensuite l'interdiction de l'officier ministériel qui l'aurait signée. L'huissier est donc intéressé à ce que l'opposition soit régulière en la forme. Aussi aurait-il le droit de refuser son ministère à toute personne qui voudrait lui faire dresser un acte d'opposition manifestement illégal, par exemple à l'opposant qui refuserait d'indiquer sa qualité ou les motifs de l'opposition. Rien n'est plus conforme à l'esprit de la loi, qui se préoccupe surtout d'empêcher les oppositions vexatoires. Mais, bien entendu, l'huissier ne peut pas s'ériger en juge de la validité de l'opposition, contester par exemple la sincérité du motif légal indiqué par l'opposant ou la qualité qu'il se donne. Tout ce qu'il peut exiger, c'est que l'opposant lui fournisse les indications nécessaires pour dresser un acte d'opposition contenant toutes les énonciations exigées par la loi.

489. A qui l'opposition à mariage doit être signifiée. — « Ils » [les actes d'opposition] *seront signifiés, avec la copie de la procuration, à la personne ou au domicile des parties, et à l'officier de l'état civil, qui mettra son visa sur l'original* » (art. 66 *in fine*).

L'acte d'opposition à mariage doit donc être signifié :

1° *Aux parties*, c'est-à-dire aux futurs époux. A l'un et à l'autre ; par conséquent même à celui contre lequel l'opposition n'est pas dirigée ; il a intérêt à la connaître. Cette signification se fait, suivant le droit commun, à personne ou domicile.

2° *A l'officier de l'état civil*. Mais auquel ? La loi ne le dit pas. Si les publications indiquent la commune dans laquelle le mariage doit être célébré, la signification devra être faite à l'officier de l'état civil de cette commune. Dans le cas contraire, le plus prudent serait de signifier l'opposition aux officiers de l'état civil de toutes les communes où la célébration du mariage est possible. Toutefois, si les certificats dont parle l'art. 69 n'ont pas encore été délivrés, il pourra suffire de signifier l'opposition à l'un des officiers de l'état civil compétents pour célébrer le mariage ; car les autres, s'ils sont requis de procéder à la célébration, auront ainsi nécessairement connaissance de l'opposition, du moins s'ils se conforment à l'art. 69, qui leur défend de célébrer le mariage sans un certificat délivré par les officiers de l'état civil de chacune des communes où les publications ont été faites, constatant qu'il n'existe point d'opposition.

L'opposition, qui ne serait signifiée ni aux futurs conjoints ni à l'officier de l'état civil, ne produirait aucun effet. *Idem est non esse et non significari*.

Celle qui serait signifiée aux époux sans l'être à l'officier de l'état civil, ne mettrait pas obstacle à la célébration du mariage, puisque l'officier de l'état civil ne serait pas légalement informé de son existence.

Enfin l'opposition qui serait signifiée à l'officier de l'état civil, sans l'être aux futurs époux, obligerait le premier à surseoir à la célébration du mariage ; mais le tribunal, régulièrement saisi par qui de droit, devrait donner main-levée de l'opposition par cela seul qu'elle n'a pas été signifiée aux époux, et par application de la règle *Idem est non esse et non significari*.

Aux termes de l'art. 66 *in fine* : l'officier de l'état civil auquel l'opposition est signifiée doit mettre son visa sur l'original. Pareille obligation est imposée d'une manière générale à tout officier public, qui reçoit en cette qualité une signification. (C. pr., art. 69 al. 7). Ici l'accomplissement de cette formalité prévient un conflit entre l'huissier, qui affirmerait avoir fait la signification, et l'officier de l'état civil qui soutiendrait ne l'avoir pas reçue.

Mentionnons enfin l'art. 67 ainsi conçu : « *L'officier de l'état civil fera, sans délai, une mention sommaire des oppositions sur le registre des publications ; il fera aussi mention, en marge de l'inscription desdites oppositions, des jugements ou des actes de main-levée dont expédition lui aura été remise* ».

III. Des effets de l'opposition.

490. « *En cas d'opposition l'officier de l'état civil ne pourra célébrer le mariage avant qu'on lui en ait remis la main-levée, sous*

» *peine de trois cents francs d'amende, et de tous dommages-intérêts* » (art. 68).

La loi ne prononce pas la nullité du mariage célébré au mépris de l'opposition. Est-ce à dire qu'il devra toujours être maintenu ? La négative s'impose. Les époux ont peut-être contracté au mépris d'un empêchement dirimant. En pareil cas le mariage pourrait être annulé s'il avait été célébré en l'absence de toute opposition, et, bien évidemment, cette circonstance qu'une opposition a été faite et n'a pas été respectée, ne saurait le sauver de la nullité. Que résulte-t-il de tout cela ? C'est que l'opposition, par elle-même et indépendamment des motifs sur lesquels elle se fonde, ne constitue qu'un empêchement simplement prohibitif. Le mariage une fois célébré, on ne se préoccupe plus de savoir, pour apprécier sa validité, s'il a été ou non contracté au mépris d'une opposition.

491. L'officier de l'état civil n'est pas juge du mérite de l'opposition. Ainsi une opposition à mariage, formée par un cousin germain majeur, est fondée sur l'état de démence du futur époux ; l'officier de l'état civil a la conviction, la certitude même, si l'on veut, que le futur, qu'il connaît personnellement, jouit de toutes ses facultés intellectuelles. Il devra cependant refuser de procéder à la célébration du mariage, jusqu'à ce que main-levée de l'opposition lui ait été rapportée.

Suit-il de là que l'officier de l'état civil doive respecter une opposition quelconque, si informe qu'elle soit ?

On est à peu près d'accord pour décider qu'il ne devrait pas s'arrêter devant une opposition faite verbalement ou par simple lettre missive.

Mais voilà que l'opposition est formée par acte sous seing privé, ou bien elle est faite en la forme authentique, mais elle est nulle d'une nullité qui saute aux yeux : ainsi elle émane d'un opposant qui n'a pas qualité, par exemple d'une personne qui n'est pas parente, ou bien la qualité de l'opposant n'est pas indiquée dans l'acte d'opposition... ; l'officier de l'état civil a la conviction que l'opposition n'est pas sérieuse, qu'elle est purement vexatoire. Devra-t-il la respecter ? — En supposant qu'il passe outre, nous croyons qu'il se trouverait difficilement un tribunal pour prononcer contre lui l'amende édictée par l'art. 68. D'autant plus qu'en ne tenant pas compte d'une opposition manifestement irrégulière en la forme, et par suite certainement nulle, l'officier de l'état civil paraît se conformer aux vues du législateur qui, en réglementant avec un soin minutieux les formes de l'opposition, et en attachant à leur inobservation une sanction sévère, la nullité, a voulu manifestement couper court aux oppositions vexatoires. Or, pour que ce vœu du législateur soit rempli, il faut que l'officier de l'état civil ne soit pas obligé de tenir compte d'une opposition quelconque. Autrement on verrait reparaître tous les inconvénients du système admis dans notre ancien droit : l'opposition redeviendrait une action populaire, et donnerait à la malveillance l'arme que la loi a voulu lui retirer. Peut-on admettre que le législateur ait ainsi détruit d'une main l'édifice qu'il venait d'élever de l'autre ? N'est-il pas bien plus rationnel de croire qu'il a voulu consacrer en cette matière le système admis par la loi du 20 septembre 1792, dont l'art. 9, titre IV, section III, porte : « Toutes oppositions, formées hors les cas, les formes et par toutes

» personnes autres que celles ci-dessus désignées, seront regardées comme non venues, » et l'officier public *pourra* passer outre à la célébration du mariage ».

Objectera-t-on qu'on rend ainsi l'officier de l'état civil juge du mérite de l'opposition ? L'objection serait fondée, si on l'autorisait à trancher les questions de nullité qui présentent quelque doute ; mais on ne le rend pas juge en ne l'autorisant à constater que les nullités certaines, évidentes, incontestables, car il n'y a en pareil cas rien à juger, l'intervention du juge supposant qu'il y a au moins quelque doute.

Nous concluons que la loi paraît autoriser l'officier de l'état civil à ne pas respecter une opposition à mariage, toutes les fois qu'elle est *manifestement illégale* : ce qu'il doit apprécier à ses risques et périls. On ne peut d'ailleurs trouver étonnant que, dans la pratique, les officiers de l'état civil aient une tendance marquée à s'en tenir à ce précepte du sage : *dans le doute abstiens-toi*, et qu'ils se trouvent ainsi conduits à respecter en fait à peu près toutes les oppositions qui leur sont signifiées.

IV. De la main-levée de l'opposition.

492. La main-levée est la destruction de l'obstacle élevé par l'opposition. On en distingue deux espèces : la main-levée volontaire et la main-levée judiciaire ou forcée.

a. — La main-levée *volontaire* est celle qui est donnée par l'opposant. La loi n'en a pas réglé les formes. Si l'opposant assiste à la célébration du mariage, il peut donner la main-levée verbalement à ce moment même, auquel cas l'officier de l'état civil la constatera dans l'acte de mariage. Si l'opposant se propose de ne pas assister à la célébration, la main-levée qu'il donne de son opposition doit être constatée par acte (arg. art. 67). Le silence de la loi sur la forme de cet acte conduit à décider qu'il peut être dressé par un notaire ou par un huissier. Une expédition en doit être remise à l'officier de l'état civil.

b. — La main-levée *judiciaire* est celle qui est accordée par la justice. Elle doit être prononcée toutes les fois qu'il n'existe aucun empêchement légal à la célébration du mariage.

Sans que le juge ait même le droit d'ordonner, en vue de donner aux mauvaises passions le temps de se calmer, qu'il sera sursis pendant un certain temps à la célébration du mariage (arg. art. 177 et 178), ou que la future épouse, qui se trouve soumise actuellement à une mauvaise influence, quittera la maison qu'elle habite pour aller demeurer soit chez un parent, soit dans une maison tierce où elle pourra recevoir les conseils de sa famille. C'est un droit pour l'enfant qui a atteint sa majorité matrimoniale de se marier comme il l'entend, sous la seule condition de remplir la formalité des actes respectueux, et la justice ne peut, par aucun moyen, entraver l'exercice de ce droit.

Le droit de demander la main-levée judiciaire n'appartient qu'au futur époux du chef duquel l'opposition a été formée, non à l'autre. La demande peut être portée, au choix du demandeur, soit devant le tribunal du domicile réel de l'opposant, soit devant le tribunal du lieu où le mariage devait être célébré et où l'opposant a dû faire élection de domicile. Arg. art. 59 al. 9 C. pr. Elle est dispensée du préliminaire de conciliation comme requérant célérité. C. pr., art. 49 al. 2 cbn. 177 et 178 C. civ.

C'est aussi parce que la demande requiert célérité que le législateur l'a affranchie des lenteurs du tour de rôle. L'art. 177 dit à ce sujet : « *Le tribunal de première instance prononcera dans les dix jours sur la demande en main-levée* ». Et l'art. 178 ajoute : « *S'il y a appel, il y sera statué dans les dix jours de la citation* ». Remarquez que la loi n'exige pas que le tribunal ou la cour statue définitivement dans les dix jours ; ce serait souvent impossible, à cause des incidents de procédure. Il suffit que le tribunal ou la cour statue *au moins préparatoirement* dans les dix jours.

* Conformément aux règles du droit commun, l'appel interjeté serait suspensif de l'exécution du jugement qui donne main-levée de l'opposition, et par suite il empêcherait la célébration du mariage.

* En serait-il de même du pourvoi en cassation ? Non, parce que le pourvoi en cassation n'est pas suspensif de l'exécution (art. 18 de la loi du 20 novembre 1790). Mais qu'arriverait-il, si, le mariage ayant été célébré en exécution de l'arrêt qui donne main-levée de l'opposition, cet arrêt vient ensuite à être cassé ? Les principes semblent conduire à décider que la célébration du mariage sera annulée par le seul fait de la cassation, et quelle que puisse être d'ailleurs la décision de la cour d'appel chargée de statuer sur le renvoi opéré par la cour de cassation. La raison en est que la cassation met au néant l'arrêt cassé, et tout ce qui a pu être fait en exécution de cet arrêt. On arrive ainsi, il est vrai, à un résultat singulier : c'est de traiter le mariage célébré en vertu d'un arrêt de main-levée, qui plus tard a été cassé, plus sévèrement qu'on ne traiterait le même mariage qui aurait été célébré au mépris de l'opposition non levée. En effet un mariage, célébré au mépris d'une opposition régulière non levée, ne doit pas nécessairement être annulé, l'opposition ne constituant par elle-même, et indépendamment des motifs sur lesquels elle est fondée, qu'un empêchement simplement prohibitif ; tandis qu'on annule dans tous les cas le mariage célébré à la suite de la main-levée donnée par un arrêt qui plus tard a été cassé, et cela alors même qu'il n'existerait pas d'empêchement dirimant au mariage. Aussi a-t-on proposé d'assimiler le mariage dont il s'agit au mariage célébré au mépris d'une opposition non levée. Mais ce système, qui serait très acceptable en législation, ne l'est pas au point de vue de la loi qui nous régit. D'autre part, il rend complètement illusoire le droit qu'on est obligé de reconnaître à l'opposant de se pourvoir en cassation ; car à quoi lui servirait-il d'obtenir gain de cause ? Enfin la situation des époux qui ont contracté le mariage est moins intéressante qu'on ne serait tenté de le croire au premier abord. Ils ont dû prévoir l'issue possible du pourvoi en cassation, et par suite ils ont contracté à leurs risques et périls. Qui les empêche d'ailleurs, si en définitive la main-levée de l'opposition est accordée, de contracter un nouveau mariage ?

493. Aux termes de l'art. 179 : « *Si l'opposition est rejetée, les opposants, autres néanmoins que les ascendants, pourront être condamnés à des dommages-intérêts* ». Cpr. art. 1382. La loi présume que l'opposition faite par les ascendants est toujours dictée par de bons motifs. De là l'exception établie à leur profit.

Quant aux dépens, dont la loi ne parle pas, on appliquera le droit commun. L'opposant devra donc être condamné aux dépens s'il succombe (C. pr., art. 130). Cette règle serait applicable même aux ascendants, sauf aux juges à user en pareil cas de la faculté de compenser les dépens que leur accorde l'art. 131 du code de procédure civile.

CHAPITRE IV

DES DEMANDES EN NULLITÉ DE MARIAGE

494. Ce chapitre ne traite pas seulement, comme semblerait l'annoncer sa rubrique, *des nullités de mariage*; il s'occupe, en outre, d'une part, *de la preuve du mariage* (art. 194 à 200), sans doute, comme le dit Valette, parce que la validité du mariage, comme d'un acte quelconque, ne se trouve assurée que par la preuve qui en est fournie, et, d'autre part, *des mariages putatifs* (art. 201 et 202), qui sont des mariages nuls, auxquels le législateur fait produire néanmoins les effets civils à raison de la bonne foi des époux. De là la division toute naturelle de notre matière en trois sections.

SECTION PREMIÈRE

DES NULLITÉS DE MARIAGE

495. Envisagés au point de vue de leur efficacité, les actes juridiques en général et le mariage en particulier sont ou valables ou nuls ou inexistant.

L'acte *valable* est inattaquable et produit tous les effets que comporte sa nature.

L'acte *nul* ou *annulable* (ces deux expressions sont synonymes) est un acte imparfait. Il est infecté de certains vices de constitution qui peuvent entraîner sa ruine, mais qui sont en général susceptibles d'être purgés.

Enfin l'acte *inexistant* est celui qui n'a pu se former et qui par suite n'a jamais eu d'existence aux yeux de la loi. C'est une simple apparence sans réalité, un vain fantôme, le néant.

On voit qu'il existe une différence capitale entre l'acte juridique nul ou annulable et l'acte juridique inexistant; le premier existe, quoique d'une existence imparfaite et précaire, le second n'existe pas, et c'est pourquoi on l'appelle acte *inexistant*. Ce mot ne se trouve pas dans le dictionnaire de l'Académie et c'est probablement pour ce motif que plusieurs jurisconsultes préférèrent employer l'expression *nullité radicale* ou *absolue*.

Cette différence fondamentale en entraîne plusieurs autres.

1° L'intervention de la justice est nécessaire pour infirmer un acte nul, car provisoirement il existe et il conserve son efficacité tant qu'il n'a pas été frappé par une sentence judiciaire de nullité.

Au contraire il n'y a pas à mettre en mouvement l'action de la justice pour infirmer un acte inexistant, pour l'annuler : l'annulation suppose un acte existant, de même qu'une exécution capitale suppose un homme vivant. Sans doute, s'il y a contestation entre deux particuliers sur le point de savoir si tel acte existe ou n'existe pas, la justice interviendra pour trancher ce différend comme tous les autres ; mais elle se bornera en pareil cas à reconnaître, à constater, s'il y a lieu, l'inexistence de l'acte ; on ne concevrait pas qu'elle l'annulât.

2° L'acte inexistant ne peut produire aucun effet. Comment quelque chose sortirait-il du néant ? Au contraire, l'acte nul, existant provisoirement, produit provisoirement ses effets. Il les produit jusqu'à ce qu'il ait été annulé. A dater de ce moment, l'acte est censé n'avoir jamais existé ; par suite, non seulement il cesse de produire ses effets dans l'avenir, mais les effets qu'il avait produits jusque-là sont rétroactivement anéantis ; de sorte qu'au point de vue du résultat, il se confond alors avec l'acte inexistant.

* Voyez cependant sur ce point et sur le précédent la note de M. Labbé, sous Bastia, 8 février 1888, S., 89. 2. 177. Cet arrêt a été maintenu en cassation le 26 février 1890, D., 90. 1. 290. Nous reconnaissons volontiers d'ailleurs que nos deux premières différences sont des différences de surface plutôt que de fond. En effet, du moment que la justice doit intervenir en cas de contestation, sur l'efficacité d'un acte, soit que celui qui l'attaque le prétende inexistant, soit qu'il le prétende nul, il importe assez peu que l'office du juge doive consister dans un cas à déclarer l'acte inexistant et dans l'autre à l'annuler, du moment que la conséquence finale de l'une et de l'autre décision sera la même au point de vue de l'efficacité de l'acte, qui, dans un cas, sera considéré comme n'ayant jamais produit d'effet, et, dans l'autre, comme ayant produit des effets qui sont rétroactivement anéantis.

3° Nul ne pouvant être obligé de reconnaître le néant, toute personne a le droit de se prévaloir, au besoin, de l'inexistence d'un acte juridique, soit en l'attaquant par voie d'action, soit en l'écartant par voie d'exception. Au contraire, les actes nuls, au moins quand il s'agit de nullités qui ne touchent pas à l'ordre public, ne peuvent être attaqués que par certaines personnes auxquelles la loi accorde à cet effet l'action dite *en nullité* ou *en rescision*.

4° Enfin les actes nuls étant des actes imparfaits, viciés, on conçoit que le vice dont ils sont atteints puisse être réparé, purgé. Ce résultat est produit par la confirmation ou ratification, qui n'est pas autre chose qu'une renonciation à l'action en nullité. Elle peut être expresse ou tacite. La confirmation tacite résulte principalement de l'inaction des intéressés, auxquels appartient l'action en nullité, pendant le laps de temps déterminé par la loi : ce temps

expiré l'action en nullité est prescrite. Au contraire, l'idée de confirmation ou ratification ne se conçoit pas en ce qui concerne les actes inexistantes. Confirmez tant que vous voudrez le néant, confirmez-le soit expressément soit tacitement, il restera toujours le néant. Un malade peut bien être guéri, mais un mort ne saurait être ramené à la vie. Tout intéressé peut donc à toute époque se prévaloir de l'inexistence d'un acte juridique qui lui est opposé.

La distinction des actes nuls et des actes inexistantes, formulée pour la première fois par Zachariæ (t. III, § 450), a été admise depuis par la plupart des auteurs. Elle pénètre difficilement dans la jurisprudence. Nous la trouvons cependant nettement consacrée en matière de donations par deux arrêts : le premier de la cour de Rennes (19 mai 1884, S., 85. 2. 169) ; le second de la cour de Pau, (13 mai 1890, S., 91. 2. 228, D., 90. 2. 345). Un arrêt récent de la cour de cassation vient de la condamner dans son application au mariage (Cass., 9 nov. 1887, S., 87. 1. 461, D., 88. 1. 161).

Sur quoi cette distinction est-elle fondée ?

Elle a d'abord une base rationnelle. Comme le dit fort bien M. Demolombe (t. III, n. 240), « toute convention, tout acte a ses conditions d'être, ses conditions essentielles et organiques, en dehors desquelles il n'existe pas ». Pour emprunter un exemple à la matière du mariage, concevrait-on qu'on pût considérer comme existant le mariage ou plutôt le simulacre de mariage qui aurait été contracté entre deux personnes de même sexe ? Concevrait-on que l'intervention de la justice fût nécessaire pour annuler un acte de ce genre et que la nullité pût se couvrir par le temps ou par la ratification des intéressés ? Il y a ici plus qu'un mariage infirme, c'est un mariage qui n'existe pas.

Plusieurs textes viennent d'ailleurs confirmer ici les indications de la science rationnelle.

C'est d'abord l'art. 146 qui dispose : « *Il n'y a pas de mariage* lorsqu'il n'y a point » de consentement ». Peut-on dire en termes plus énergiques que l'absence de consentement rend le mariage inexistant ? Le consentement en effet est une condition essentielle à l'existence du mariage comme de tout autre contrat (art. 1108). On ne conçoit pas qu'un contrat quel qu'il soit puisse se former sans le consentement des parties. Autre serait le cas où le consentement des parties existerait mais serait seulement vicié, par exemple par la violence. Dans ce cas, le contrat se forme, mais il est susceptible d'être annulé. « Il ne faut pas mêler ensemble les cas où le mariage n'existe pas et ceux où il peut être cassé ». Ces paroles sont du premier consul qui paraît avoir entrevu le premier la distinction, inconnue dans notre ancien droit, des actes nuls et des actes inexistantes. Il s'attache à cette idée avec une sorte d'obstination. Combattant une rédaction qui confond les mariages inexistantes et les mariages nuls, il dit : « On a distingué deux cas dans la discussion : 1° *Il n'y a pas de mariage*, à défaut de consentement devant l'officier de l'état civil, et si on a écrit que la femme a dit oui quand elle a dit non ; 2° si la femme ayant dit oui, prétend ensuite avoir été forcée, *il y a mariage*, mais il peut être annulé ». Nous ne voudrions pas affirmer toutefois que le premier consul se soit fait une idée parfaitement nette de la distinction qu'il proposait ; il l'a plusieurs fois faussement appliquée et n'a pas toujours su la mettre suffisamment en relief. Aussi paraît-elle n'avoir été qu'imparfaitement comprise par ceux qui l'écoutaient. Mais enfin il a posé avec autorité le principe de la distinction, et l'art. 146 nous paraît en être un reflet.

C'est ensuite l'art. 1131 où il est dit que le contrat sans cause « ne peut avoir aucun effet ». N'est-ce pas dire, en d'autres termes, que l'absence de cause empêche le contrat de se former, d'exister, car un contrat qui existe produit toujours certains effets, au moins provisoirement. C'était bien la pensée de l'orateur du tribunal, Favard. « Le projet, dit-il, ne distingue que deux sortes de conventions, savoir : les engagements auxquels la loi refuse toute existence qui puisse produire un effet, et ceux qui sont seulement susceptibles d'être rescindés. On doit ranger parmi les premiers ceux qui ont été contractés sans cause ou pour une cause illicite, ou pour une fausse cause. On doit compter parmi les

seconds les engagements des mineurs, des interdits, des femmes mariées et ceux surpris par dol, erreur ou violence. Dans le premier cas, il n'y a pas d'obligation, où il faudrait admettre des effets sans cause... » Loaré, t. VI, p. 193 et s.

C'est enfin l'art. 1339 : « Le donateur ne peut réparer par aucun acte les vices d'une donation entre vifs ; nulle en la forme, elle doit être refaite en la forme légale ». Cpr. art. 932. Pourquoi le vice résultant de l'absence des formes prescrites par la loi dans une donation ne peut-il pas être réparé ? On n'en voit pas d'autre raison que celle-ci, c'est que la donation nulle en la forme n'a pas d'existence légale ; c'est le néant, et le néant ne peut être confirmé. Dans la donation, comme dans tous les contrats dits solennels, la forme est essentielle à l'existence de l'acte : *Forma dat esse rei*. En l'absence de la forme prescrite par la loi, l'acte n'existe pas, et voilà pourquoi il ne peut être confirmé. « Une idée vraie et simple, dit Jaubert, dans son rapport sur le titre des obligations, c'est qu'on ne peut confirmer que ce qui a réellement existé, quoique manquant de force par quelque vice. De là il résulte qu'on ne peut en aucune manière confirmer de prétendues conventions dont la loi n'a jamais reconnu l'existence ». Jaubert donne un exemple : « La loi a déclaré qu'il ne pouvait y avoir de convention sans objet ou sans cause licite. Dans ce cas, il ne peut y avoir lieu à confirmation ».

On le voit, les textes et les travaux préparatoires confirment la distinction des actes nuls et des actes inexistants. Elle reçoit son application au mariage. Et à tous les arguments que nous venons de produire il y a lieu ici d'en ajouter un autre : s'il n'y avait pas place pour les mariages inexistants à côté des mariages nuls, il y a tel mariage impossible à maintenir, notamment celui qui aurait été contracté par deux personnes du même sexe, qui ne pourrait être attaqué par personne ; car la loi donne une liste limitative des causes de nullité et des personnes qui peuvent les proposer, et elle garde un silence complet sur ce cas. Nous ne savons si la cour de cassation accepterait cette déduction forcée de sa doctrine. Nous lisons dans un arrêt du 12 novembre 1839 (S., 39. 1. 826) : « Attendu que les nullités de mariage, quelque radicales ou absolues qu'on les suppose, ne peuvent être proposées, tant par voie d'action que par voie d'exception, que par les personnes auxquelles la loi en a expressément conféré le droit et dans les cas qu'elle a déterminés ».

Il y a donc des mariages inexistants et des mariages nuls : les premiers sans existence légale, impuissants par suite à produire aucun effet, non susceptibles de confirmation ou ratification, pouvant à toute époque, être attaqués par voie d'action ou écartés par voie d'exception par toute personne intéressée, sans qu'aucune prescription soit opposable ; les seconds existant légalement, mais atteints d'un vice de constitution qui peut entraîner leur annulation par la justice, sur l'action en nullité intentée par certaines personnes, produisant jusque là les effets d'un mariage valable, et susceptibles, au moins quand ils n'ont pas été contractés au mépris d'une prohibition qui intéresse l'ordre public, d'être purgés de leur vice originel par la confirmation ou ratification.

Le code civil ne s'occupe pas des mariages inexistants, mais seulement des mariages nuls. On le conçoit assez facilement. Nul besoin d'organiser la théorie du néant ; la doctrine pouvait facilement sur ce point suppléer au silence de la loi. Mais il fallait au contraire organiser la théorie de la nullité, qui est difficile et compliquée. Il fallait dire quelles sont les causes de nullité du mariage, quelles personnes peuvent intenter l'action en nullité, dans quel délai cette action peut être intentée, si elle est susceptible de se couvrir...

§ I. Des mariages inexistants.

496. La doctrine s'accorde à reconnaître que trois conditions sont requises pour l'existence du mariage ; l'absence de l'une

d'elles rendrait donc le mariage inexistant. Ces trois conditions sont :

1° La différence de sexe entre les contractants (*supra* n. 419).

L'impuissance ne forme pas obstacle à l'existence du mariage. Il importe peu qu'elle soit le résultat d'une faiblesse des organes, d'une mutilation ou d'une conformation vicieuse, pourvu cependant dans ce dernier cas que le sexe soit reconnaissable. Sur le point de savoir si l'impuissance n'est pas tout au moins une cause de nullité du mariage, v. *infra* n. 505.

2° Le consentement des parties contractantes. Nous avons déjà cité (*supra* n. 495) l'art. 146 qui dispose en termes énergiques : « *Il n'y a pas de mariage, quand il n'y a point de consentement* ». Rappelons qu'il s'agit du cas d'absence totale de consentement, comme il arriverait si l'une des parties avait complètement perdu l'usage de la raison au moment de la célébration du mariage (v. cep. Cass., 9 nov. 1887, S., 87. 1. 461, D., 88. 1. 161), ou si, à raison d'une infirmité physique, elle s'est trouvée dans l'impossibilité de manifester sa volonté : tel serait le cas d'un sourd-muet de naissance qui ne saurait s'expliquer ni par écrit ni par signes, ou si l'une des parties a répondu non et que l'officier de l'état civil ait entendu oui. Reconnaissons d'ailleurs que, grâce aux formes solennelles prescrites pour la célébration du mariage, le cas d'un mariage où le consentement de l'une des parties ferait totalement défaut sera infiniment rare.

Le cas d'absence de consentement ne doit pas être confondu avec celui où le consentement existe, mais infecté de certains vices, comme la violence ou l'erreur, même quand elle tombe sur la personne physique de l'autre conjoint (*infra* n. 504). Dans cette hypothèse le mariage pourra être nul, mais il ne sera pas inexistant ; car il y a consentement, quoiqu'il soit vicié.

Le consentement des parties doit être pur et simple. Toute réserve ou condition à laquelle il aurait été subordonné devrait être considérée comme non avenue. Notamment, si la femme n'a consenti qu'à la condition que l'union serait bénie par un ministre du culte auquel elle appartient, elle ne pourra pas plus tard venir prétendre que le mariage est inexistant faute de consentement de sa part, le mari rendant la célébration du mariage religieux impossible par son refus d'y concourir. Et nous verrons que ce refus n'autoriserait même pas la femme à demander la nullité du mariage. Sur le point de savoir s'il ne constituerait pas tout au moins une cause de divorce ou de séparation de corps pour la femme, v. *infra* n. 676.

3° La solennité de la célébration. Le mariage est un contrat solennel. On oppose les contrats solennels aux contrats consensuels. Les contrats consensuels sont ceux pour la perfection desquels le consentement des parties suffit : peu importe en quelle forme il est manifesté, sauf les difficultés de la preuve. Dans les contrats solennels, le consentement des parties est encore néces-

saire, mais il ne suffit pas; il doit être manifesté et constaté dans une certaine forme, et la forme est ici essentielle à l'existence de l'acte. *Forma dat esse rei*. Que le mariage soit de ce nombre, ce n'est guère douteux. La loi ne le dit pas en termes exprès, mais cela résulte très évidemment de son esprit. Si le mariage n'était pas un contrat solennel, il ne pourrait être qu'un contrat consensuel; il serait donc valable par le seul consentement des parties manifesté dans une forme quelconque, même en dehors de la présence de tout officier public, même tacitement, ce qui est bien certainement inadmissible. La seule difficulté est de savoir en quoi consistent les formes solennelles du mariage, en l'absence desquelles il n'aurait pas d'existence légale. On est à peu près d'accord pour admettre qu'elles se réduisent à la manifestation du consentement des parties devant un officier de l'état civil et au prononcé de leur union au nom de la loi par cet officier. « La déclaration des parties qui constate leur consentement libre et volontaire, dit la cour de cassation, et celle de l'officier de l'état civil, qui prononce, au nom de la loi, que l'union conjugale est formée, sont des formalités substantielles sans l'accomplissement desquelles il ne saurait y avoir de mariage ». Les autres formalités prescrites le sont tout au plus à peine de nullité du mariage. Il en est ainsi notamment de la publicité de la célébration et de la compétence de l'officier de l'état civil, qui s'y rattache dans une certaine mesure. Arg. art. 191. De même la rédaction d'un acte et son inscription sur les registres de l'état civil ne sont pas prescrites à peine d'inexistence ni même de nullité du mariage; la preuve en est dans l'art. 46 qui permet de prouver par témoins un mariage lorsqu'il n'existait pas de registres dans la commune où il a été célébré. Ainsi l'officier de l'état civil ou l'un des époux meurt subitement après le prononcé de l'union et avant la rédaction de l'acte; il n'y en a pas moins mariage valablement contracté. Cpr. *supra* n. 469.

A ces trois conditions, il y avait lieu d'en ajouter autrefois une quatrième, savoir que les deux contractants eussent la vie civile. L'art. 25 al. 7 du code civil disposait que le mort civilement « est incapable de contracter un mariage qui produise aucun effet civil ». C'est la formule que la loi emploie ordinairement pour décréter l'inexistence d'un acte. Cpr. art. 1131 et 932. Les travaux préparatoires confirment cette solution. Une disposition du projet, qui accordait au conjoint du mort civilement le droit exclusif d'attaquer le mariage contracté par celui-ci, fut supprimée sur cette observation du premier consul qu'elle semblait supposer l'existence d'un pareil mariage.

En supprimant la mort civile pour l'avenir, la loi du 31 mai 1854 n'a rien changé au sort des mariages contractés avant sa promulgation par des morts civilement. Après comme avant, ces mariages sont demeurés inexistantes. Arg. art. 2. Et la cohabitation des époux après la cessation de la mort civile, n'a pu créer une fin de non-recevoir contre l'action ou l'exception basée sur l'inexistence du mariage.

§ II. *Des mariages nuls.*

497. Ce sont les seuls dont s'occupe notre chapitre. Sa rubrique *Des demandes en nullité du mariage* prouve que la nullité d'un mariage n'a jamais lieu de plein droit en vertu des seules dispositions de la loi, mais seulement lorsqu'elle a été prononcée par la justice sur demande. Jusque-là le mariage nul existe donc, et produit tous ses effets.

Il en résulte notamment : 1° que la demande en nullité du mariage, intentée par le mari contre la femme, doit être portée devant le tribunal du domicile du mari, qui est légalement celui de la femme tant que le mariage n'a pas été annulé (art. 108) ; 2° que la femme ne peut intenter une demande en nullité de mariage contre le mari qu'à la condition d'être autorisée par celui-ci ou par la justice (arg. art. 215), car l'obligation pour la femme mariée d'obtenir une autorisation pour intenter une action en justice est un des effets civils du mariage, et cet effet subsiste tant que le mariage n'a pas été annulé.

Mais, la nullité une fois prononcée, le mariage cessera de produire ses effets dans l'avenir. Il devra même, à partir de ce moment, être considéré comme n'ayant jamais existé, et les effets produits dans le passé seront rétroactivement anéantis.

Par un arrêt en date du 14 avril 1886 (S., 86. 2. 191, D., 87. 2. 95), la cour d'Orléans a jugé que les époux qui ont des raisons sérieuses de douter de la validité de leur mariage peuvent en contracter un nouveau avant que la nullité du premier ait été prononcée. Cpr. art. 189.

498. Deux principes dominant toute la matière des nullités de mariage. La cour de cassation les a formulés dans plusieurs arrêts.

PREMIER PRINCIPE. *Il n'y a pas d'autres nullités de mariage que celles qui sont prononcées en termes exprès par un texte formel.* Dérogation remarquable au droit commun qui admet les nullités *virtuelles*, c'est à-dire celles qui, sans être prononcées expressément par le texte de la loi, s'y trouvent sous-entendues. Cpr. *supra* n. 96.

La démonstration de notre premier principe est facile. A raison même de l'extrême importance de la matière, le législateur a voulu tout prévoir, tout régler, et ne rien laisser par suite à l'arbitraire ni même à l'interprétation. Comment en douter, quand on le voit prononcer *en termes exprès* la nullité du mariage dans une série d'hypothèses ? Peut-on songer à admettre les nullités *virtuelles*, c'est-à-dire fondées sur la volonté tacite du législateur, dans une matière où il a manifesté sa volonté d'une manière expresse ? En disant quels sont les cas dans lesquels le mariage est nul, la loi donne très clairement à entendre qu'il ne saurait l'être dans d'autres.

DEUXIÈME PRINCIPE. *La nullité d'un mariage ne peut être prononcée que sur la demande des personnes désignées par la loi, qui accorde ce droit tantôt à tout intéressé et tantôt à certaines personnes seu-*

lement dont elle donne l'énumération. Les dispositions de la loi sur ce point n'auraient aucun sens, s'il ne fallait leur reconnaître un caractère limitatif. Il y avait d'ailleurs de bonnes raisons pour ne pas prodiguer l'action en nullité. « Le mariage, dit la cour de cassation, tient trop essentiellement à l'ordre social pour avoir été imprudemment livré à toutes les attaques des mauvaises passions ».

499. Les différentes nullités, que le législateur prononce en matière de mariage, ont été réparties par la doctrine dans deux catégories bien distinctes : nullités *relatives* et nullités *absolues*.

Les nullités *relatives* ont pour principaux caractères : 1° d'être basées sur un intérêt privé ; 2° de ne pouvoir être proposées que par certaines personnes limitativement déterminées ; 3° d'être susceptibles de se couvrir par le temps, ou par la ratification des personnes auxquelles appartient l'action en nullité.

Au contraire, les nullités *absolues* sont basées sur des considérations d'ordre public ; elles peuvent être proposées par toute personne ayant intérêt ; enfin elles ne sont pas susceptibles de se couvrir, sauf une exception établie par l'art. 185.

N° 1. Des nullités relatives.

500. Le mariage est entaché de nullité relative dans deux cas : 1° lorsque le consentement des époux ou de l'un d'eux a été vicié ; 2° lorsque l'un des époux, mineur quant au mariage, n'a pas obtenu le consentement de ses ascendants ou de son conseil de famille.

I. *Vices du consentement des époux.*

501. Nous ne supposons pas l'absence du consentement, ce qui rendrait le mariage inexistant et non pas seulement nul (*supra* n. 495 et 496). Il s'agit du cas où le consentement des deux époux existe, mais a été, quant à l'un d'eux au moins, *vicié*, c'est-à-dire profondément altéré dans sa moralité.

Quels sont les vices qui peuvent altérer le consentement des époux ou de l'un d'eux au point d'entraîner la nullité du mariage ? Le législateur n'en reconnaît que deux, savoir la *violence*, qui paralyse la liberté, et l'*erreur dans la personne* (art. 180). Le dol, qui est une cause de nullité des contrats ordinaires (art. 1109) est sans influence sur la validité du mariage : le dol est tout artifice dont on se sert pour tromper autrui. Cette règle est ancienne dans notre droit, et Loysel lui donne une formule originale dans ses *Institutes coutumières* qui ne sont qu'un recueil de maximes et proverbes juridiques : *En mariage trompe qui peut*. Les trom-

peries sont fréquentes hélas ! dans les négociations qui aboutissent au mariage. Si le législateur en avait fait une cause de nullité de l'union dont elles ont amené la conclusion, l'institution du mariage eût été ébranlé et l'ordre social compromis.

Cela posé, étudions les deux vices dont le législateur a tenu compte en cette matière : la violence et l'erreur.

I. De la violence.

502. La violence agit par la crainte qu'elle inspire, *metus*. Elle consiste dans de mauvais traitements que l'on fait subir à une personne, ou dans des menaces qu'on lui adresse, pour la forcer à consentir. Il y a donc deux espèces de violences, la violence physique résultant des mauvais traitements, et la violence morale résultant des menaces.

Le consentement donné sous l'empire de la violence est profondément altéré dans sa moralité, il n'est pas libre. Aussi la loi permet-elle à celui des époux qui a été victime de la violence de demander la nullité du mariage. « *Le mariage qui a été contracté* » *sans le consentement libre des deux époux, ou de l'un d'eux, ne* » *peut être attaqué que par les époux, ou par celui des deux dont* » *le consentement n'a pas été libre* » (art. 180 al. 1). Ainsi un jeune homme surpris en flagrant délit avec une jeune fille promet de l'épouser, et l'épouse en effet, sous l'influence d'une menace de mort qui lui est faite par le père de la jeune fille. L'époux violenté pourra demander la nullité du mariage.

Au premier abord, il semble que la violence soit exclusive du consentement. Consent-on quand on dit oui alors qu'on pense non, et cela pour se soustraire aux mauvais traitements dont on est menacé? — Mais cette première impression disparaît avec un peu de réflexion, et on ne tarde pas à voir que la violence vicie seulement le consentement sans le faire totalement disparaître. En effet celui qui a donné son consentement sous l'empire de la violence aurait pu ne pas consentir; il lui aurait suffi pour cela d'endurer les mauvais traitements qu'on lui faisait subir, ou de s'exposer au mal dont on le menaçait : aucune puissance humaine ne peut forcer un homme à consentir, pas plus qu'un croyant à abjurer sa foi. Celui qui cède à la violence consent donc : *coacta voluntas nihilominus est voluntas*. Entre deux partis qui s'offrent à lui, consentir pour échapper à la violence, ou refuser de consentir et rester soumis aux étreintes de la violence, il choisit celui qui lui paraît le moins défavorable, en donnant son consentement : *ex duobus malis minimum elegit*. Mais par cela même qu'il fait un choix, il consent : *qui mavult vult; tamen coactus voluit*. Seulement un consentement ainsi donné est profondément vicié; et si ce vice n'empêche pas le contrat d'exister, il permet tout au moins d'en poursuivre la nullité.

L'art. 180 al. 1 explique d'ailleurs suffisamment que l'époux victime de la violence peut seul demander la nullité du contrat. Nous verrons aussi bientôt que cet époux peut renoncer à son action en nullité, soit expressément, soit tacitement; le mariage devient alors inattaquable.

502 bis. Les règles générales écrites dans les art. 1112 à 1114, qui gouvernent la violence envisagée comme vice du consentement dans les contrats en général, sont applicables, s'il y a lieu, à la violence considérée comme vice du consentement dans le mariage.

Et toutefois, comme le législateur ne les a pas visées dans l'art. 180, elles ne s'adressent au juge qu'à titre de simple conseil ; leur violation ne donnerait donc pas ouverture à cassation.

502 ter. Le rapt n'est plus aujourd'hui comme autrefois un empêchement dirimant de mariage. Seulement la personne ravie peut faire prononcer la nullité du mariage qu'elle aurait contracté avec son ravisseur, si elle parvient à démontrer que son consentement n'a pas été libre.

502 quater. Il y a en matière de mariage un vice du consentement qui se rapproche de la violence, c'est la séduction. Celui qui en est victime est tellement fasciné, tellement subjugué qu'il semble que sa volonté au point de vue matrimonial soit enchaînée, si bien que Pothier a pu dire : « La séduction n'est pas moins contraire que la violence à la liberté du consentement ». En concluons-nous que la séduction est une cause de nullité du mariage ? Marcadé l'a soutenu, mais il est resté seul de son avis. D'abord, si l'on veut rechercher les analogies, il est certain que la séduction a plus d'affinité encore avec le dol qu'avec la violence, car elle est le plus souvent le résultat d'artifices coupables ; or le dol n'est pas une cause de nullité du mariage. D'ailleurs une nullité de mariage ne peut pas être créée par voie d'interprétation analogique, tout étant de droit étroit en cette matière (*supra* n. 498) ; or le code ne parle que de la violence, à laquelle il fait très certainement allusion par ces mots : l'époux dont le consentement n'a pas été libre (art. 180) ; donc sa disposition ne saurait être étendue à la séduction qui, quelle que puisse être son analogie avec la violence, est certainement autre chose. Enfin c'est surtout pour les mineurs que la séduction est à craindre, et c'est presque exclusivement en leur faveur que notre ancien droit l'admettait comme une cause de nullité du mariage. Or, notre législateur a pu considérer à juste titre les mineurs comme suffisamment protégés à ce point de vue par l'obligation qu'il leur impose d'obtenir le consentement de leurs ascendants ou de leur conseil de famille et par l'action en nullité qui leur est accordée s'ils se sont mariés sans avoir obtenu ce consentement.

2. De l'erreur.

503. « *Lorsqu'il y a eu erreur dans la personne, le mariage ne peut être attaqué que par celui des deux époux qui a été induit en erreur* » (art. 180 al. 2). — L'erreur, en général, est la fausse notion que nous avons d'une personne ou d'une chose. Toute erreur, commise par l'un des époux relativement à la personne de l'autre, n'est pas une cause de nullité du mariage, alors même qu'elle aurait été inspirée par le dol soit de l'intéressé, soit d'un tiers. Ainsi je crois, d'après les renseignements qui m'ont été fournis, épouser une femme riche, et je m'aperçois, le mariage une fois contracté, qu'elle est sans fortune ; ou bien je crois épouser une femme noble et elle ne l'est pas, ou une femme vertueuse et je découvre qu'elle s'est prostituée... Il est certain que je ne pourrai pas demander la nullité de mon mariage. Quelle est donc l'erreur qui peut être ici une cause de nullité ? L'art. 180 répond : *l'erreur dans la personne*. La difficulté est de savoir quel est le sens de ces expressions, et cette question est l'objet d'une grave controverse.

On paraît cependant d'accord sur un point, c'est qu'il y a erreur dans la personne, et par suite nullité du mariage, toutes les fois que l'on a épousé une personne autre que celle que l'on voulait

épouser, toutes les fois en un mot, que l'erreur dans laquelle l'un des époux est tombé porte sur l'identité même de la personne qu'il voulait épouser. Cela peut arriver dans deux cas :

1° Lorsqu'il y a erreur dans la personne *physique*. Ce sont les expressions employées par la doctrine, et elles désignent l'erreur qui est le résultat d'une substitution de personne. Exemple : Je veux épouser Aline dont j'ai demandé et obtenu la main ; Camille se présente à sa place devant l'officier de l'état civil, et, croyant avoir Aline à mes côtés, je déclare consentir à la prendre pour épouse.

Inutile de dire que ce cas se présentera bien rarement ; la pratique semble l'ignorer. Il suppose en effet un concours de circonstances d'une réalisation si difficile, qu'on peut s'étonner à juste titre que l'histoire nous en offre même un seul exemple, celui de Jacob épousant sa cousine Lia alors qu'il voulait épouser Rachel.

2° Lorsqu'il y a erreur dans la personne *civile*. Ainsi un de mes anciens amis, qui habite l'Australie, me demande ma fille en mariage pour son fils qui ne m'est connu que de réputation. La demande ayant été accueillie favorablement, un aventurier se présente portant un faux nom, muni de faux titres..., et ma fille l'épouse, persuadée qu'il est l'homme auquel elle a engagé sa parole. Il y a erreur dans la personne, et ma fille, victime de cette erreur, pourra demander la nullité du mariage. Ici l'erreur porte sur la personne civile, et non sur la personne physique ; car ma fille a bien entendu épouser l'individu qui était à ses côtés devant l'officier de l'état civil ; seulement elle le prenait pour le fils de mon ami, tandis que c'était le premier venu ; de sorte qu'en définitive elle a épousé une personne autre que celle qu'elle voulait épouser. Le mariage est nul.

* 504. Tout le monde admet la nullité du mariage dans les deux cas qui viennent d'être indiqués (erreur sur la personne physique, erreur sur la personne civile). Quelques auteurs pensent cependant que le cas d'erreur sur la personne physique ne rentre pas dans les prévisions de l'art. 180, mais bien dans celles de l'art. 146. Quand l'erreur porte sur la personne physique, dit-on, il n'y a pas seulement vice de consentement chez l'époux victime de l'erreur, il y a absence totale de consentement, et par suite le mariage est plus que nul, il est inexistant.

Mais s'il en est ainsi dans le cas d'erreur sur la personne physique, il devrait en être de même également au cas d'erreur sur la personne civile ; car, dans cette dernière hypothèse, comme dans la première, j'ai épousé une personne autre que celle que je voulais épouser, et cette circonstance que, dans un cas (celui d'erreur sur la personne physique), je connaissais physiquement la personne que je voulais épouser, tandis que, dans l'autre (celui d'erreur sur la personne civile), je ne la connaissais pas ou ne la connaissais que moralement, paraît assez indifférente en soi au point de vue de la question de savoir si mon consentement existe ou n'existe pas. S'il y a absence de consentement dans le cas d'erreur sur la personne physiquement connue, il doit y avoir absence de consentement

aussi dans le cas d'erreur sur la personne physiquement inconnue ; de même qu'en sens inverse, s'il y a consentement, mais consentement vicié, dans le cas d'erreur sur la personne civile, il doit y avoir consentement aussi, mais consentement vicié, dans le cas d'erreur sur la personne physique.

Les deux situations doivent donc être assimilées au point de vue de l'effet de l'erreur dont l'un des contractants a été victime, parce que, dans les deux cas, il a épousé une personne autre que celle qu'il voulait épouser. Dans quel sens l'assimilation doit-elle être établie ? A notre avis il y a consentement dans les deux cas, mais consentement vicié. C'est ce qui résulte nécessairement de l'art. 180 qui, de l'avis de tous les auteurs, s'applique à l'erreur sur la personne civile, et ne permet pas de la considérer comme exclusive du consentement ; il doit donc en être de même de l'erreur sur la personne physique.

D'ailleurs, au point de vue rationnel, on peut s'expliquer que, dans un contrat, l'erreur sur la personne ne puisse jamais être considérée comme exclusive du consentement. Le code civil paraît admettre, et sa théorie sur ce point est très soutenable, que le consentement des parties *existe* dans un contrat, toutes les fois que les deux contractants sont d'accord sur la nature du contrat et sur l'objet des obligations, quelle que soit d'ailleurs l'erreur dans laquelle l'un des contractants ait pu tomber relativement à la personne de l'autre. En d'autres termes, l'erreur de l'un des contractants sur la personne de l'autre n'est jamais considérée par la loi comme exclusive du consentement, et comme entraînant par suite l'inexistence du contrat, mais comme susceptible seulement de vicier le consentement de celui qui a été induit en erreur et de rendre le contrat nul, lorsqu'il s'agit d'un contrat qui est fait en considération de la personne, *intuitu personæ* (art. 1110 al. 2°).

505. L'erreur de l'un des époux sur la personne physique ou civile de l'autre est-elle la seule qui puisse entraîner la nullité du mariage ? Nous voyons éclater ici dans la doctrine les dissentiments les plus graves. La plupart des auteurs admettent que l'erreur sur les qualités de la personne peut être une cause de nullité dans certains cas. Mais, d'accord ou à peu près sur ce point, ils cessent de l'être tout à fait, quand il s'agit de dresser la liste des qualités au sujet desquelles une erreur peut entraîner la nullité du mariage. Les uns présentent des listes de fantaisie ; d'autres ne font figurer sur leur liste que les qualités qu'ils appellent *constitutives de la personnalité civile* ; celui-ci n'y admet que les qualités qui rendent l'homme *mariable* ; celui-là laisse tout à l'appréciation des tribunaux...

La jurisprudence a d'abord partagé ces hésitations. Elle semble aujourd'hui fixée par un arrêt solennel de la cour de cassation, qui a d'autant plus d'autorité que la cour y a condamné la solution à laquelle elle avait cru devoir s'arrêter, quelque temps auparavant, dans la même affaire. Il s'agissait d'une jeune fille qui avait épousé un forçat libéré, dont l'état lui avait été dissimulé. Le tribunal de la Seine, et après lui la cour d'appel de Paris, rejetèrent la demande en nullité formée par l'épouse pour erreur dans la personne. Pourvoi en cassation de la part de la femme, suivi d'un arrêt cassant la décision de la cour de Paris, et renvoyant l'affaire devant la cour d'Orléans. Celle-ci jugea comme la cour de Paris, pour ce motif qu'il y avait seulement erreur sur les qualités civiles et non sur la personne civile de l'époux. Nouveau pourvoi en cassation, et cette fois la cour suprême, condamnant sa propre jurisprudence, consacra la solution admise par les cours de Paris et d'Orléans, dans un arrêt en date du 24 avril 1862 (S., 62. 1. 342, D., 62. 1. 153). Les considérants de l'arrêt sont remarquables. « Attendu, dit la cour, que l'erreur dans la personne, dont les art. 146 et 180 ont fait une cause de nullité de mariage, ne s'entend, sous la nouvelle comme sous l'ancienne législation, que d'une erreur portant sur la personne elle-même ; attendu que si la nullité ainsi établie ne doit pas être restreinte au cas unique de l'erreur provenant d'une substitution frauduleuse de personne au moment de la célébration, si elle peut également recevoir son application quand l'erreur procède de ce que l'un des époux s'est fait agréer en se présentant comme membre d'une famille qui n'est pas la sienne et s'est attribué les conditions d'origine et la filiation qui appartiennent à un autre, le texte et l'esprit de l'art. 180 écartent virtuellement de sa disposition les erreurs d'une autre nature, et n'admettent la nullité que pour l'erreur qui porte sur

l'identité de la personne, et par le résultat de laquelle l'une des parties a épousé une personne autre que celle à qui elle croyait s'unir ; qu'ainsi la nullité pour erreur dans la personne reste sans extension possible aux simples erreurs sur des conditions ou des qualités de la personne, sur des flétrissures qu'elle aurait subies... »

Dans les séances des 28 janvier, 10 et 18 février 1886, le conseil d'Etat a refusé de s'associer à une proposition de loi déposée sur le bureau du sénat et tendant à modifier l'art. 180. Plus tard, en novembre 1886, la commission du sénat, chargée de l'examen de la proposition, l'a définitivement abandonnée.

506. La nullité, résultant de ce que le consentement de l'un des époux a été vicié par la violence ou par l'erreur dans la personne, est une nullité relative. En effet, elle est fondée sur un intérêt privé, celui de l'époux dont le consentement a été vicié ; il n'y a pas d'intérêt social en cause, ou, s'il y en a un, il exigerait plutôt le maintien du mariage, à cause du scandale que ne manquera pas de causer son annulation. Aussi voyons-nous la loi, d'une part, déterminer limitativement les personnes auxquelles appartient l'action en nullité, et d'autre part, établir certaines fins de non-recevoir contre cette action, principalement celle qui résulte de la ratification tacite, dont la loi a pris soin d'indiquer ici les conditions. Ce sont bien là les caractères ordinaires des nullités relatives (*supra* n. 499).

507. a. — Nous disons d'abord que l'action en nullité ne peut être intentée que par certaines personnes. Quelles sont ces personnes ? Celles dans l'intérêt desquelles la nullité a été établie, c'est-à-dire les époux ou celui des deux dont le consentement a été vicié par la violence ou par l'erreur. Aucun autre n'a le droit d'intenter l'action, l'art. 180 est très formel sur ce point.

L'action en nullité n'appartiendra donc : ni aux ascendants des époux, même de celui dont le consentement a été vicié ; ni à plus forte raison à leurs créanciers agissant en vertu de l'art. 1166 ; ni même, suivant l'opinion générale, aux héritiers de l'époux dans la personne duquel l'action en nullité a pris naissance, s'il est mort avant de l'avoir exercée. Il est vrai que les héritiers succèdent en général à toutes les actions qui appartiennent à leur auteur. Mais la règle ne s'applique qu'aux actions faisant partie du patrimoine, car c'est au patrimoine que les héritiers succèdent ; or l'action en nullité du mariage est en dehors du patrimoine. Attachée au titre d'époux, elle doit être aussi intransmissible que lui.

La question est plus délicate dans le cas où l'époux est mort pendant le cours de l'instance en nullité, c'est-à-dire après avoir intenté l'action, mais avant qu'elle ait pu recevoir une solution définitive. Les héritiers pourront-ils continuer l'action ? On a soutenu l'affirmative, en se fondant sur l'ancienne règle romaine *Actiones quæ tempore vel morte pereunt, semel inclusæ judicio salvæ permanent* (L. 139, D., *De reg. jur.*). Le droit romain étant abrogé, cette règle ne peut plus avoir aujourd'hui qu'une autorité de raison ; or précisément elle n'a de fondement rationnel qu'en ce qui concerne les actions faisant partie du patrimoine ; elle est donc inapplicable à notre action qui n'en fait pas partie. La règle romaine écartée, nous restons en face du caractère éminemment personnel de l'action dont il s'agit, et il semble qu'à ce titre elle doive mourir avec celui à qui elle appartient, même quand elle a été *inclusa judicio*. Les héritiers ne pourront donc pas la continuer.

508. b. — L'action en nullité résultant de la violence ou de l'erreur est susceptible de se *couvrir*, c'est-à-dire d'être écartée par une fin de non-recevoir, qui consiste ici dans la confirmation ou ratification de l'époux auquel appartient l'action en nullité. L'art. 181 va nous dire d'où peut résulter cette ratification : « *Dans le cas de l'article précédent, la demande en nullité n'est plus recevable, toutes les fois qu'il y a eu cohabitation continuée pendant six mois depuis que l'époux a acquis sa pleine liberté ou que l'erreur a été par lui reconnue* ».

L'époux victime de la violence a recouvré sa liberté, ou bien l'époux induit en erreur a découvert son erreur. A dater de cette époque, il cohabite d'une manière continue avec son conjoint pendant six mois, sans intenter l'action en nullité. La loi le considère comme ayant tacitement renoncé au droit d'exercer cette action, et par suite comme ayant ratifié le mariage. S'il avait l'intention de l'attaquer garderait-il si longtemps le silence ? Il ne pourra donc plus agir, et, comme lui seul avait ce droit, le mariage sera désormais inattaquable.

Le délai de six mois ne court, dit notre article, qu'à compter du jour de la cessation de la violence ou de la découverte de l'erreur. En effet l'inaction de l'époux ne peut être considérée comme entraînant renonciation de sa part à l'action en nullité, qu'autant qu'il peut agir et agir librement. Or l'action en nullité fondée sur l'erreur ne peut pas être intentée tant que l'erreur n'est pas découverte, et celle fondée sur la violence ne peut pas être intentée librement tant que dure la violence.

D'autre part, pour que le silence, gardé par l'époux pendant les six mois dont nous venons de déterminer le point de départ, entraîne confirmation tacite du mariage, il faut que cet époux ait cohabité d'une manière continue avec son conjoint pendant toute la durée du délai. Alors seulement on peut dire qu'il a approuvé tacitement le mariage. Il proteste contre lui, bien plus qu'il ne l'approuve, s'il vit séparément de son conjoint.

509. En nous disant que la confirmation tacite du mariage résultera des circonstances qu'il détermine, l'art. 181 nous dit implicitement que cette confirmation ne pourrait pas s'induire d'autres circonstances. On ne concevrait pas que le législateur eût indiqué un cas unique de ratification tacite, s'il eût voulu que le juge pût en admettre d'autres. C'est ainsi que la grossesse de la femme, à quelque époque qu'elle soit survenue, ne constituerait pas une fin de non-recevoir contre l'action en nullité qui appar-

tient soit à la femme elle-même, soit à son mari. Cela d'ailleurs est fondé en raison. En effet si l'action en nullité appartient à la femme, sa grossesse ne prouve pas nécessairement qu'elle ait ratifié le mariage, en exécutant volontairement les devoirs qu'il impose, car elle a peut-être été violentée. Et si l'action en nullité appartient au mari, la grossesse de la femme est encore bien moins probante, parce qu'elle peut être le fruit d'un adultère.

Autre est la question de savoir si l'action en nullité pourrait se couvrir par suite d'une ratification expresse de l'époux auquel appartient cette action. La loi admettant la ratification tacite, au moins dans un cas particulier, on comprendrait difficilement qu'elle ne tint pas compte de la ratification expresse, qui laisse en général moins de doute que la première sur l'intention de son auteur, une volonté exprimée étant ordinairement plus certaine que celle qui est manifestée tacitement par des faits. Et toutefois il y a lieu à quelque hésitation sur ce point, parce que la loi ne parle pas de la ratification expresse, et que d'ailleurs les faits, d'où l'art. 181 fait résulter la ratification tacite, peuvent paraître plus significatifs que des paroles.

* 510. Si le mariage, annulable pour l'une des causes indiquées en l'art. 180, n'a jamais été ratifié ni expressément ni tacitement, l'action en nullité pourra-t-elle être exercée indéfiniment, sans qu'à aucune époque on puisse opposer à l'époux qui l'intente une fin de non-recevoir résultant de la prescription ? L'affirmative a des partisans. Ils disent : L'action qui tend à faire annuler un mariage est une action relative à l'état des personnes; or les actions en réclamation d'état sont imprescriptibles (arg. art. 328). — Mais on a remarqué avec raison que la loi ne formule nulle part cette prétendue règle en termes absolus. Elle déclare imprescriptibles certaines actions en réclamation d'état, et il ne résulte pas de là que toutes doivent avoir ce caractère. En principe toutes les actions sont prescriptibles (art. 2262). Les textes qui déclarent certaines actions imprescriptibles sont donc des exceptions au droit commun, et doivent à ce titre être interprétés restrictivement. On ne peut, sans violer cette règle, appliquer à toutes les actions en réclamation d'état l'exception que la loi établit pour quelques-unes seulement.

En admettant que l'action en nullité du mariage soit prescriptible, une nouvelle difficulté s'élève sur le point de savoir s'il y a lieu d'appliquer la prescription de dix ans de l'art. 1304, ou celle de trente ans, conformément à l'art. 2262. L'idée de s'en tenir à la prescription de dix ans séduit tout d'abord. L'art. 1304 ne dit-il pas que « Dans tous les cas où l'action en nullité... d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure dix ans » ? — Oui; mais d'abord il est très douteux que les règles établies par le législateur pour les contrats en général soient toutes applicables au mariage, contrat d'une nature toute particulière. Et puis, et surtout, la prescription de dix ans, établie par l'art. 1304, est fondée sur une idée de ratification tacite. Or nous avons vu que la ratification tacite d'un mariage entaché de nullité pour erreur ou violence ne peut pas s'induire de circonstances autres que celles déterminées par la loi dans l'art. 181 (*supra* n. 509). Donc la prescription de l'art. 1304 est inapplicable. Il reste la prescription du droit commun, c'est-à-dire celle de trente ans; c'est celle qu'il faut appliquer.

II. Absence du consentement des ascendants ou de la famille.

511. On se souvient que les enfants, qui n'ont pas encore atteint leur majorité matrimoniale, doivent obtenir pour se marier le consentement de leurs père et mère, de leurs aïeuls et aïeules ou du conseil de famille, suivant les cas (art. 148 et s.). Si ce consentement n'a pas été obtenu, le mariage est nul. Mais il est

nul de nullité relative seulement; car nous voyons, d'une part, que la loi n'accorde l'action en nullité qu'à certaines personnes (art. 182), et d'autre part que la nullité est susceptible de se couvrir (art. 183).

1. *A quelles personnes appartient l'action en nullité.*

512. « *Le mariage contracté sans le consentement des père et mère, des ascendants, ou du conseil de famille, dans les cas où ce consentement était nécessaire, ne peut être attaqué que par ceux dont le consentement était requis, ou par celui des deux époux qui avait besoin de ce consentement* ». Ainsi s'exprime l'art. 182.

513. a. — L'action en nullité est accordée tout d'abord aux parents « dont le consentement était requis ». — Il faut donc se reporter à l'époque de la célébration du mariage, et voir quels sont ceux dont le consentement aurait dû être obtenu. A ceux-là seulement appartiendra l'action en nullité.

Voici quelques applications de ce principe :

1^o Un enfant, mineur quant au mariage, a perdu son père ou sa mère; il se marie sans obtenir le consentement du survivant. L'action en nullité appartiendra à celui-ci.

2^o Si un enfant, mineur quant au mariage et ayant encore ses père et mère, s'est marié sans obtenir le consentement de ceux-ci, l'action en nullité, d'après l'opinion générale, appartient au père et à la mère (arg. art. 148). Mais la mère ne peut l'exercer sans le consentement du père, au moins tant que celui-ci est vivant et capable de manifester sa volonté (arg. art. 173).

* Nous croyons que l'action en nullité n'appartient qu'au père. En effet, d'une part, l'art. 182 ne l'accorde qu'à ceux dont le consentement était nécessaire ou *requis*; or le consentement de la mère n'était pas nécessaire pour la validité du mariage (*supra* n. 427 *in fine*). Et d'autre part, l'action une fois née dans la personne du père seul n'est pas susceptible de passer à la mère après lui (*infra* n. 514-2^o).

3^o Un enfant qui n'a pas atteint sa majorité matrimoniale, a perdu ses père et mère; il a encore des aïeuls ou aïeules paternels et maternels, et il se marie sans leur consentement. Le mariage est nul. A qui appartiendra l'action en nullité? On décide qu'elle appartiendra aux ascendants soit paternels, soit maternels, et que, dans chaque ligne, l'action passera à l'aïeule à défaut de l'aïeul.

* Cette solution ne nous paraît pas admissible.

* D'abord les mêmes motifs qui s'opposent à ce que l'action en nullité, née dans la personne du père, passe après son décès à la mère, s'opposent aussi à ce que l'action en nullité, née au profit de l'aïeul, passe après son décès à l'aïeule.

* D'un autre côté, quand, lors du mariage, il y avait des ascendants dans les deux lignes et que leur consentement n'a point été obtenu, nous ne pensons pas que l'ascendant qui représente l'une des lignes puisse exercer l'action en nullité sans le consentement de l'ascendant qui représente l'autre. En effet l'action en nullité ne peut être exercée, d'après l'art. 182, *que par ceux dont le consentement était requis*. Or les ascendants d'une seule ligne ne peuvent pas dire que leur consentement était *requis*, puisque le mariage était possible avec le seul consentement des ascendants de l'autre ligne. D'ailleurs on reconnaît que la ratification, donnée par les ascendants d'une ligne, mettrait les ascendants de l'autre dans l'impossibilité d'exercer l'action en nullité; c'est bien reconnaître implicitement que cette action n'appartient pas isolément aux ascendants de chaque ligne, car si chaque ligne avait une action en nullité distincte de celle qui appartient

à l'autre, comment la ratification des ascendants d'une ligne pourrait-elle éteindre l'action en nullité qui appartient aux ascendants de l'autre? — Enfin, en décidant que l'action en nullité ne peut pas être exercée par les ascendants d'une ligne sans le concours ou au moins le consentement des ascendants de l'autre, on évite une difficulté grave, qui peut se produire, dans l'opinion adverse, au cas où les ascendants d'une ligne ayant intenté l'action en nullité, les ascendants de l'autre ligne ratifieraient le mariage pendant le cours de l'instance.

4° Un enfant mineur, qui n'a plus d'ascendants, se marie sans le consentement de son conseil de famille (art. 160). L'action en nullité appartiendra non pas à chacun des parents ou alliés qui ont été ou qui auraient dû être membres du conseil de famille chargé des destinées de l'enfant, mais au conseil de famille lui-même considéré comme corps moral. Il exercera l'action en nullité par l'intermédiaire d'un mandataire qu'il désignera, le tuteur ou tout autre.

5° Un enfant naturel s'est marié sans le consentement d'un tuteur *ad hoc*, dans le cas prévu par l'art. 159. On enseigne généralement que le mariage est nul, et que l'action en nullité peut être intentée par l'enfant naturel et par le tuteur *ad hoc* qui lui aurait été nommé (arg. art. 182 c. civ. 159). Et toutefois il y a contre cette solution une objection fort grave. En matière de mariage il n'y a pas de nullités virtuelles, il faut un texte; or nous en avons bien un qui prononce la nullité pour défaut de consentement du conseil de famille, c'est l'art. 182; mais ce texte ni aucun autre ne prononce la nullité pour défaut de consentement du tuteur *ad hoc*. C'est un oubli peut-être; mais la conséquence d'un oubli en cette matière ne doit-elle pas être l'absence de nullité?

514. b. L'action en nullité, résultant du défaut de consentement des ascendants ou du conseil de famille, appartient en outre à l'époux qui avait besoin de ce consentement. La loi craint sans doute que cet époux n'ait été victime d'une séduction. L'action est refusée à l'autre époux : le texte est formel.

515. L'action en nullité est exclusivement attachée à la personne de ceux à qui la loi l'accorde. Argument de ces mots de l'art. 182 : *ne peut être attaqué que par ceux dont le consentement était requis, ou par celui des deux époux qui avait besoin de ce consentement.*

De là nous tirerons trois déductions :

1° L'action ne peut être exercée par des créanciers agissant en vertu de l'art. 1166;

2° Les héritiers de l'ascendant ou de l'époux auquel appartenait l'action en nullité, ne pourraient pas, après sa mort, exercer cette action en son lieu et place; ils ne pourraient même pas, suivant l'opinion générale, continuer l'action en nullité qui aurait été introduite par leurs auteurs;

3° Après la mort de l'ascendant à qui elle appartenait, l'action ne passe pas à l'ascendant ou aux ascendants qui le remplaceraient s'il s'agissait de donner actuellement un consentement au mariage : ainsi l'action en nullité qui appartient à la mère, ne passerait pas après sa mort aux aïeuls et aïeules;

516. Remarque. — Le défaut d'actes respectueux, dans les cas où la loi en exige, ne peut jamais donner lieu à la nullité du mariage; il ne constitue qu'un empêchement simplement prohibitif.

2. Fins de non-recevoir contre l'action en nullité.

517. L'action en nullité, résultant du défaut de consentement des ascendants ou du conseil de famille, est susceptible de se couvrir, c'est-à-dire d'être écartée par certaines fins de non-recevoir qu'indique l'art. 183 : « *L'action en nullité ne peut plus être*

» *intentée ni par les époux, ni par les parents dont le consentement*
 » *était requis, toutes les fois que le mariage a été approuvé expres-*
 » *sément ou tacitement par ceux dont le consentement était néces-*
 » *saire, ou lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de leur*
 » *part, depuis qu'ils ont eu connaissance du mariage. Elle ne peut*
 » *être intentée non plus par l'époux, lorsqu'il s'est écoulé une*
 » *année sans réclamation de sa part, depuis qu'il a atteint l'âge*
 » *compétent pour consentir par lui-même au mariage ».*

La loi admet donc deux fins de non-recevoir contre l'action en nullité qui nous occupe : l'une résultant de la confirmation ou ratification des ascendants ou du conseil de famille, l'autre résultant de la ratification de l'époux qui n'a pas obtenu le consentement requis.

518. PREMIÈRE FIN DE NON-RECEVOIR, *résultant de la ratification des ascendants ou du conseil de famille, dont le consentement était requis et n'a pas été obtenu.* Cette ratification purge le vice dont le mariage était atteint. La loi la considère comme suppléant au consentement qui aurait dû être obtenu ; à bien prendre, c'est un consentement tardif donné au mariage. Et cela explique que cette ratification éteigne, non seulement l'action en nullité des parents, mais aussi celle de l'époux, et rende ainsi le mariage inattaquable.

Le droit de ratifier le mariage appartient à celui ou à ceux dont le consentement était nécessaire et suffisant pour la validité du mariage. C'est tout simple, puisque la ratification n'est qu'un consentement tardif.

Il s'ensuit que la ratification du père éteint l'action en nullité résultant du défaut de consentement du père et de la mère. Et aussi qu'après la mort de l'ascendant dont le consentement était requis, le droit de ratifier le mariage ne passe pas à l'ascendant d'un degré plus éloigné auquel appartiendrait aujourd'hui le droit de consentir au mariage.

La ratification des ascendants ou du conseil de famille peut être expresse ou tacite.

Expresse, quand elle est faite *expressis verbis*. Dans le silence de la loi, on doit décider qu'elle n'est assujettie à aucune condition particulière de forme, et que son existence pourrait être prouvée par les modes de preuve du droit commun.

Tacite, lorsqu'elle a lieu *facto*, c'est-à-dire lorsqu'elle résulte de certains faits qui impliquent, de la part de celui auquel appartient l'action en nullité, une renonciation à cette action, et par suite une approbation du mariage. Pothier cite comme exemple, le cas où le père, auquel appartient l'action en nullité, aurait consenti à être parrain de l'enfant issu du mariage.

Notre article indique un cas particulier de ratification tacite,

résultant du silence gardé par « ceux dont le consentement était nécessaire » pendant un délai d'un an à compter du jour où ils ont eu connaissance du mariage. Le législateur présume alors qu'ils ont renoncé à l'action en nullité, et cette présomption n'admet pas la preuve contraire (arg. art. 1352 al. 2).

519. DEUXIÈME FIN DE NON-RECEVOIR, *résultant de la ratification de l'époux qui n'a pas obtenu le consentement requis par la loi.* L'art. 183 dit que l'action ne peut plus être intentée par l'époux « lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de sa part, depuis qu'il a atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage ». C'est un cas particulier de ratification tacite. L'époux qui laisse expirer le délai fixé par notre article sans intenter l'action en nullité, est considéré comme ayant renoncé à cette action et par suite comme ayant ratifié le mariage. Il n'est pas nécessaire, la loi ne l'exigeant pas, qu'il y ait eu cohabitation entre les époux pendant le délai dont il vient d'être parlé. A cet égard d'ailleurs on remarquera que la rédaction de l'art. 183 *in fine* est bien différente de celle de l'art. 181.

Le délai ne court qu'à compter du jour où l'époux a atteint « l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage », c'est-à-dire l'âge de vingt et un ans ou de vingt-cinq ans suivant les cas.

La ratification émanée de l'époux n'éteint que l'action en nullité qui lui appartient, mais non celle qui appartient aux parents dont le consentement était requis. Les termes de la loi ne permettent guère de doute à cet égard.

On décide généralement que la mort de l'époux, qui n'a pas obtenu le consentement requis par la loi, n'éteindrait pas l'action en nullité des ascendants, non plus que l'avènement de la majorité matrimoniale chez cet époux. Ces fins de non-recevoir doivent être rejetées par cela seul qu'elles ne sont pas écrites dans la loi.

520. Si l'on compare entre elles les deux parties de l'art. 183, on voit que, tandis que la première, relative à la ratification des parents dont le consentement était requis, établit en principe que ces parents peuvent ratifier le mariage « expressément ou tacitement », la deuxième, au contraire, relative à la ratification de l'époux, signale seulement un cas particulier de ratification tacite, résultant du silence gardé par cet époux pendant un an. De là il semble résulter :

1° Que la loi n'admet pas, en ce qui concerne l'époux, d'autre cas de ratification tacite que celui qu'elle signale. Notamment la ratification ne pourrait pas s'induire de la cohabitation des époux ;

2° Que la ratification *expresse* de l'époux auquel appartient l'action en nullité serait inefficace.

Et toutefois ces deux déductions sont contestées, la seconde surtout. Une volonté exprimée, dit-on, paraît plus certaine qu'une volonté qui s'induit de certains faits, et il semble difficile par suite de ne pas tenir compte d'une manifestation expresse de volonté, quand la loi admet, fût-ce dans un seul cas, une manifestation tacite. La ratification expresse semble donc devoir être admise *a fortiori*. Bien entendu elle ne serait possible

qu'à l'époque où la loi admet la ratification tacite, c'est-à-dire lorsque l'époux a atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage.

521. La doctrine reconnaît une autre fin de non-recevoir contre l'action en nullité de l'époux, qui s'est marié sans le consentement de ses ascendants ou du conseil de famille. Elle aurait lieu dans le cas où cet époux aurait commis un dol pour persuader à son conjoint qu'il était capable de consentir par lui-même au mariage, par exemple en présentant un faux acte de naissance. C'est du moins ce qu'on peut induire par argument de l'art. 1310.

N° 2. Des nullités absolues.

522. Enumération. — Les nullités absolues peuvent résulter de l'une des cinq causes suivantes : 1° impuberté des époux ou de l'un d'eux ; 2° bigamie ; 3° inceste ; 4° clandestinité du mariage ; 5° incompétence de l'officier de l'état civil. Les trois premières causes sont mentionnées par l'art. 184, les deux dernières par l'art. 191.

I. Caractères généraux des nullités absolues.

522 bis. Toutes ces nullités sont basées sur l'ordre public.

Elles ne sont pas, sauf une exception (art. 185), susceptibles de se couvrir soit par le temps (*ordo publicus perpetuo clamat*), soit par la ratification de ceux auxquels appartient l'action en nullité.

Elles peuvent en principe être proposées par toute personne intéressée et par le ministère public.

Tels sont les caractères généraux des nullités absolues. Nous avons à insister sur le dernier.

523. Aux termes de l'art. 184 : « *Tout mariage contracté en contravention aux dispositions contenues aux articles 144, 147, 161, 162 et 163, peut être attaqué soit par les époux eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont intérêt, soit par le ministère public* » (1).

L'art. 191 ajoute : « *Tout mariage qui n'a point été contracté publiquement, et qui n'a point été célébré devant l'officier public compétent, peut être attaqué par les époux eux-mêmes, par les père et mère, par les ascendants, et par tous ceux qui y ont un intérêt né et actuel, ainsi que par le ministère public* ».

Nous avons résumé par anticipation la disposition de ces deux articles en disant : Les nullités absolues de mariage peuvent en principe être proposées par toute personne intéressée et par le ministère public.

(1) * Ce texte ne visant pas l'art. 146, la cour de cassation en a conclu que les collatéraux ne peuvent pas attaquer un mariage pour absence de consentement des époux ou de l'un d'eux (Cass., 9 nov. 1887, S., 87. 1. 461, D., 88. 1. 161). A notre avis, c'est un des cas dans lesquels le mariage est inexistant, et par conséquent tout intéressé peut l'attaquer. V. *supra* n. 495-3°

524. A. Nous disons d'abord que les nullités absolues peuvent être proposées par *toute personne intéressée*. L'intérêt qui sert de fondement à l'action en nullité peut être moral ou pécuniaire.

525. a. — *Actions en nullité basées sur un intérêt moral.* D'après le droit commun, un intérêt simplement moral ne peut pas servir de fondement à une action. Les art. 184 et 191 dérogent à ce principe. Et comme toutes les exceptions au droit commun sont de stricte interprétation, il faut en conclure que l'énumération, donnée par la loi, des personnes qui peuvent proposer les nullités absolues de mariage sur le fondement d'un simple intérêt moral, est essentiellement limitative (Paris, 25 juin 1883, S., 83. 2. 203, D., 86. 1. 23). Ces personnes sont :

1° Les époux eux-mêmes (art. 184).

La loi ne distinguant pas, il faut en conclure que l'action en nullité appartient même à l'époux coupable, par exemple à l'époux bigame, si le mariage est nul pour contravention à l'art. 147, à l'époux impubère, si le mariage est nul pour contravention à l'art. 144. C'est une dérogation à la règle que nul ne doit pouvoir trouver dans sa faute le principe d'une action. Le législateur a cru devoir multiplier le nombre des personnes qui peuvent demander la nullité, afin qu'elle fût plus sûrement prononcée.

2° En cas de bigamie, l'époux au préjudice duquel le nouveau mariage a été contracté. « *L'époux au préjudice duquel a été contracté un second mariage, peut en demander la nullité, du vivant même de l'époux qui était engagé avec lui* » (art. 188). Cpr. art. 187, *infra* n. 526.

3° Les ascendants, à quelque degré que ce soit, de l'un ou de l'autre des époux.

Le droit pour les ascendants de demander la nullité en vertu d'un intérêt exclusivement moral, d'un intérêt d'affection ou d'honneur, indépendamment de tout intérêt pécuniaire, résulte des art. 186 et 191. L'art. 186, en refusant l'action aux ascendants dans un cas particulier, reconnaît implicitement qu'elle leur appartient dans les autres. Et l'art. 191, en opposant les ascendants aux personnes qui ont un intérêt pécuniaire né et actuel, donne très clairement à entendre que les ascendants peuvent, indépendamment de tout intérêt de cette nature, exercer l'action en nullité. Autrement, il eût été inutile de mentionner les ascendants à côté des personnes ayant un intérêt né et actuel.

D'ailleurs la loi n'établissant pas ici un ordre hiérarchique entre les différents ascendants, comme elle le fait au sujet du consentement à mariage (art. 148 et s.) et de l'opposition à mariage (art. 173), on doit en conclure, contrairement à l'opinion générale, que le droit de demander la nullité leur appartient à tous concurremment.

4° Il faut ajouter : le conseil de famille (*infra* n. 530 *in fine*).

526. b. — *Actions en nullité basées sur un intérêt pécuniaire.* D'après le droit commun, un intérêt pécuniaire *né et actuel*, c'est-à-dire dès actuellement existant, est nécessaire et suffisant pour servir de base au droit d'action. La loi applique ce principe aux nullités absolues de mariage. Il résulte en effet des art. 184 et 191, que ces nullités peuvent être proposées par toute personne ayant un intérêt pécuniaire né et actuel.

Ce droit appartient principalement :

1° Aux parents collatéraux des époux ;

2° Aux enfants d'un autre lit de l'un ou de l'autre époux ;

La plupart du temps l'intérêt des collatéraux ou des enfants d'un autre lit n'apparaîtra qu'après la dissolution du mariage. Il s'agira alors pour eux d'exclure les enfants issus du mariage de la succession de leur auteur décédé, ou du moins de les réduire à la part que la loi alloue aux enfants naturels, en démontrant que, le mariage dont ils sont issus étant nul, ils ne jouissent pas du bénéfice de la légitimité. Voilà pourquoi l'art. 187, statuant de *eo quod plerumque fit*, dit : « Dans tous les cas où conformément à l'article 184, l'action en nullité peut être intentée par tous ceux qui y ont un intérêt, elle ne peut l'être par les parents collatéraux, ou par les enfants nés d'un autre mariage, du vivant des deux époux, mais seulement lorsqu'ils y ont un intérêt né et actuel ».

Mais s'il arrivait par exception que les collatéraux ou les enfants d'un autre lit eussent un intérêt né et actuel à demander la nullité du mariage *du vivant des deux époux*, on ne verrait pas pourquoi ils n'en auraient pas le droit. C'est ce qui arriverait dans l'hypothèse suivante. Le fils de mon frère (mon neveu) a contracté un mariage incestueux ; de ce mariage sont nés des enfants ; mon frère étant venu à mourir, son fils renonce à sa succession ou en est écarté comme indigne, et les enfants de ce fils, issus du mariage incestueux, se présentent pour réclamer la succession au lieu et place de leur père. Je pourrai les faire écarter comme enfants incestueux, et m'emparer de la succession à leur place, en faisant prononcer la nullité du mariage de leur père, bien que celui-ci soit encore vivant et son mariage non dissous. J'ai en effet un intérêt né et actuel. Cpr. Cass., 25 mars 1889, S., 90. 1. 145, D., 90. 1. 227.

3° Enfin aux créanciers des époux, et plus généralement à ceux qui ont contracté avec les époux, lorsque le mariage fait obstacle à l'exercice du droit qui leur appartient.

Ainsi je pourrai attaquer un mariage entaché de nullité absolue pour obtenir le maintien d'un contrat que j'ai passé avec la femme et dont celle-ci oppose l'inefficacité à raison du défaut d'autorisation de son mari (art. 217 et 225), ou pour échapper aux conséquences soit de l'hypothèque légale de la femme (art. 2121), soit de l'inaliénabilité dotale (art. 1554).

On a toutefois contesté aux créanciers le droit d'agir en nullité, sur ce fondement qu'ils ne sont pas compris dans l'énumération de l'art. 187. Mais, nous l'avons déjà dit, l'art. 187 pose, dans les termes les plus généraux, le principe que l'action en nullité peut être intentée par toute personne ayant un intérêt pécuniaire, et la disposition de l'art. 184 doit être considérée comme simplement énonciative. D'ailleurs, en raison, il n'y a aucun motif pour refuser aux créanciers le droit qu'on accorde aux collatéraux, puisque l'action en nullité n'est pas accordée à ces derniers à raison de leur parenté, mais seulement à cause de leur intérêt pécuniaire.

526 bis Observation. Toute personne qui ne peut attaquer un mariage que sur le fondement d'un intérêt pécuniaire, perd ce droit lorsque son intérêt pécuniaire a cessé d'exister, soit par une renonciation, soit par la prescription, soit par toute autre cause. De sorte que l'action en nullité peut subir indirectement le contre-coup d'une prescription ou d'une renonciation qui ne pourrait pas l'atteindre directement.

527. B. Les nullités absolues peuvent être proposées, en second lieu, par le procureur de la république.

Aux termes de l'art. 190 : « Le procureur du Roi, dans tous les cas auxquels s'applique l'article 184, et sous les modifications portées en l'article 185, peut et doit demander la nullité du mariage, du vivant des deux époux, et les faire condamner à se séparer ». Et l'art. 191, déjà cité (n. 533), ajoute : « Tout mariage qui n'a

» point été contracté publiquement, et qui n'a point été célébré
 » devant l'officier public compétent, peut être attaqué par les époux
 » eux-mêmes, par les père et mère, par les ascendants, et par tous
 » ceux qui y ont un intérêt né et actuel, ainsi que par le ministère
 » public ».

On interprète généralement ces articles en ce sens que le procureur de la république *doit* demander la nullité du mariage dans les cas prévus par l'art. 190, et *peut* demander cette même nullité dans les cas prévus par l'art. 191. Quoi qu'il en soit, le procureur de la république ne peut demander la nullité que du vivant des époux, car il n'agit que dans l'intérêt de la société, pour faire cesser un scandale, et il n'y a plus de scandale après la dissolution du mariage.

* Cette interprétation nous paraît contestable. Il est bien certain que l'action du procureur de la république est facultative dans l'hypothèse de clandestinité. La clandestinité est susceptible de plus ou de moins : elle se compose d'un certain nombre d'éléments négatifs ; par suite il y a nécessairement lieu à une appréciation sur le point de savoir si elle existe à un degré suffisant pour que le mariage soit nul, et l'action du ministère public ne peut être que facultative. Il agira ou il n'agira pas, suivant qu'il considérera qu'il y a ou non atteinte suffisante au principe de la publicité.

* Très différente, à ce point de vue, sont les causes de nullité dont parle l'art. 190. Si la publicité et par suite la clandestinité comportent des degrés, l'impuberté, la bigamie et l'inceste n'en comportent pas, ces deux dernières surtout : un mariage est ou n'est pas entaché de bigamie ou d'inceste, il n'y a pas de milieu. Est-ce à dire que le ministère public devra agir en nullité dans tous les cas ? Beaucoup le prétendent, mais il est bien difficile de le soutenir. Ici encore il paraît impossible de ne pas laisser au ministère public une certaine latitude d'appréciation. L'obligera-t-on par exemple à agir, au cas de bigamie, quand il s'est écoulé un très long temps depuis la célébration du mariage bigamique, et que l'époux bigame est couvert au point de vue pénal par la prescription (C. I. cr., art. 637), alors d'ailleurs que le premier conjoint du bigame est mort depuis longtemps, et que celui-ci vit en paix avec son nouveau conjoint au milieu d'un public qui ignore son crime ? En pareille circonstance, la société a certainement plus d'intérêt au maintien du mariage qu'à son annulation qui, outre qu'elle froissera peut-être de nombreux intérêts, sera en tout cas l'occasion d'un grand scandale. Pourquoi donc forcer le ministère public à agir ?

* S'il en est ainsi (et cette solution paraît confirmée par les travaux préparatoires, notamment par les paroles de Portalis dans l'exposé des motifs), on s'expliquerait assez bien les termes, singuliers en apparence, de l'art. 190, qui dispose que le procureur de la république *peut* et *doit* demander la nullité, semblant ainsi lui assigner un rôle à la fois facultatif et obligatoire. Il y a un peu de l'un et de l'autre en effet. La loi met le ministère public sur la liste de ceux auxquels elle accorde ici l'action en nullité ; il peut donc l'intenter dans tous les cas. Mais elle lui rappelle par le mot *doit* que ce ne sera pas pour lui une simple faculté, mais une obligation, quand l'intérêt social exigera que la nullité du mariage soit prononcée : ce qu'il lui appartient d'apprécier. En d'autres termes, la loi dit au ministère public : Toutes les fois que vous aurez connaissance d'un mariage entaché d'impuberté, de bigamie ou d'inceste, je vous autorise à en poursuivre la nullité ; je vous en impose même l'obligation, si vous estimez que le maintien du mariage soit l'occasion d'un scandale public. — Un mariage célébré clandestinement ne pouvant jamais présenter ce dernier caractère, on conçoit que la loi se soit bornée à accorder au ministère public la *faculté* d'en poursuivre l'annulation.

527 bis. L'énumération que donne l'art. 191 des personnes qui peuvent, sur le fondement d'un intérêt simplement moral, attaquer le mariage pour cause de clandestinité ou d'incompétence de l'officier de l'état civil, est limitative. L'action en nullité n'appartiendrait donc pas au conjoint divorcé de l'un des deux époux. Cass., 24 mai 1892, S., 92. 1. 299.

II. Spécialités.

528. Nous connaissons les règles générales qui gouvernent les nullités absolues de mariage. Nous allons maintenant passer en revue, une à une, ces diverses causes de nullité, et signaler les différentes particularités qu'elles peuvent présenter.

1. Nullité résultant du défaut d'âge (impuberté).

528 bis. Cette nullité présente deux particularités signalées l'une par l'art. 185, l'autre par l'art. 186.

529. PREMIÈRE PARTICULARITÉ. « Néanmoins le mariage contracté »
 » par des époux qui n'avaient point encore l'âge requis, ou dont
 » l'un des deux n'avait point atteint cet âge, ne peut plus être atta-
 » qué, 1^o lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que cet époux ou les
 » époux ont atteint l'âge compétent; 2^o lorsque la femme qui
 » n'avait point cet âge, a conçu avant l'échéance de six mois »
 (art. 185).

Ainsi la loi déroge, en ce qui concerne l'impuberté, au principe général, d'après lequel les nullités absolues ne sont pas susceptibles de se couvrir. La dérogation s'explique par le caractère particulier de cette nullité. L'impuberté est un vice réparable, à la différence de la bigamie et de l'inceste : on ne reste pas toute sa vie impubère. Aussi la loi admet-elle ici deux fins de non-recevoir contre l'action en nullité. Elles sont opposables à tous ceux auxquels l'action en nullité peut appartenir.

a. — La première a lieu, lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que l'époux ou les deux époux impubères ont atteint l'âge compétent, c'est-à-dire l'âge de quinze ans ou de dix-huit ans (art. 144). Peu importe d'ailleurs que les époux aient ou non cohabité pendant ce délai.

Pourquoi n'avoir pas déclaré la nullité couverte aussitôt arrivé l'âge de la puberté ? Portalis répond : « La loi accorde un délai de six mois, parce que, toutes les fois que la loi accorde une action, elle doit donner le temps utile pour l'exercer ».

b. — La deuxième fin de non-recevoir a lieu, lorsque la femme impubère, mariée à un époux pubère, a conçu avant l'échéance des six mois dont il vient d'être parlé, c'est-à-dire des six mois qui suivent l'époque où elle a atteint l'âge requis. Tel est le sens de

l'alinéa final de l'art. 185, qui aurait été beaucoup plus clair si la loi avait dit : *avant l'échéance DES six mois*. Le lien nuptial se trouve resserré par cette grossesse, qui prouve que la femme est pubère, sinon en droit du moins en fait, et la loi ne permet plus que le mariage soit annulé.

On admet généralement que la grossesse de la femme avant l'échéance des six mois, constitue une fin de non-recevoir contre l'action en nullité, même lorsqu'elle survient après l'époque où la demande en nullité a été intentée et pendant le cours de l'instance. Cette solution est contraire au principe, que le juge doit, pour rendre sa sentence, se reporter à l'état de choses existant à l'époque où la demande a été formée ; mais l'intention du législateur de déroger à ce principe résulte de l'historique de la confection de la loi : on a supprimé une disposition du projet, qui exigeait que la grossesse fût antérieure à l'action en nullité.

La grossesse de la femme ne constituerait pas une fin de non-recevoir contre l'action en nullité fondée sur l'impuberté du mari (argument de ces mots de l'art. 185 : « lorsque *la femme* qui n'avait point cet âge... »). Cela d'ailleurs est fondé en raison. La grossesse de la femme prouve bien sa puberté, mais elle ne prouve nullement la puberté de son mari, parce qu'il peut ne pas être l'auteur de cette grossesse. La solution contraire permettrait à la femme d'éteindre l'action en nullité fondée sur l'impuberté de son mari en commettant un adultère.

Ainsi, des deux fins de non-recevoir indiquées par l'art. 185, la seconde, celle résultant de la grossesse de la femme, ne couvre que la nullité résultant de son impuberté. Au contraire, la première, celle résultant de l'expiration du délai de six mois depuis que l'époux impubère a atteint l'âge compétent, couvre l'action en nullité fondée sur l'impuberté du mari, comme celle fondée sur l'impuberté de la femme.

D'ailleurs on ne saurait admettre contre l'action en nullité résultant de l'impuberté aucune fin de non-recevoir autre que celles énumérées par l'art. 185, dont la disposition est limitative, notamment celle qu'on voudrait tirer d'une dispense d'âge accordée postérieurement à la célébration du mariage.

530. DEUXIÈME PARTICULARITÉ. « *Le père, la mère, les ascendants* » et *la famille qui ont consenti au mariage contracté dans le cas de l'article précédent, ne sont point recevables à en demander la nullité* » (art. 186). Il ne faut pas, dit Portalis, qu'ils puissent se « jouer de la foi du mariage après s'être joué des lois ».

Ce motif même prouve que les ascendants ou le conseil de famille ne pourraient pas se voir opposer la fin de non-recevoir établie par notre article, s'ils avaient été trompés, par la présentation d'un faux acte de naissance par exemple, sur l'âge véritable de l'enfant au mariage duquel ils ont consenti.

La fin de non-recevoir, établie par notre article, ne pourrait pas être opposée aux parents collatéraux qui auraient assisté au mariage contracté par l'époux impubère, et qui paraîtraient l'avoir ainsi approuvé par leur présence. On pourrait en douter au premier abord ; car notre article déclare la fin de non-recevoir opposable au père, à la mère, aux

ascendants et à la *famille* qui ont consenti au mariage. En opposant ainsi la *famille* aux ascendants, la loi semble bien viser les collatéraux. Mais il est beaucoup plus probable qu'elle a entendu désigner sous cette dénomination le conseil de famille. Cela devient presque certain, si l'on observe que la loi parle de la famille « *qui a consenti* au mariage » ; donc il ne s'agit pas des collatéraux, qui ne sont jamais appelés à y donner leur consentement. D'ailleurs on ne comprendrait guère que le simple fait, de la part des collatéraux, d'avoir figuré au mariage *ad honores*, pût avoir pour résultat de les faire déclarer non recevables à intenter l'action en nullité fondée sur l'impuberté des époux ou de l'un d'eux.

Si l'interprétation qui vient d'être donnée est exacte, s'il est vrai que, par ces mots *la famille*, l'art. 186 désigne le conseil de famille, il faut en conclure que le conseil de famille doit être ajouté à la liste des personnes qui peuvent, sur le fondement d'un simple intérêt moral, proposer les nullités absolues de mariage. En effet notre texte, en déclarant, dans le cas particulier qu'il prévoit, le conseil de famille non recevable à intenter l'action en nullité fondée sur l'impuberté des époux ou de l'un d'eux, suppose nécessairement que cette action lui appartient en principe ; et si le conseil de famille peut intenter l'action en nullité résultant de l'impuberté, il doit pouvoir proposer *a fortiori* toutes les autres nullités absolues, car celle qui est fondée sur l'impuberté est la moins grave de toutes.

La fin de non-recevoir, établie par l'art. 186, n'existe que relativement à l'action en nullité fondée sur l'impuberté. Les ascendants ou la famille, qui auraient consenti au mariage, ne seraient donc pas de ce chef non recevables à proposer toute autre nullité absolue, par exemple celle résultant de la parenté ou de l'alliance au degré où le mariage est prohibé.

* 531. Il résulte de l'art. 186 que, sauf le cas assez rare où ils prouveraient avoir été trompés sur l'âge véritable de l'enfant, les ascendants et le conseil de famille de l'époux impubère ne peuvent attaquer le mariage, pour cause d'impuberté, que lorsqu'ils n'y ont pas consenti. Mais alors il semble que les ascendants n'aient jamais d'intérêt à proposer cette nullité ; car s'ils n'ont pas donné leur consentement, le mariage est nul par cela même, et ils en feront prononcer la nullité de ce chef (art. 182), sans qu'il leur soit nécessaire d'invoquer la cause de nullité résultant de l'impuberté. — On remarquera d'abord que ce raisonnement ne s'applique qu'aux ascendants dont le consentement était nécessaire pour le mariage, les seuls qui puissent invoquer la nullité résultant de ce que leur consentement n'a pas été obtenu (art. 182). Les autres ascendants, qui n'ont pas le droit d'opposer cette nullité, pourront avoir intérêt à se prévaloir de celle qui résulte de l'impuberté : telle sera notamment la situation des aïeux quand le père ou la mère existe. Et, quant aux ascendants eux-mêmes dont le consentement était nécessaire et n'a pas été obtenu, il n'est pas impossible (ce sera cependant fort rare) qu'ils aient intérêt à proposer la nullité résultant de l'impuberté, par exemple si l'action en nullité, fondée sur ce que leur consentement n'a pas été obtenu, était couverte (art. 183). En tout cas ces ascendants ayant droit aux deux actions pourraient choisir celle qu'il leur plairait d'exercer.

2. Nullité résultant de l'existence d'un premier lien non dissous.

532. Il s'agit de la *bigamie* (art. 147).

533. Conformément aux principes généraux exposés ci-dessus, cette cause de nullité peut être proposée par toutes personnes ayant intérêt et par le ministère public (art. 184 et 188).

Toujours d'après ces mêmes principes, la nullité résultant de la bigamie ne peut jamais se couvrir, ni par la ratification des parties, ni par le temps, ni par la possession d'état.

L'action en nullité pourra donc être exercée :

Même après la prescription de l'action publique résultant du crime de bigamie. On opposerait en vain l'art. 637 du code d'instruction criminelle, qui déclare l'action civile prescrite en même temps que l'action publique. L'action civile dont parle ce texte est l'action en dommages et intérêts résultant du crime, l'action en réparation du préjudice qu'il a causé. Autre est l'action en nullité du mariage ;

Même après trente ans écoulés depuis la célébration du mariage bigamique. Il n'y a pas ici de prescription possible, parce qu'on ne prescrit pas contre l'ordre public et les bonnes mœurs : *ordo publicus perpetuo clamat* ;

Même après la mort de l'époux délaissé. Toutefois, à partir de cette époque, les enfants qui naîtraient du mariage ne seraient plus adultérins, mais simplement naturels ;

Enfin même après la mort de l'un des nouveaux époux. C'est cet événement qui donnera le plus souvent ouverture au droit des collatéraux.

Remarquons toutefois que, dans ces deux derniers cas, le ministère public ne pourrait plus exercer l'action en nullité. En effet il n'agit que comme délégué de la société ; or la société n'a d'intérêt à voir prononcer la nullité du mariage entaché de bigamie qu'autant qu'il y a scandale, et le scandale cesse par la dissolution de l'un des mariages de l'époux bigame (*supra* n. 527).

534. Il peut se faire qu'un mariage étant attaqué pour cause de bigamie, les nouveaux époux opposent la nullité du premier mariage. Il y a alors une question *préjudicielle* à résoudre ; en effet il est clair que le deuxième mariage n'est nul qu'autant que le premier était valable. Aussi l'art. 189 dit-il : « *Si les nouveaux époux opposent la nullité du premier mariage, la validité ou la nullité de ce mariage doit être jugée préalablement* ». Mais l'existence d'un premier mariage entaché de nullité, constitue, jusqu'à ce qu'il ait été annulé par la justice, un empêchement prohibitif à la célébration d'un second.

3. Nullité résultant de la parenté ou de l'alliance au degré où le mariage est prohibé.

535. C'est le cas de l'*inceste* (art. 161 à 163). On appliquerait ici sans aucune modification les principes généraux exposés plus haut. La nullité dont il s'agit ne pourrait donc se couvrir ni par la ratification, ni par l'obtention de dispenses accordées postérieurement à la célébration, ni par la possession d'état, ni par la prescription.

4. Nullité résultant de la clandestinité du mariage.

536. Un mariage est *clandestin* lorsqu'il n'a pas été « célébré publiquement », comme dit l'art. 165, ou « contracté publiquement », suivant la formule de l'art. 191. La clandestinité, c'est donc l'absence de publicité dans la célébration. « L'honneur même de l'union conjugale, dit Demante, en réclame impérieusement la publicité ». Cette publicité est nécessaire pour empêcher la célébration de mariages contraires aux lois, et pour porter à la connaissance des tiers ceux qu'elles autorisent. Aussi nos articles font-ils de l'absence de publicité une cause de nullité du mariage,

et de nullité absolue, ainsi qu'on le voit par l'art. 191 qui admet à proposer cette cause de nullité toute personne intéressée et en outre le ministère public.

La nullité qui résulte de la clandestinité étant absolue, il s'ensuit qu'elle n'est pas susceptible de se couvrir (*supra* n. 499). La plus longue possession d'état ne mettrait donc pas les époux à l'abri de la nullité. Et toutefois, comme les tribunaux sont, ainsi qu'on le verra bientôt, appréciateurs souverains de la question de savoir si en fait le mariage est clandestin, il pourra arriver qu'impressionnés par la possession d'état, qui leur fait désirer le maintien du mariage, ils se refusent à voir, quoiqu'il existe en réalité, le vice de clandestinité, dont la constatation les forcerait à prononcer la nullité du mariage. Mais si, en droit, les juges, tout en constatant qu'un mariage a été clandestinement célébré, refusaient de l'annuler sur ce motif que la nullité a été couverte par la possession d'état, leur décision encourrait, à notre avis, la censure de la cour de cassation. V. cep. Bourges, 13 juillet 1891, D., 93. 2. 599.

537. La publicité de la célébration se compose de divers éléments dont les principaux sont : la célébration dans la maison commune et les portes ouvertes, l'admission du public à la célébration, la présence des quatre témoins exigés par la loi, la présence des époux eux-mêmes qui doivent comparaître en personne. La publicité nous apparaît ainsi comme un fait complexe, et il en résulte que la clandestinité, qui consiste dans l'absence de publicité, est-elle-même susceptible de plus ou de moins, suivant qu'il y a absence de tous les éléments constitutifs de la publicité ou de quelques-uns seulement.

Il résulte très clairement de l'art. 193 *in fine*, que toute contravention aux règles sur la publicité ne rend pas nécessairement le mariage nul comme clandestin. Le juge a ici un pouvoir d'appréciation qui ne lui appartient pas pour les autres causes de nullité. V. Bourges, précité. Cela se conçoit. Un mariage est ou n'est pas entaché de bigamie ou d'inceste; il n'y a pas de milieu. Il existe au contraire bien des nuances entre le mariage célébré publiquement et celui qui ne l'est pas, entre la publicité et la clandestinité. La célébration d'un mariage peut avoir été entourée d'une grande publicité, quoiqu'il y ait eu absence d'un ou même de quelques-uns des éléments de publicité requis par la loi; comme il arriverait par exemple si un mariage contracté, qui satisfait d'ailleurs à toutes les autres conditions de publicité, a été célébré devant trois témoins seulement au lieu de quatre, ou bien devant quatre témoins mais en dehors de la maison commune, où le futur n'a pas pu se transporter parce qu'il était à son lit de mort. En pareil cas, le juge de l'action en nullité ne manquera pas de maintenir le mariage. Il l'annulera au contraire si la contravention aux règles sur la publicité lui apparaît assez grave pour rendre le mariage véritablement clandestin. La loi s'en rapporte à sa prudence, et elle ne pouvait mieux faire.

Quoi qu'il ait pu dire à ce sujet Portalis, et malgré les termes en apparence irritants des art. 64 et 65, la doctrine, sauf quelques dissentiments isolés, et la jurisprudence décident qu'un mariage ne peut être annulé sur ce seul fondement qu'il a été célébré sans les publications prescrites par la loi. En effet c'est un principe aujourd'hui certain, qu'il n'y a pas, en matière de mariage, de nullités virtuelles. Ici pas de nullité sans texte. Or nous n'en avons pas d'autre que l'art. 191, et il permet seulement d'attaquer le mariage qui n'a point été *contracté publiquement* ou *célébré publiquement*, comme dit l'art. 165. Il n'y a donc que le défaut de publicité dans la célébration qui peut entraîner la nullité. Or les publications ne font point partie de la célébration : un mariage peut fort bien être célébré publiquement, quoiqu'il n'ait pas été précédé de publications. Donc l'absence de publications n'est pas, à elle seule, une cause de nullité. D'ailleurs l'absence de publications trouve une sanction spéciale dans la disposition de l'art. 192 : « Si le mariage n'a point été précédé des deux publications requises, ou s'il n'a pas été obtenu des dispenses permises par la loi, ou si les intervalles prescrits dans les publications et célébrations n'ont point été observés, le procureur du Roi fera prononcer contre l'officier public une amende qui ne pourra excéder trois cents francs,

» *et, contre les parties contractantes, ou ceux sous la puissance desquels elles ont agi, une amende proportionnée à leur fortune* ».

Toutefois on ne peut disconvenir que les publications se rattachent indirectement à la publicité de la célébration du mariage, en ce sens qu'elles l'annoncent au public. Aussi figurent-elles à ce titre parmi les éléments dont le juge pourra tenir compte, lorsqu'il aura à résoudre la question de savoir si la célébration du mariage a ou n'a pas été publique. Mais encore une fois, la célébration du mariage peut avoir été publique malgré l'absence de publications, et par suite le mariage contracté sans publications préalables n'est pas nécessairement nul.

* **538.** Gardons-nous de confondre le mariage clandestin avec le mariage secret. Le mariage secret est celui qui, ayant été contracté suivant les prescriptions de la loi, a été tenu caché par les époux, comme il arriverait par exemple, si deux époux, après s'être mariés à Paris, où ce fait a pu passer inaperçu quoiqu'il ait été accompli conformément aux prescriptions de la loi, sont venus s'établir à Bordeaux où ils ont dissimulé au public le lien qui les unissait. Les mariages secrets ne sont plus aujourd'hui frappés d'ostracisme, comme ils l'étaient sous l'empire de la déclaration de 1639, d'après laquelle ils n'étaient susceptibles de produire aucun effet civil, parce que, dit Pothier, « ils ressentent plutôt la honte d'un concubinage que la dignité d'une union légitime ».

Toutefois, en tenant leur union secrète, les époux peuvent induire les tiers qui contracteront avec eux dans une erreur préjudiciable, et s'exposer ainsi à subir l'application de l'art. 1382 aux termes duquel : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». On comprend d'ailleurs que la réparation la plus adéquate pourrait consister, suivant les cas, à priver les époux, qui ont ainsi par leur fait induit les tiers en erreur sur leur qualité, du droit de se prévaloir à leur égard des effets de leur mariage. Ainsi la femme, qui a contracté sans être autorisée, pourrait être déclarée non recevable dans l'action en nullité qu'elle intertiendrait pour défaut d'autorisation.

5. Nullité résultant de l'incompétence de l'officier de l'état civil.

539. Il ne s'agit pas ici du cas où le mariage aurait été célébré par un officier public autre qu'un officier de l'état civil, ou à plus forte raison par un simple particulier (le mariage serait alors inexistant et non pas seulement nul, *supra* n. 496), mais bien du cas où le mariage a été célébré par un officier de l'état civil autre que celui désigné par la loi, c'est-à-dire par un officier de l'état civil autre que celui du domicile réel ou du domicile matrimonial de l'un des époux.

La compétence de l'officier de l'état civil se lie dans une certaine mesure à la publicité du mariage, en ce sens que, d'une part, la célébration par l'officier de l'état civil compétent, c'est-à-dire par celui du domicile de l'un des époux, augmentera la publicité du mariage, et que, d'autre part, la célébration par un officier de l'état civil incompétent aggravera le vice de clandestinité dont le mariage serait d'ailleurs entaché. Cela explique le lien que le législateur paraît établir entre la publicité du mariage et la compétence de l'officier de l'état civil qui doit le célébrer. « *Le mariage sera célébré PUBLIQUEMENT* », dit l'art. 165, « *DEVANT L'OFFICIER CIVIL DU DOMICILE DE L'UNE DES PARTIES* ». Et nous lisons dans l'art. 191 : « *Tout mariage qui n'a point été contracté PUBLIQUEMENT, et qui n'a point été célébré DEVANT L'OFFICIER PUBLIC COMPÉTENT.....* »

* Est-ce une raison pour soutenir, comme on l'a fait, que la compétence de l'officier de l'état civil n'est envisagée par la loi que comme un des éléments de la publicité du mariage, et que par suite l'incompétence de cet officier n'est pas une cause de nullité distincte de la clandestinité, et ne suffirait pas à elle seule pour faire prononcer la nullité du mariage ? On a invoqué en faveur de cette solution les termes de l'art. 191 précité : « Tout

» mariage qui n'a point été contracté publiquement et qui n'a point été célébré devant l'officier public compétent ». La conjonctive *et*, qui réunit les deux membres de cette phrase, prouve bien, dit-on, qu'aux yeux du législateur, la clandestinité du mariage et l'incompétence de l'officier de l'état civil ne constituent qu'une seule et même cause de nullité ; autrement le législateur aurait employé la disjonctive *ou*. L'argument tiré de la conjonctive *et* est d'autant plus péremptoire que le législateur a dû nécessairement en peser la portée, puisqu'il l'a substituée à la disjonctive *ou* qui figurait d'abord dans le projet. En ce sens, Lyon, 24 février 1881, S., 83. 2. 18, D., 81. 2. 199.

Mais, comme on l'a fort bien remarqué, si l'on voulait presser l'argument tiré de la conjonctive *et*, il en résulterait invinciblement qu'un mariage absolument clandestin, mais qui aurait été célébré devant un officier public compétent, ne pourrait pas être annulé, car cette conjonctive semble bien indiquer que les deux conditions de clandestinité et d'incompétence de l'officier de l'état civil sont cumulativement exigées pour qu'il y ait nullité. Or c'est là un résultat inadmissible et que personne n'a jamais accepté. L'argument tiré de la conjonctive *et* ne prouve donc rien, parce qu'il prouve trop. Il est beaucoup plus raisonnable de traduire ainsi l'art. 191 1^{re} partie : « Tout mariage qui n'a pas été contracté publiquement, et *tout mariage* qui n'a point été célébré devant l'officier public compétent... » Ce qui nous donne deux causes de nullité distinctes l'une de l'autre : la clandestinité et l'incompétence de l'officier de l'état civil.

* 540. L'incompétence de l'officier de l'état civil qui a célébré un mariage n'en entraîne pas nécessairement la nullité. On doit admettre, conformément à l'opinion générale, que le juge, saisi d'une demande en nullité fondée sur cette cause, est investi d'un certain pouvoir d'appréciation, à peu près comme pour la nullité fondée sur la clandestinité. C'est ce qui paraît résulter avec certitude de l'art. 193, ainsi conçu : « *Les peines prononcées par l'article précédent, seront encourues par les personnes qui y sont désignées, pour toute contravention aux règles prescrites par l'article 165, LORS MÊME QUE CES CONTRAVENTIONS NE SERAIENT PAS JUGÉES SUFFISANTES POUR FAIRE PRONONCER LA NULLITÉ DU MARIAGE* ». Une contravention quelconque aux règles prescrites par l'art. 165 peut donc être considérée par le juge comme n'étant pas suffisante pour entraîner la nullité du mariage, par conséquent une contravention aux règles de la compétence de l'officier de l'état civil, aussi bien qu'une contravention aux règles de la publicité, puisque l'art. 165 formule une double règle, l'une relative à la publicité de la célébration, l'autre relative à la compétence de l'officier de l'état civil. Le juge est investi d'un pouvoir discrétionnaire pour apprécier la gravité de la violation soit des règles de la compétence, soit des règles de la publicité.

On objecte que, si l'on comprend le pouvoir d'appréciation laissé au juge en ce qui concerne la clandestinité, qui est susceptible de plus ou de moins, on ne le conçoit pas en ce qui concerne la compétence de l'officier de l'état civil : cet officier, dit-on, est compétent ou il ne l'est pas ; il n'y a pas de milieu. — Pour comprendre le pouvoir d'appréciation laissé au juge, il faut se souvenir que l'incompétence de l'officier de l'état civil se lie dans une certaine mesure à la clandestinité. Sans doute un officier de l'état civil est compétent ou il ne l'est pas ; mais, parmi ceux qui sont incompétents, il y en a, si l'on peut ainsi parler, qui le sont plus ou moins, en ce sens que leur incompétence portera, suivant les circonstances, une atteinte plus ou moins grave à la publicité du mariage. Ainsi la célébration du mariage par un officier de l'état civil incompétent pourra ne porter aucune atteinte ou ne porter qu'une atteinte très légère à la publicité du mariage, s'il a été célébré en un lieu où les époux sont parfaitement connus ; tandis qu'il en sera autrement si le mariage a été célébré en un lieu où les époux sont complètement inconnus. La loi permet au juge de tenir compte de cet élément qui a son importance, et d'autres encore, notamment de la bonne ou de la mauvaise foi des époux, et, s'ils sont de bonne foi, de l'erreur plus ou moins excusable dans laquelle ils sont tombés. Enfin elle lui laisse, au cas d'incompétence, comme au cas de clandestinité, un plein pouvoir d'appréciation.

541. Un mariage a été célébré par l'officier de l'état civil du domicile réel ou du domicile matrimonial de l'une des parties, mais hors du territoire de la commune sur

laquelle il exerce sa juridiction. Ainsi deux personnes ayant leur domicile à Bordeaux ont contracté mariage devant l'officier de l'état civil de cette ville, mais en dehors du territoire de la commune, par exemple dans une maison de campagne appartenant à l'un des époux, et située sur le territoire d'une commune voisine de celle de Bordeaux. Le mariage est-il nul ? La question doit être résolue négativement par argument des art. 165, 191 et 193. Il y a cependant quelque doute à ce sujet.

541 bis. Au résumé on conçoit deux espèces d'incompétence de l'officier de l'état civil : l'incompétence à raison de la personne, *ratione personæ*, qui a lieu lorsque le mariage a été célébré par un officier de l'état civil autre que celui du domicile réel ou du domicile matrimonial des époux, et l'incompétence à raison du lieu, *ratione loci*, lorsque le mariage a été célébré par l'officier de l'état civil que la loi désigne, mais en dehors du territoire de sa commune. La première incompétence est seule une cause de nullité.

SECTION II

DES MARIAGES PUTATIFS

542. Tant qu'un mariage nul n'a pas été déclaré tel par la justice, il produit provisoirement ses effets. A partir du jour où la justice en a prononcé la nullité, non seulement il cesse de produire ses effets dans l'avenir, mais ceux qu'il a produits dans le passé sont rétroactivement anéantis ; le mariage déclaré nul est en effet censé n'avoir jamais existé.

De là résultent plusieurs conséquences, et entre autres les suivantes :

1° Les enfants issus d'un mariage déclaré nul ne sont pas légitimes, car la légitimité est un effet du mariage. Ils sont naturels simples, adultérins ou incestueux, suivant la nature des relations qui ont existé entre leurs parents.

2° Quand un mariage a été déclaré nul, chaque époux perd tout droit de succession (art. 767) et tout droit alimentaire (art. 205, 212) à l'égard de l'autre. Il faut même décider, en vertu du principe de rétroactivité dont nous venons de parler, que l'époux qui aurait recueilli, en cette qualité, la succession de son conjoint, devrait la restituer aux ayant droit, si plus tard son mariage était déclaré nul.

3° Les conventions matrimoniales des époux dont le mariage a été déclaré nul demeurent sans exécution ; elles ne peuvent en effet se soutenir qu'en s'appuyant sur le mariage et, le mariage tombant, elles tombent nécessairement avec lui. Mais alors comment se régleront, relativement à leurs biens, les droits respectifs des époux ? D'après le droit commun, c'est-à-dire d'après les règles ordinaires de la société de fait ou de la communauté. On procédera comme s'il s'agissait de régler les intérêts de deux personnes qui auraient vécu ensemble sans être jamais mariées et qui auraient mis tout ou partie de leurs biens en commun. Cpr. Paris, 10 février 1892, D., 92. 2. 493. Cet arrêt valide en outre la convention que les époux avaient faite, avant la prononciation de la nullité de leur mariage, en vue du règlement de leurs intérêts pécuniaires. En vertu du principe que le mariage annulé est censé n'avoir jamais existé, cette convention devait être considérée comme intervenue entre deux personnes libres de tout lien l'une à l'égard de l'autre.

4° Les donations, qui ont été faites aux époux dans leur contrat de mariage, ne sont pas maintenues ; faites en vue du mariage, elles doivent suivre son sort (arg. art. 1088).

543. La règle que les effets du mariage déclaré nul sont rétroactivement anéantis, souffre exception dans le cas du mariage *putatif*. On appelle de ce nom le mariage nul qui a été contracté de bonne foi par les époux ou par l'un d'eux. *Putatif* vient de *putare*, *penser* : les époux ont pensé en contractant que leur mariage était valable. La loi tient compte de leur bonne foi, et décide que les effets produits par leur mariage jusqu'à la déclaration judiciaire de nullité seront maintenus.

Ainsi, dans l'hypothèse du mariage putatif, la déclaration judiciaire de nullité produit ses effets dans l'avenir, mais non dans le passé. Le mariage annulé ne produira plus désormais d'effets ; mais la loi respecte ceux qu'il a déjà produits, comme il arriverait pour un mariage valable dissous par le divorce. C'est ce qu'a voulu exprimer l'art. 201, qui d'ailleurs est rédigé en termes beaucoup trop généraux, car il semble dire, non seulement que les effets produits par le mariage putatif jusqu'à la déclaration judiciaire de nullité sont maintenus, mais qu'en outre le mariage continue à produire ses effets dans l'avenir. Voici le texte : « *Le mariage qui a été déclaré nul, produit néanmoins les effets civils, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants, lorsqu'il a été contracté de bonne foi* ». Et l'art. 202 ajoute : « *Si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des deux époux, le mariage ne produit les effets civils qu'en faveur de cet époux et des enfants issus du mariage* ».

Tels sont les textes qui régissent le mariage putatif.

Le mariage putatif nous vient du droit canonique. Le droit romain ne nous offre que fort peu de traces de cette institution.

544. Nous aurons à rechercher successivement : quelles sont les conditions requises pour qu'il y ait mariage putatif ; quels sont les effets du mariage putatif.

1. Conditions requises pour qu'il y ait mariage putatif.

545. Nos anciens docteurs en exigeaient trois : bonne foi des époux ou de l'un d'eux, solennité de la célébration du mariage, erreur excusable. Le code civil n'exige que la première condition. Nous verrons qu'il n'y a pas lieu d'ajouter à son texte.

La bonne foi résulte de l'ignorance des causes qui empêchaient le mariage d'exister ou d'être valable. Les époux, ou tout au moins l'un d'eux, ont cru contracter un mariage valable, alors qu'ils

contractaient un mariage nul. Leur bonne foi est donc basée sur une erreur. Cette erreur peut être *de fait* ou *de droit*.

L'erreur *de fait* consiste dans l'ignorance ou la fausse notion d'un fait qui s'opposait à la validité du mariage : comme si deux personnes parentes au degré où le mariage est prohibé se sont mariées ensemble, ignorant le lien de parenté qui les unissait.

L'erreur *de droit* résulte de l'ignorance ou de la fausse notion d'une disposition législative qui met obstacle à la validité du mariage. Exemple : Un beau-frère épouse sa belle-sœur ; les contractants connaissent l'existence du lien d'alliance qui les unit, mais ils ignorent la disposition législative qui prohibe le mariage entre beau-frère et belle-sœur (art. 162).

La bonne foi basée sur une erreur de droit peut servir de fondement au mariage putatif tout aussi bien que celle basée sur une erreur de fait (Paris, 14 mars 1889, D., 90. 2. 88). En effet, d'une part, la loi ne distingue pas. D'autre part, la situation des époux peut être aussi digne d'intérêt, et leur erreur aussi excusable, dans le premier cas que dans le second. On en trouve la preuve dans l'espèce suivante que nous empruntons aux annales judiciaires : Un Français âgé de vingt-quatre ans, et n'ayant pas par suite atteint sa majorité matrimoniale, épouse, en pays étranger, sans le consentement de ses ascendants, une femme qui le croit capable de se marier sans ce consentement, et que l'on a d'autant plus facilement induite en erreur sur ce point que telle est effectivement la loi de son pays ; le mariage est annulé sur la demande de l'époux. Il y a mariage putatif.

Dans tous les cas, il appartient à l'époux ou aux époux qui, ayant contracté un mariage nul, prétendent que ce mariage est putatif, de prouver leur bonne foi et par suite l'erreur qui lui sert de base. La même obligation incombe aux enfants qui invoquent le mariage putatif. En effet tout plaideur doit justifier des faits qu'il invoque à l'appui de sa prétention (arg. art. 1315). Agen, 14 juin 1890, S., 93. 2. 4.

Tout le monde admet cette solution pour le cas où la bonne foi est basée sur une erreur de droit. Alors en effet la bonne foi ne peut pas se présumer, à cause de la règle *Nemo censetur ignorare legem* ; il faut donc la prouver.

Mais on a prétendu que la bonne foi doit au contraire être présumée, lorsqu'elle est basée sur une erreur de fait. Rien ne s'oppose alors, dit-on, à ce que l'on applique l'art. 2268, ainsi conçu : « La bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver ». Il a été victorieusement répondu que les présomptions légales sont de droit étroit, et ne peuvent être étendues d'un cas à un autre ; or la présomption légale, établie par l'art. 2268, est spéciale à la prescription ; on ne peut donc pas l'appliquer en matière de mariage. A défaut de cette base, quelques auteurs en ont cherché une autre dans cette idée que nul ne doit être présumé avoir voulu sciemment contrevenir à la loi. Mais cette nouvelle présomption n'est formulée par aucun texte, et ne saurait par suite être admise.

546. Il faut et il suffit que la bonne foi, sur laquelle est basé le mariage putatif, existe au moment de la célébration (argument des

mots « *contracté de bonne foi* »). Peu importe donc que la bonne foi des époux vienne à cesser plus tard par la découverte de leur erreur ; les effets que le mariage aura produits depuis cette époque jusqu'à la déclaration judiciaire de nullité n'en seront pas moins maintenus. Notamment les enfants conçus à une époque où la bonne foi a cessé, pourvu que ce soit avant la déclaration judiciaire de nullité, naissent et demeurent légitimes.

Sur ce point, la disposition de la loi est très sage. Le mariage est un contrat ; or il est naturel de se placer, pour déterminer le sort d'un contrat, à l'époque où les parties ont contracté, sans se préoccuper des événements ultérieurs. Cpr. art. 2269. La cessation de la bonne foi ne devait donc pas entraîner la cessation du bénéfice attaché au mariage putatif. Dira-t-on que les époux auraient dû se séparer aussitôt après la découverte du vice qui s'oppose à la validité de leur union, que, s'ils continuent à vivre ensemble, la loi doit cesser de les couvrir de sa protection ? Nous répondrons qu'il faut juger humainement les choses humaines. La vive affection que les époux ont pu légitimement concevoir l'un pour l'autre, la crainte du scandale, l'espoir que la nullité de leur mariage se couvrira ou passera inaperçue, d'autres raisons encore expliquent suffisamment que les époux soient presque fatalement portés à reculer le plus possible cette douloureuse échéance de la séparation. Leur bonne foi les protégera jusqu'à la déclaration judiciaire de nullité du mariage. Le jugement qui prononce cette nullité ne rétroagira même pas au jour de la demande, la rétroactivité n'ayant sa raison d'être que lorsque la demande est susceptible d'acquiescement.

547. Telle est la seule condition requise par la loi pour qu'il y ait mariage putatif : la bonne foi des époux ou de l'un d'eux au moment de la célébration du mariage. Cette condition suffit. En effet le mariage putatif n'est pas autre chose qu'une fiction. Le législateur, qui seul avait le pouvoir d'établir cette fiction, avait seul aussi qualité pour en déterminer les conditions ; or il se contente de la bonne foi ; l'interprète n'a pas le droit d'exiger davantage.

La solution contraire triomphe dans la doctrine. Mais on est loin d'être d'accord sur le point de savoir quelles conditions il y a lieu d'ajouter à celle requise par le texte. La plupart exigent, outre la bonne foi, un *mariage existant*. D'après cela il n'y aurait pas mariage putatif, entre deux personnes qui auraient contracté, même avec la plus entière bonne foi, une union dépourvue d'existence légale : tel serait le cas d'un mariage contracté devant un officier public autre qu'un officier de l'état civil, ou devant un prêtre. On en donne deux raisons. D'abord le législateur traite du mariage putatif dans le chapitre *Des nullités* ; or, dans ce chapitre, il ne s'occupe que des mariages nuls et non des mariages inexistantes ; donc il suppose un mariage simplement nul. En second lieu le mariage inexistant, c'est le néant ; et, si l'on conçoit que le législateur fasse produire des effets civils à un mariage nul, c'est-à-dire à un mariage qui a provisoirement une existence légale, on ne comprendrait pas qu'il en fit produire à un mariage inexistant, c'est-à-dire au néant. Notons cependant que, par une contradiction assez étrange, quelques partisans de la doctrine que nous venons d'analyser, considèrent comme pouvant être putatif le mariage contracté par un mort civilement, mariage qui est inexistant, ainsi que nous l'avons démontré *supra* n. 496. V. notamment Demolombe, t. 3, n. 356.

Le premier motif aurait une certaine valeur, si le législateur avait usé d'une méthode rigoureuse dans la distribution des matières qui font partie du titre *Du mariage*. Mais il est loin d'en être ainsi. Sans sortir du chapitre des nullités, est-il bien facile d'expliquer comment toutes les règles relatives à la preuve du mariage (art. 194 à 200) ont pu y trouver place ? D'un autre côté, est-il même bien certain que le législateur ait consacré la

distinction des mariages inexistants et des mariages nuls ? Comme nous l'avons dit plus haut (n. 495), il paraît avoir soupçonné plutôt que nettement aperçu, cette distinction, et la vérité est que, si la raison ne venait pas développer les lueurs assez incertaines que fournissent les textes, la distinction entre les actes inexistants et les actes nuls, qui a tant de peine à pénétrer dans la jurisprudence, n'aurait probablement pas non plus été acceptée dans la doctrine. Alors comment argumenter de la place qu'occupent les art. 201 et 202, pour soutenir qu'ils ne sont pas applicables aux mariages inexistants, s'il n'est même pas certain que le législateur les ait distingués des mariages nuls ? En tout cas, en supposant qu'il ait consacré cette distinction, on ne pourrait encore tirer qu'un bien faible argument de la place qu'occupent les art. 201 et 202, dans le chapitre *Des demandes en nullité de mariage*; car s'il est vrai que, dans ce chapitre, le législateur ne s'occupe que des mariages nuls, il est non moins certain qu'il ne s'est occupé nulle part ailleurs des mariages inexistants.

Quant au deuxième argument, consistant à dire que le mariage inexistant ne peut pas être putatif et produire des effets à ce titre, parce que rien ne peut sortir du néant, il y a une réponse bien simple : Ce n'est pas au néant, que le législateur fait produire des effets civils, mais à la bonne foi des époux, dont la situation peut être tout aussi digne d'intérêt au cas de mariage inexistant qu'au cas de mariage nul. L'étrangère appartenant à un pays dans lequel le mariage est valablement contracté, même au civil, devant un prêtre catholique, et à laquelle on a facilement persuadé qu'il en est de même en France, sera-t-elle donc, une fois mariée dans ces conditions, moins digne d'intérêt, son erreur sera-t-elle moins excusable que celle d'une Française qui a épousé son oncle, croyant que la loi civile autorise ce mariage ?

D'ailleurs, en pressant l'argument, on arriverait à supprimer la théorie du mariage putatif tout entière. Qu'est-ce donc qu'un mariage nul, une fois qu'il a été déclaré tel par la justice ? C'est bien le néant aussi, puisqu'il est censé n'avoir jamais existé. Et cependant la loi lui fait produire des effets civils, ou plutôt elle maintient les effets produits ; de sorte qu'en fin de compte la loi conserve les effets d'un acte qui est censé n'avoir jamais eu d'existence légale.

Enfin les termes employés par la loi sont plutôt favorables que défavorables, quoi qu'on en ait dit, au système qui n'exclut pas les mariages inexistants du bénéfice des art. 201 et 202. L'art. 201 nous parle en effet d'un mariage « déclaré nul » ; or ces mots pourraient sembler choisis tout exprès pour embrasser l'hypothèse d'un mariage inexistant, dont le juge constate l'inexistence, aussi bien que celle d'un mariage nul dont il prononce la nullité. En tout cas, telle paraît bien avoir été la pensée de Portalis, lorsqu'il a dit dans son discours préliminaire : « Il suffit de l'apparence, de l'ombre d'un mariage pour que le législateur y attache des effets ».

548. Quand une fois on a abandonné le texte de la loi, on ne sait plus où s'arrêter. Ainsi en est-il arrivé aux auteurs qui, plus exigeants que le législateur, ne considèrent pas la bonne foi comme suffisante pour qu'il y ait mariage putatif. Outre la condition d'un mariage existant, ils veulent encore, celui-ci que le mariage ait été célébré avec les formalités requises par la loi, celui-là que l'erreur des époux soit excusable... La réponse est toujours la même, et plus forte cette fois que jamais : Où est le texte qui pose ces conditions ? La loi n'exige que la bonne foi ; il faut savoir s'en contenter.

II. Effets du mariage putatif.

549. Ainsi que nous l'avons déjà remarqué, l'art. 201 s'exprime en termes beaucoup trop absolus quand il dit : « Le mariage qui a été déclaré nul, produit néanmoins les effets civils... » : ce qui semblerait signifier qu'il continue à les produire même après la déclaration judiciaire de nullité. Tout le monde s'accorde à reconnaître que le mariage putatif cesse de produire ses effets civils à

dater du jour où la justice en a prononcé la nullité. Mais les effets produits jusqu'à cette époque sont maintenus. Non seulement ils sont maintenus, mais ils se perpétuent. Ainsi les enfants, conçus avant la déclaration judiciaire de nullité, sont considérés comme légitimes; ils conservent ce titre et les droits qui y sont attachés, droits de succession par exemple, même après la déclaration judiciaire de nullité.

Par où l'on voit que le mariage contracté de bonne foi, dont la nullité a été déclarée par la justice, a été très exactement assimilé à un mariage valable actuellement dissous par le divorce. Nous allons successivement envisager les conséquences de ce principe à l'égard des enfants issus du mariage, à l'égard des époux, à l'égard des tiers.

1. Effets à l'égard des enfants.

550. Les enfants issus du mariage, pourvu qu'ils aient été conçus avant la déclaration judiciaire de nullité, seront considérés comme légitimes. Ils auront ce titre à l'égard des deux époux, alors même que la bonne foi n'aurait existé que chez l'un d'eux; la légitimité ne peut pas être scindée.

Les enfants issus du mariage putatif porteront donc le nom de leur père, et ses titres, alors même que celui-ci serait de mauvaise foi. Ils succéderont aussi aux parents de leurs père et mère. Ce droit leur appartient même par rapport aux parents de l'époux de mauvaise foi.

* **551.** Le mariage putatif opère-t-il la légitimation des enfants naturels que les époux auraient eus ensemble avant leur mariage, et dont la filiation était légalement constatée avant la célébration? Il faut distinguer.

La légitimation n'aura pas lieu pour les enfants adultérins ou incestueux. Un mariage valable ne les légitimerait pas (art. 331), à plus forte raison un mariage putatif, qui est un mariage nul. Tous les auteurs sont d'accord. Inutile d'insister.

Au contraire, il y a controverse pour les enfants naturels simples. Un parti important dans la doctrine soutient qu'ils ne sont pas légitimés par un mariage putatif. A l'appui de cette solution, on invoque l'art. 202 qui, précisant les effets du mariage putatif dans un cas particulier, décide que ces effets ne se produiront qu'en faveur « des enfants *issus du mariage* »; ces termes, dit-on, excluent les enfants nés auparavant; donc ils ne seront pas légitimés par le mariage putatif. Mais cet argument perd à peu près toute sa valeur devant les considérations suivantes: Deux textes parlent des effets du mariage putatif, l'art. 201 et l'art. 202. Le premier détermine les effets généraux du mariage putatif; le second ne nous parle de ces effets qu'incidemment, pour nous dire qu'ils ne peuvent être invoqués par l'époux de mauvaise foi. Quel est celui des deux qui a le plus de valeur, quand il s'agit de préciser les effets du mariage putatif? L'art. 201, évidemment; car, dans un texte où il s'est proposé pour but principal de déterminer les effets du mariage putatif, le législateur a dû peser plus scrupuleusement ses expressions que dans un autre (art. 202) où il ne nous parle de ces effets qu'incidemment. Or si, dans l'art. 202, le législateur, statuant sans doute *de eo quod plerumque fit*, et se servant par suite de termes purement énonciatifs, paraît restreindre les effets du mariage putatif aux enfants qui en sont issus, il dit au contraire dans l'art. 201, d'une manière générale, que le mariage putatif produit les

effets civils « tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants ». A l'égard des enfants, de tous sans distinction, car la loi ne distingue pas, par conséquent même de ceux nés avant le mariage. Ces enfants seront donc légitimés par le mariage putatif, comme ils le seraient par un mariage valable, puisque la légitimation est un des effets civils du mariage. En tous cas, et en supposant que l'argument tiré de l'art. 201 ne soit pas plus puissant que celui tiré de l'art. 202, il le contrebalancerait tout au moins ; et alors on aurait le droit de se demander, en raison, pourquoi le mariage putatif produirait tous les effets civils du mariage valable, excepté celui dont il s'agit. Ce serait d'autant plus injustifiable, que les époux se sont peut-être mariés précisément pour légitimer leurs enfants, auquel cas la légitimation était, de tous les effets civils du mariage, celui dont ils se préoccupaient avant tout. Et ce serait précisément celui que le mariage ne produirait pas ! Ajoutez que, d'après l'art. 201, le mariage putatif produit tous les effets civils d'un mariage valable, à l'égard des époux ou de l'époux de bonne foi ; or il ne les produirait qu'incomplètement s'il ne légitimait pas les enfants.

2. Effets du mariage putatif à l'égard des époux.

552. Il y a lieu de distinguer si la bonne foi existe des deux côtés ou d'un seul.

552 bis. a. — *Les deux époux étaient de bonne foi lors de la célébration.* Le mariage produira ses effets civils à l'égard de l'un et de l'autre.

De là résultent plusieurs conséquences :

1° Les conventions matrimoniales des époux recevront leur pleine et entière exécution. S'ils se sont mariés sous le régime de la communauté, la communauté se liquidera d'après l'état de choses existant à l'époque de la déclaration judiciaire de nullité du mariage.

2° La puissance paternelle sur les enfants issus du mariage ou légitimés par lui, appartiendra au père et à la mère, jusqu'à la majorité ou l'émancipation de ces enfants (art. 372), avec tous ses attributs, notamment le droit de jouissance légale.

3° Le père et la mère pourront, le cas échéant, succéder à leurs enfants issus du mariage ou légitimés par lui (arg. art. 746 et s.).

4° Le mariage putatif fait naître entre les époux un droit réciproque de successibilité (arg. art. 767) ; mais ce droit cesse d'exister à partir de la déclaration judiciaire de nullité. En d'autres termes, si l'un des conjoints vient à mourir avant que la nullité du mariage ait été prononcée, l'autre pourra réclamer sur sa succession les droits que l'art. 767 accorde au conjoint survivant ; mais ce droit cesse d'appartenir réciproquement aux conjoints à partir du jour où le mariage a été annulé, de même qu'il cesserait par un divorce. La raison en est que, pour succéder, il faut avoir le titre d'époux au moment de l'ouverture de la succession, *oportet esse uxorem mortis tempore* ; or ce titre cesse d'appartenir aux conjoints dont le mariage est annulé. — M. Laurent, qui paraît adopter la solution contraire, dit que le droit de succession est un effet civil du mariage, et il demande pourquoi, le mariage annulé, il ne serait pas maintenu entre époux aussi bien qu'il l'est au profit des enfants. La réponse est bien simple : c'est qu'après la déclaration judiciaire de nullité du mariage les enfants conservent leur qualité d'enfants légitimes, tandis que les époux perdent leur titre d'époux.

Une situation assez singulière pourrait se présenter, si un bigame, dont la deuxième épouse est de bonne foi, venait à mourir sans laisser de parents au degré successible, et que sa succession fût réclamée par son épouse légitime et par son épouse putative tout à la fois. Les deux épouses ayant, ni plus ni moins, les mêmes droits, il semble qu'il y aurait lieu de faire ce que l'on fait quand deux héritiers de la même qualité, deux enfants du défunt par exemple, viennent en concours, c'est-à-dire que la succession devrait se partager entre elles.

• **553.** Si l'on admet que le droit de succession réciproque établi par l'art. 767, cesse

entre époux putatifs à partir du jour de la déclaration judiciaire de nullité du mariage, il est difficile de ne pas admettre la même solution pour l'obligation alimentaire, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre celle que l'art. 212 établit entre les époux pendant leur vie et celle que le nouvel art. 205 établit, à titre de prolongement, en faveur de l'époux survivant sur la succession du prédécédé.

Cette solution devrait être admise même au cas où un seul des époux serait de bonne foi. L'époux de bonne foi ne pourrait donc pas, en invoquant les effets civils du mariage, réclamer à l'autre une pension alimentaire. C'est ce qu'a décidé la cour d'Alger par un arrêt du 26 mai 1879 (S., 79. 2. 281, D., 80. 2. 161). En sens contraire, Rouen, 9 avril 1887, S., 87. 2. 235, D., 89. 2. 17.

On peut objecter, il est vrai, que le mariage putatif doit, à partir de la déclaration judiciaire de nullité, être assimilé à un mariage valable actuellement dissous par le divorce, et que l'art. 301 permet à l'époux en faveur duquel le divorce a été prononcé d'obtenir de l'autre une pension alimentaire. — Mais il paraît bien difficile d'étendre, en dehors du cas spécial qu'elle prévoit, la disposition tout à fait exceptionnelle de l'art. 301; d'autant plus que, si on admet son application au cas où un seul des époux est de bonne foi, on se trouve nécessairement conduit à l'étendre au cas où la bonne foi existe des deux côtés, et alors on est tout à fait en dehors des termes, et peut-être aussi de l'esprit de l'art. 301, dont la disposition semble devoir être considérée presque autant comme une peine infligée à l'époux contre lequel le divorce a été prononcé que comme un avantage pour celui qui l'a obtenu.

554. b. — *Un seul des époux était de bonne foi lors de la célébration.* Le mariage ne produira ses effets civils qu'en faveur de cet époux et des enfants issus du mariage (art. 202), ajoutez : ou légitimés par lui. Quant à l'autre époux, les effets civils du mariage se produiront bien contre lui, car l'époux de bonne foi et les enfants peuvent les lui *opposer*; mais ils ne se produiront pas en sa faveur, parce qu'il ne peut pas les *invoquer*.

De là résultent entre autres les conséquences suivantes :

1^o L'époux de bonne foi jouira seul du droit de puissance paternelle et de ses divers attributs, sur la personne et sur les biens des enfants issus du mariage ;

2^o Ce même époux aura seul le droit de succéder auxdits enfants. Quant à l'autre époux, les enfants auront bien le droit de lui succéder; mais, par une exception au principe de réciprocité en matière de succession, que justifie sa mauvaise foi, il n'aura pas le droit de leur succéder, du moins comme parent légitime. D'ailleurs cette exclusion est personnelle à l'époux de mauvaise foi; elle n'atteint pas les parents de cet époux; car, outre qu'ils sont personnellement irréprochables, on ne peut considérer les enfants comme étant leurs parents légitimes, sans les considérer eux-mêmes comme parents légitimes des enfants. Il existera donc un droit de succession réciproque entre les enfants, et les parents de l'époux de mauvaise foi ;

* L'époux de bonne foi aura, à l'exclusion de l'autre, le droit d'exiger l'exécution des conventions matrimoniales expresses ou tacites, dont la force obligatoire est un effet civil du mariage. Mais c'est pour lui une simple faculté; il pourra donc, s'il y trouve son intérêt, laisser de côté les conventions matrimoniales, que l'autre époux n'a pas le droit d'invoquer, et demander que ses droits et ceux de son conjoint soient réglés conformément au droit commun de la société ou de la communauté.

• L'époux de bonne foi, qui demande l'exécution des conventions matrimoniales, doit les accepter dans leur ensemble. Il ne pourrait donc pas faire un triage entre les diverses clauses dont l'ensemble constitue le contrat de mariage, et demander l'exécution de celles qui lui sont favorables, tout en repoussant l'application des autres. Ainsi, lorsqu'il est dit dans le contrat que la femme aura droit à un préciput de 20,000 fr., et que le mari prendra les deux tiers de la communauté, la femme, qui, seule, on le sup-

pose, est de bonne foi, ne pourrait pas demander l'exécution du contrat en ce qui concerne le préciput, et l'application du droit commun pour le partage de la communauté.

4° En ce qui concerne les donations que les époux se sont faites l'un à l'autre par leur contrat de mariage, l'époux de bonne foi peut réclamer l'exécution de celles dont il est bénéficiaire, sans que l'autre ait un droit semblable, même au cas où les donations auraient été stipulées réciproques. En effet ces donations sont subordonnées à la condition *si nuptiæ sequantur* ; par conséquent leur validité est un effet civil du mariage, dont l'époux de bonne foi peut seul se prévaloir. On ne saurait invoquer contre cette solution le principe de l'indivisibilité des conventions matrimoniales, car les donations entre époux par contrat de mariage ne sont pas des conventions matrimoniales.

Il en serait autrement des donations que les époux se seraient faites pendant le mariage. Leur validité n'est pas un effet civil du mariage. Chaque époux pourrait donc s'en prévaloir ; mais ce droit sera la plupart du temps rendu illusoire par la faculté de révocation qui appartient au donateur.

* Que décider quant aux donations faites par des tiers, dans le contrat de mariage, aux époux ou à l'un d'eux ? Seront-elles maintenues, le mariage une fois annulé ?

* L'affirmative n'est pas douteuse en ce qui concerne les donations faites à l'époux de bonne foi. En demandant leur exécution ou leur maintien, l'époux de bonne foi ne fait qu'invoquer l'un des effets civils du mariage, puisqu'il s'agit de donations faites en faveur du mariage. Mais la question fait au contraire difficulté pour les donations qui s'adressent à l'époux de mauvaise foi. La règle, que l'époux de mauvaise foi ne peut pas invoquer les effets civils du mariage, paraît s'opposer à ce que, dans aucun cas, il puisse réclamer ou conserver le bénéfice de ces donations.

* Ne profiteront-elles pas tout au moins aux enfants issus du mariage ? A cet égard la distinction suivante semble devoir être admise.

* S'agit-il d'une donation de biens à venir ou d'une donation de biens présents et à venir ? Les enfants issus du mariage étant eux-mêmes donataires, puisqu'ils sont appelés à défaut de l'époux donataire (art. 1082, 1084, 1086 et 1089), pourront réclamer le bénéfice de la donation, à l'exclusion de l'époux de mauvaise foi, et même exiger de lui la restitution des biens, si la donation a produit son effet en sa faveur.

* La même solution ne devrait pas être admise à notre avis en ce qui concerne les donations de biens présents. Les enfants n'étant pas personnellement donataires, on ne voit pas à quel titre ils pourraient réclamer le bénéfice de la donation ; elle devra donc être considérée comme non avenue à l'égard des enfants, aussi bien qu'à l'égard de l'époux donataire.

3. Effets du mariage putatif à l'égard des tiers.

555. Le mariage putatif produit à l'égard des tiers les mêmes effets civils qu'un mariage valable. Et toutefois, s'il n'y a qu'un des époux de bonne foi, lui seul pourra se prévaloir de ces effets (arg. art. 201-202).

Par application de ce principe, la femme de bonne foi pourra attaquer et faire annuler les actes qu'elle aurait passés avec des tiers sans autorisation (arg. art. 201 cbn. 217 et 225). Le même droit appartiendra au mari s'il est de bonne foi (art. 201 cbn. 225). De même la femme, en la supposant de bonne foi, aura sur les immeubles de son mari l'hypothèque légale de l'art. 2121, et pourra opposer cette hypothèque aux tiers comme si son mariage était valable.

* La naissance d'un enfant issu d'un mariage putatif opérerait-elle la révocation des donations faites par l'un ou l'autre des conjoints à une époque où il n'avait pas d'enfants ?

La révocation d'une donation pour cause de survenance d'enfant est évidemment un des effets civils du mariage, un effet indirect tout au moins, car elle est la conséquence de la naissance d'un enfant légitime qui ne peut être elle-même que la conséquence du mariage. Donc le mariage putatif pourra produire cet effet comme tous les autres, mais seulement au profit de l'époux de bonne foi si la bonne foi n'existe que d'un côté.

* On fait contre ce système une objection grave : La mauvaise foi de l'un des époux n'empêche pas le mariage de produire ses effets civils au profit des enfants (art. 202). Pour que ce principe soit respecté, il faut que la révocation se produise, autrement les enfants perdraient le bénéfice qu'elle peut leur procurer. Mais, d'accord sur cette prémisses, les dissidents ne tardent pas à se diviser. Les uns veulent que les biens faisant partie de la donation révoquée reviennent au donateur, c'est-à-dire à l'époux de mauvaise foi, et ils le font ainsi bénéficier de l'un des effets civils du mariage, contrairement à l'art. 202. Les autres veulent que les biens reviennent directement aux enfants, et ils accordent ainsi aux enfants issus d'un mariage putatif un droit qu'ils refusent aux enfants nés d'un mariage valable, ce qui est inadmissible.

SECTION III

DE LA PREUVE DE LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE

556. Toute personne qui allègue un fait en justice à l'appui de sa prétention, doit fournir la preuve de ce fait (arg. art. 1315). C'est donc à celui qui invoque les effets civils d'un mariage d'en démontrer l'existence, ce qu'il fera en établissant le fait d'une célébration régulière devant l'officier de l'état civil. En l'absence de cette preuve, il doit être déclaré non recevable dans sa prétention.

* On voit que le mariage nul et le mariage non prouvé se touchent de près, en ce sens que celui-ci pas plus que celui-là ne peut produire d'effets civils. Ou plutôt le mariage qui existe, sans qu'on puisse le prouver, produit bien ses effets civils ; mais comme, à défaut de preuve, il est impossible de les faire reconnaître et consacrer par la justice, c'est comme si les effets n'existaient pas : *non deficit jus, sed probatio*. Cela explique, jusqu'à un certain point, que le législateur ait pu considérer la preuve de la célébration du mariage comme faisant suite aux nullités de mariage, et réunir ces deux matières dans un même chapitre. Mais on aurait tort d'en conclure qu'il faut assimiler de tous points le mariage non prouvé et le mariage nul. C'est ainsi qu'un mariage nul, dont l'existence est prouvée, peut engendrer des effets civils s'il a été contracté de bonne foi (art. 201 et 202) ; tandis que le même résultat ne serait pas produit par un mariage, même valable, que les époux prétendraient avoir contracté de bonne foi, et dont ils ne fourniraient pas la preuve.

Comment se fait la preuve de la célébration du mariage ? C'est ce que nous allons rechercher.

I. Principe.

557. Aux termes de l'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 ». — L'acte de mariage ! Voilà le mode de preuve régulier et normal en cette matière.

Notre article exige un acte inscrit sur le registre de l'état civil. Donc celui qui serait inscrit sur une feuille volante n'aurait aucune

force probante. Si cette solution peut être douteuse pour les autres actes de l'état civil, elle ne l'est guère pour l'acte de mariage, à raison des termes si précis de l'art. 194.

L'acte de mariage ne saurait être suppléé :

Ni par la preuve d'une promesse de mariage, de quelque solennité qu'elle ait été entourée. « Fille fiancée n'est ni prise ni laissée, car tel fiancé qui n'épouse pas », dit Loysel ;

Ni par la preuve que les publications ont été faites : elles n'annoncent qu'un projet de mariage qui a peut-être été abandonné ;

Ni par la représentation d'un contrat de mariage, car souvent l'union en vue de laquelle ce contrat est fait ne se réalise pas ;

Ni par aucune preuve écrite, quelle qu'elle soit ;

Ni par le serment litis-décisoire ;

Ni par la preuve testimoniale ;

Ni par la possession d'état. A cet égard nous avons un texte : « *La possession d'état ne pourra dispenser les prétendus époux qui l'invoqueront respectivement, de représenter l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'état civil* » (art. 195).

Il s'agit dans ce texte de la possession d'état d'époux légitime.

Posséder l'état d'époux légitime, c'est jouir *en fait* de ce titre.

Les principaux faits d'où résulte cette possession d'état sont :

1° Que l'homme et la femme, qui se prétendent ou que l'on prétend légitimement mariés, se sont comportés l'un à l'égard de l'autre comme époux légitimes, par conséquent qu'ils ont cohabité ensemble, que la femme a porté le nom du mari, qu'ils se sont, en toute circonstance, dans les actes publics comme dans les relations de la vie privée, présentés comme époux légitimes ;

2° Qu'ils ont été considérés comme époux légitimes dans leurs familles respectives ;

3° Enfin que le public, se faisant l'écho de la famille, leur a aussi reconnu cette qualité. Arg. art. 321.

En un mot, la possession d'état d'époux légitime est la situation dont jouissent deux personnes qui, portant le même nom, ont vécu publiquement comme mari et femme et ont été acceptées comme telles dans leur famille et dans la société (*nomen, tractatus, fama*). Cpr. *infra* n. 861 et 862.

Comme on le voit, la possession d'état est, pour la majeure partie, l'œuvre des époux. C'est parce qu'ils se sont présentés comme époux légitimes et comportés comme tels, que la famille d'abord et le public ensuite leur ont reconnu ce titre. Aussi est-il tout simple que notre article ne permette pas à ceux qui récla-

ment le titre d'époux de suppléer à l'acte de célébration du mariage par la possession d'état : ce serait les autoriser à prouver leur prétention par un titre dont ils seraient eux-mêmes les auteurs. D'ailleurs, en admettant la possession d'état comme moyen de preuve du mariage, on permettrait au concubinage d'usurper les droits de l'union légitime; car la possession d'état d'époux légitime est souvent mensongère, dans les grandes villes surtout. On favoriserait ainsi le concubinage, au détriment du mariage, et l'institution du mariage en serait ébranlée. « On ne peut, dit d'Aguesseau, prendre dans une matière aussi grave la renommée comme juge et le bruit public comme témoin ».

558. La règle que la possession d'état ne peut pas suppléer au titre, c'est-à-dire à l'acte de mariage, ne s'applique pas seulement aux époux, ainsi qu'on pourrait être tenté de l'induire par argument *a contrario* des termes de l'art. 195; elle est générale, et peut être opposée à toute personne qui veut faire la preuve du mariage, en vue d'en réclamer les effets civils. En effet l'art. 194 est conçu dans les termes les plus généraux : « Nul ne peut réclamer le titre d'époux *et les effets civils du mariage*, s'il ne représente un acte de célébration... » Et l'article suivant, d'après lequel les époux ne peuvent pas suppléer à l'acte de mariage par la possession d'état, doit être entendu en ce sens que la possession d'état ne dispense pas de la représentation du titre, *même les époux* qui invoquent respectivement le mariage. L'idée de la loi est celle-ci : « La possession d'état ne remplace pas le titre; cette règle s'applique même aux époux dans leurs relations l'un avec l'autre ». La preuve d'ailleurs que la règle formulée par l'art. 195 est générale, c'est qu'il a fallu un texte (art. 197) pour permettre aux enfants de prouver, dans un cas exceptionnel, le mariage de leurs père et mère par la possession d'état.

* **559.** Toutefois la règle, d'après laquelle la célébration du mariage ne peut se prouver que par un acte inscrit sur les registres de l'état civil, n'est applicable que lorsque la preuve du mariage a pour but de permettre à ceux qui la font de « réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage » (art. 194). S'il s'agissait de prouver le mariage sans que l'état des personnes fût en cause, si, par exemple, un contrat ayant été fait sous la condition que tel mariage sera conclu, il s'agissait d'établir la réalisation de la condition, la preuve du mariage pourrait être fournie par les moyens du droit commun, notamment par la délation du serment.

560. En rejetant la possession d'état comme moyen de preuve normal de la célébration du mariage, notre législateur s'est écarté avec raison des traditions du droit romain, que notre ancienne jurisprudence avait primitivement acceptées, ainsi que l'atteste, en termes un peu crus, ce vieil adage rapporté par Loysel :

*Boire, manger, coucher ensemble,
C'est mariage, ce me semble.*

L'ordonnance de Blois du 15 mai 1579 (art. 40 et 44) décida que la possession d'état n'engendrerait plus à l'avenir une présomption de célébration du mariage. La preuve du mariage dut donc désormais se faire au moyen d'un acte de célébration régulièrement dressé par l'officier de l'état civil, qui était alors le curé des contractants. Il paraît que cette disposition ne reçut son exécution qu'à partir de l'an 1600.

561. Si la possession d'état ne peut pas remplacer l'acte de célébration du mariage, du moins elle le corrobore quand elle s'unit à lui. « *Lorsqu'il y a possession d'état, et que l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'état civil est représenté,*

» *les époux sont respectivement non recevables à demander la nullité de cet acte* » (art. 196). Ce texte, sur le véritable sens duquel on n'est pas d'accord, signifie que, lorsque l'acte constatant la célébration d'un mariage est soutenu par une possession d'état conforme, il devient inattaquable de la part des époux, quelles que soient ses irrégularités. La possession d'état couvre alors les vices du titre. Ainsi un acte de mariage n'est pas signé par l'officier de l'état civil, ou bien il est inscrit sur une feuille volante. Bien que nul, cet acte ne pourra être attaqué par les époux, s'ils ont la possession d'état.

Mais c'est seulement l'acte de mariage, l'*instrumentum*, qui devient alors inattaquable; il n'en est pas de même du mariage. La possession d'état, même jointe à un titre régulier, ne peut couvrir aucun des vices dont le mariage serait atteint indépendamment de l'acte qui le constate, ni les vices de fond, comme la bigamie ou l'inceste, ni même les vices de forme, c'est-à-dire la clandestinité du mariage ou l'incompétence de l'officier de l'état civil.

562. Cette interprétation est contestée. D'après un assez grand nombre d'auteurs, les mots *de cet acte*, qui terminent l'art. 196, feraient allusion, non à l'acte écrit, *instrumentum*, qui constate la célébration, mais à la célébration elle-même, *id quod actum est*, et l'article signifierait que la possession d'état des époux couvre, par rapport à eux, les vices dont la célébration du mariage peut se trouver atteinte, c'est-à-dire la clandestinité et même, suivant quelques-uns, l'incompétence de l'officier de l'état civil. Il est bien peu probable, dit-on, que le législateur ait songé aux nullités dont l'acte instrumentaire constatant la célébration pourrait être atteint, car il a gardé un silence complet sur ces nullités, si bien que c'est même une question de savoir s'il en peut exister, le législateur n'en ayant prononcé aucune. D'ailleurs il y a une étroite connexité entre l'acte instrumentaire et la célébration, puisque la célébration ne peut, en principe, être prouvée que par l'acte.

Au point de vue pratique, cette solution est assez satisfaisante, et il ne faut pas s'étonner qu'elle ait été consacrée par un certain nombre de décisions judiciaires. Il est désirable, en effet, que ceux qui se sont publiquement comportés comme époux ne puissent être recevables à se prévaloir d'un vice de forme dans la célébration de leur union. Mais l'interprétation proposée ne nous paraît pas d'accord avec le texte de l'art. 196 dont elle étend arbitrairement la portée. Il faut, comme le dit Demante, vouloir véritablement fermer les yeux à la lumière, pour ne pas voir que l'acte dont parle l'art. 196 *in fine*, est l'acte écrit, *instrumentum*, qui constate la célébration du mariage. Comment! voilà l'art. 196 qui nous dit dans sa première partie : « Lorsqu'il y a possession d'état, et que l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'état civil est représenté », ce qui fait indubitablement allusion à l'acte écrit, à l'*instrumentum*; et quand ce même article ajoute : « les époux sont respectivement non recevables à demander la nullité de cet acte », le mot *acte* désignerait autre chose que l'acte dont le législateur vient de parler à l'instant même, autre chose que l'acte écrit constatant la célébration! En vérité, ce n'est pas proposable. Ajoutez à cela que, dans les art. 194, 195 et 197, le législateur emploie l'expression *acte de célébration* dans le sens d'*acte écrit constatant la célébration*. Or comment supposer que la même expression, employée deux fois par l'art. 196, qui se trouve enchâssé au milieu d'eux, ait le même sens dans la première partie et un sens différent dans la seconde? Inutile d'insister!

563. Mais, à notre avis, c'est seulement en ce qui concerne les époux que l'acte irrégulier devient inattaquable, quand il est soutenu par la possession d'état ; l'art. 196 dit en effet : « *les époux* sont respectivement non recevables... » La possession d'état ne couvrirait donc pas les vices du titre à l'égard des tiers, en ce sens que, si ce titre leur était opposé, à l'effet d'établir la célébration du mariage, ils pourraient l'attaquer malgré la possession d'état qui le soutient ; car cette possession d'état étant l'œuvre des époux, ne peut constituer qu'une fin de non-recevoir toute personnelle à ceux-ci.

II. *Exceptions au principe.*

564. La règle de l'art. 194, à savoir que la célébration du mariage ne peut être prouvée que par un acte inscrit sur le registre de l'état civil, souffre quatre exceptions.

565. PREMIÈRE EXCEPTION. Elle est indiquée par ces mots de l'art. 194 : « sauf les cas prévus par l'article 46, au titre *des Actes de l'état civil* ». Voyez *supra* n. 253.

565 bis. DEUXIÈME EXCEPTION. Elle concerne le cas d'un mariage contracté à l'étranger. Ce mariage est valable s'il a été célébré conformément aux prescriptions de la loi du lieu. *Locus regit actum* (art. 47), et son existence pourra être établie par un mode de preuve autre que celui prescrit par l'art. 194, s'il n'existe pas de registres de l'état civil dans le pays où le mariage a été contracté. Puisque le mariage peut être contracté valablement suivant les prescriptions de la loi du lieu, il doit pouvoir aussi être prouvé d'après les prescriptions de cette même loi. La loi qui régit l'acte régit la preuve.

566. TROISIÈME EXCEPTION. Elle est contenue dans l'art. 197, ainsi conçu : « *Si néanmoins, dans le cas des articles 194 et 195, il existe des enfants issus de deux individus qui ont vécu publiquement comme mari et femme, et qui soient tous deux décédés, la légitimité des enfants ne peut être contestée sous le seul prétexte du défaut de représentation de l'acte de célébration, toutes les fois que cette légitimité est prouvée par une possession d'état qui n'est point contredite par l'acte de naissance* ».

Un enfant, qui a perdu son père et sa mère, veut établir sa légitimité contre un adversaire qui la conteste. Régulièrement il devrait prouver le mariage de ses père et mère (car la légitimité ne peut être que le fruit du mariage), et faire cette preuve par la représentation d'un acte régulier de célébration (art. 194). Mais l'enfant, on le suppose, ignore la commune dans laquelle ses père et mère se sont mariés, et il n'a aucun moyen de se renseigner à cet égard. Evidemment il est impossible à cet enfant de rapporter l'acte de mariage de ses auteurs. Comment se le procurerait-il ? En faisant des recherches sur les registres de l'état civil de toutes

les communes de France? Mais, quand même il lui serait possible d'accomplir ce prodigieux travail, il ne serait pas certain encore de découvrir l'acte qu'il cherche, car ses parents se sont peut-être mariés en pays étranger. Aussi la loi, appliquant la règle *A l'impossible nul n'est tenu*, et mue d'ailleurs par un sentiment de faveur pour la légitimité, dispense-t-elle l'enfant de la représentation de l'acte de mariage de ses parents. Elle lui permet de suppléer à cet acte en prouvant que ses parents ont eu la possession d'état d'époux légitimes, que lui-même a la possession d'état d'enfant légitime, et que cette possession d'état n'est pas contredite par son acte de naissance. De sorte que, dans l'hypothèse particulière qui nous occupe, le mariage pourra être prouvé par la possession d'état, et il y aura ainsi exception à la règle écrite en l'art. 195 : ce qu'annonce d'ailleurs le mot *néanmoins* par lequel débute l'art. 197.

567. Insistons sur les conditions requises par notre texte. Elles sont au nombre de quatre. La preuve de leur existence est naturellement à la charge de l'enfant qui veut établir sa légitimité par le mode exceptionnel dont il s'agit.

1° Il faut que le père et la mère soient tous deux décédés. — S'ils sont vivants l'un et l'autre, ou seulement l'un d'eux, l'enfant saura facilement, en se renseignant près d'eux, dans quelle commune leur mariage a été célébré; il pourra donc se procurer l'acte de célébration et prouver sa légitimité suivant les règles du droit commun.

2° Le père et la mère doivent avoir eu, de leur vivant, la possession d'état d'époux légitimes. — C'est ce que notre texte exprime par ces mots : « qui ont vécu publiquement comme mari et femme ».

3° L'enfant, de son côté, doit avoir la possession d'état d'enfant légitime (*infra* n. 861). — La loi exige donc ici une double possession d'état, celle des parents et celle de l'enfant. On ne peut guère en douter, quand on lit avec soin la partie finale de l'art. 197. Très certainement, quand la loi dit : « toutes les fois que cette légitimité est prouvée par une possession d'état... », la possession d'état dont elle parle n'est plus celle des parents de l'enfant, mais bien celle de l'enfant lui-même.

4° Enfin il faut que la possession d'état de l'enfant ne soit pas contredite par son acte de naissance. — La loi n'exige pas que l'acte de naissance de l'enfant soit représenté. S'il est produit, il n'est pas nécessaire que cet acte *confirme* la possession d'état de l'enfant, ce qui arriverait si l'enfant y était désigné comme légitime, mais seulement qu'il ne la *contredise pas*. Il la contredirait,

s'il désignait l'enfant comme naturel, mais non s'il le désignait seulement comme né de père et mère inconnus.

568. Lorsque les quatre conditions qui viennent d'être indiquées se trouvent réunies, l'enfant qui se prétend légitime est dispensé de représenter l'acte de célébration du mariage de ses père et mère. Mais il ne saurait être évidemment dans une situation meilleure que si cet acte était représenté, et par suite ses adversaires devraient être admis à établir, par les moyens de preuve du droit commun, la nullité du mariage (pour cause de bigamie par exemple ou d'inceste), et par suite l'illégitimité de l'enfant, comme ils auraient le droit de le faire en présence d'un acte régulier de célébration.

569. QUATRIÈME EXCEPTION. Preuve de la célébration d'un mariage, résultant d'une procédure criminelle. — La destruction, la suppression, la soustraction, le détournement, l'altération ou la falsification d'un acte de mariage constitue un crime (C. pén., art. 145, 146, 147, 173); l'inscription d'un acte de mariage sur une feuille volante constitue un délit (C. pén., art. 192). Ce crime ou ce délit peut, comme toute autre infraction à la loi pénale, donner lieu à deux actions, l'action publique et l'action civile.

L'action *publique* a pour but de faire appliquer au coupable la peine prononcée par la loi. Cette action appartient à la société qui en délègue l'exercice à un mandataire, le ministère public. L'action publique ne peut être exercée que pendant la vie du coupable, parce que seul il peut être responsable, *au point de vue pénal*, des infractions qu'il a commises. Elle est intentée devant des tribunaux spéciaux qu'on appelle *lato sensu* tribunaux criminels.

L'action *civile*, ou action en réparation du préjudice causé par l'infraction, appartient au particulier lésé. Dans l'espèce qui nous occupe, les époux ou autres intéressés demanderont la réparation du préjudice que leur cause la destruction de l'acte de mariage ou sa falsification ou son inscription sur une feuille volante...; cette réparation consistera dans le rétablissement de la preuve du mariage, et peut-être en outre dans des dommages et intérêts. L'action civile survit à l'auteur de l'infraction, et peut être exercée après sa mort contre ses héritiers. En effet, si nos héritiers ne sont pas responsables pénalement des conséquences de nos délits, ils en sont responsables civilement, c'est-à-dire pécuniairement.

L'action civile peut être intentée, soit par voie *principale* devant les tribunaux civils (c'est la seule voie possible quand le coupable est décédé), soit par voie *incidente* devant le tribunal criminel déjà saisi de l'action publique : ce qu'on appelle se porter *partie civile*. En outre, mais seulement en matière de délits, l'action civile peut être portée directement devant le tribunal de police correctionnelle par la partie lésée, alors même que ce tribunal ne serait pas saisi de l'action publique.

570. Ces préliminaires posés, il est facile de comprendre que la preuve de la célébration d'un mariage peut résulter d'une procédure criminelle ou correctionnelle.

D'une procédure criminelle. Ainsi un officier de l'état civil est poursuivi devant la cour d'assises, et condamné comme coupable d'avoir arraché du registre de l'état civil le feuillet qui contenait mon acte de mariage. On suppose que le tribunal a la preuve du contenu de l'acte supprimé; par exemple le feuillet arraché a été retrouvé, il est en la possession du tribunal. Ou bien encore l'officier de l'état civil est poursuivi et condamné pour avoir falsifié mon acte de mariage en substituant un autre nom au mien. Il résulte bien de la procédure qui s'est déroulée devant le tribunal la preuve que mon mariage a été légalement célébré, puisque l'officier de l'état civil est condamné pour avoir détruit ou falsifié l'acte qui constatait cette célébration légale.

D'une procédure correctionnelle. L'officier de l'état civil, qui a célébré mon mariage, a inscrit l'acte destiné à le constater sur une feuille volante. Il est poursuivi par le ministère public, à raison de ce fait, devant le tribunal de police correctionnelle, et condamné à la peine édictée par l'art. 192 du code pénal. Ici encore la procédure qui s'est déroulée devant le tribunal correctionnel pourra établir le fait de la célébration légale de mon mariage, célébration que ne prouve pas ou que prouve d'une manière imparfaite l'acte inscrit sur une feuille volante (*supra* n. 557).

Le tribunal criminel ou correctionnel, qui acquiert ainsi la preuve de la célébration légale d'un mariage dont l'acte a été détruit ou altéré ou non inscrit sur le registre, doit, sur la réquisition des parties intéressées ou du ministère public, constater le fait de cette célébration, et ordonner l'inscription de son jugement sur les registres de l'état civil de la commune où le mariage a été célébré. Ce jugement remplacera, complétera ou vivifiera l'acte de mariage. C'est ce qu'a voulu dire l'art. 198 ainsi conçu : « Lorsque la preuve d'une célébration légale du mariage se trouve » acquise par le résultat d'une procédure criminelle, l'inscription » du jugement sur les registres de l'état civil assure au mariage, » à compter du jour de sa célébration, tous les effets civils, tant à » l'égard des époux qu'à l'égard des enfants issus de ce mariage ».

Si la procédure criminelle ou correctionnelle ne fournit pas la preuve de la célébration d'un mariage déterminé, par exemple si l'officier de l'état civil est poursuivi et condamné pour avoir détruit un ou plusieurs registres de l'état civil, alors il y aura lieu à l'application de l'art. 46 pour la preuve des naissances, mariages ou décès dont les actes étaient inscrits sur ces registres.

* 571. Maintenant, comment, par quelles personnes et sous quelles conditions pourra

être intentée l'action tendant au rétablissement de la preuve du mariage, dans l'hypothèse prévue par l'art. 198 ?

A cet égard une distinction doit être faite, suivant que l'auteur du crime ou du délit, dont le résultat a été de supprimer ou d'altérer l'acte constatant la célébration légale du mariage, est vivant ou décédé.

* **572. A.** — L'AUTEUR DU CRIME OU DU DÉLIT EST VIVANT. Nous avons à rechercher successivement : par quelles voies l'action peut être intentée ; par quelles personnes.

* **573. a.** Par quelles voies peut être exercée l'action tendant au rétablissement de la preuve du mariage ? L'application des principes du droit commun conduit à décider qu'elle peut l'être par l'un des deux moyens suivants :

1° En agissant au civil par voie principale contre l'auteur du délit ou du crime d'où est résultée l'altération ou la suppression de la preuve du mariage. Cette action peut, dans tous les cas, être portée devant le tribunal de première instance jugeant civilement. En outre, et au cas particulier où il s'agirait d'un simple délit, les intéressés peuvent agir directement devant le tribunal de police correctionnelle, sauf au ministère public à intervenir et à exercer l'action publique contre le coupable, afin de lui faire appliquer la peine qu'il a méritée par son délit. C'est le droit commun de tous points.

2° Les ayant droit peuvent intenter l'action tendant au rétablissement de la preuve du mariage, incidemment à l'action publique dont le tribunal de police correctionnelle ou la cour d'assises serait déjà saisie à la requête du ministère public, c'est-à-dire joindre à l'action publique, intentée d'abord par le ministère public, leur action civile, en vue d'obtenir le rétablissement de la preuve du mariage.

* **574.** Que ce dernier moyen puisse être employé par les intéressés, ce n'est pas contestable ; c'est celui auquel fait allusion l'art. 198.

On conteste très sérieusement au contraire qu'il en soit de même du premier. On prétend qu'il résulte de la combinaison des art. 198 et 200 que le législateur a entendu le proscrire. En effet, dit-on, l'art. 200 autorise bien l'exercice de l'action civile par voie principale, mais seulement après la mort du coupable, et avec des garanties particulières pour éviter toute collusion frauduleuse. Pendant la vie du coupable, et en vue sans doute d'éviter la possibilité d'une collusion entre lui et les intéressés, la loi n'autorise que l'action devant les tribunaux de répression, intentée incidemment à l'action publique.

Mais, pour admettre une dérogation de cette importance au droit commun, il semble qu'il serait nécessaire de l'appuyer sur des textes plus positifs que les art. 198 et 200 ; d'autant plus que la rédaction de ces articles est, de l'avis de tous, très défectueuse. D'ailleurs la collusion dont on parle n'est guère à craindre : elle pourrait coûter trop cher à l'officier de l'état civil qui s'y prêterait en se reconnaissant coupable du fait dont on l'accuse : il s'exposerait à être poursuivi criminellement et à se voir condamné à des peines extrêmement sévères.

* **575. b.** — Par qui peut être intentée l'action en rétablissement de la preuve du mariage ? L'art. 199 dit à ce sujet : « *Si les époux ou l'un d'eux, sont décédés sans avoir découvert la fraude, l'action criminelle peut être intentée par tous ceux qui ont intérêt de faire déclarer le mariage valable, et par le procureur du Roi* ».

Constatons d'abord, que, sous le nom d'*action criminelle*, notre article désigne l'action en rétablissement de la preuve du mariage et l'action en dommages et intérêts, auxquelles aurait beaucoup mieux convenu la dénomination d'*action civile*. A l'époque de la confection du code civil, la terminologie du droit criminel n'était pas encore arrêtée : on désignait alors sous le nom d'*action criminelle* toute action née d'une infraction, l'action civile comme l'action publique. — Que le législateur entende parler ici de l'action civile seulement, c'est ce dont on ne saurait guère douter ; car il donne le droit de l'intenter aux époux et à tous les intéressés, par conséquent à des particuliers ; or il est élémentaire que les particuliers ne peuvent pas mettre en mouvement l'action publique. Cette dernière action, dont ne s'occupe ni notre article ni le suivant (art. 200), reste ainsi soumise aux principes du droit commun qui en confie l'exercice exclusif aux magistrats du ministère public.

Cela posé, revenons à notre question : Par qui l'action peut-elle être intentée? Il faut répondre : par les époux, par toute personne ayant un intérêt né et actuel et par le ministère public.

Cependant notre article paraît dire :

1^o Que l'action ne peut être intentée que par les époux tant qu'ils vivent ;

2^o Que, lorsque l'un des époux ou tous les deux sont décédés ayant « découvert la fraude » (lisez : le fait, délictueux ou non, qui a supprimé ou altéré la preuve résultant de l'acte de mariage), l'action ne peut être intentée ni par les autres intéressés ni par le ministère public ; car la loi ne leur donne le droit d'agir que lorsque les époux ou l'un d'eux sont morts *sans avoir découvert la fraude*.

Mais on doit rejeter ces déductions qui, si elles se trouvent d'accord avec le texte de la loi, sont en opposition manifeste avec son esprit.

576. Ce n'est pas seulement aux intéressés que notre article accorde le droit d'intenter l'action en rétablissement de la preuve du mariage incidemment à l'action publique ; il l'accorde également au ministère public. C'est une dérogation grave au droit commun, qui ne permet pas au ministère public d'exercer les actions civiles. Elle s'explique facilement par ce motif que l'exercice de l'action tendant au rétablissement de la preuve du mariage, n'intéresse pas seulement les époux et les autres personnes qui peuvent avoir actuellement un intérêt pécuniaire à prouver le mariage : à un point de vue plus élevé, il intéresse la société tout entière, à laquelle il importe que la preuve du mariage soit assurée. Voilà pourquoi le procureur de la république peut intervenir à défaut des intéressés.

* Toutefois le ministère public ne pourrait réclamer le rétablissement de la preuve du mariage qu'incidemment à l'action publique : car c'est seulement dans ce cas, comme on le verra tout à l'heure, que ce rétablissement offre un intérêt social, puisque, s'il est opéré sur l'action civile intentée par voie principale, il ne pourrait pas profiter à d'autres qu'à ceux qui ont figuré à l'instance (*infra* n. 579).

* **577. B.** — L'AUTEUR DU CRIME OU DU DÉLIT EST DÉCÉDÉ. « Si l'officier public » est décédé lors de la découverte de la fraude, l'action sera dirigée au civil contre ses » héritiers, par le procureur du Roi, en présence des parties intéressées, et sur leur » dénonciation » (art. 200).

— Lors de la découverte de la fraude. Lisez : au moment où l'action est intentée. La loi suppose que l'action sera intentée aussitôt que la fraude sera découverte.

Quand l'officier public, ou tout autre ayant commis le délit qui a fait disparaître ou altéré la preuve du mariage, est décédé (en parlant de l'officier public, la loi statue *de eo quod plerumque fit*), il ne peut plus être question d'intenter l'action publique, qui s'éteint avec le coupable, mais seulement d'agir au civil pour obtenir la réparation du préjudice causé par l'infraction, c'est-à-dire le rétablissement de la preuve du mariage et des dommages et intérêts. L'action sera dirigée contre les héritiers de l'auteur du fait délictueux. — Mais il y avait un danger à conjurer. Les héritiers de l'officier de l'état civil n'ont pas à craindre une condamnation pénale pour le fait de leur auteur ; on ne peut obtenir contre eux que des condamnations pécuniaires. Or si une collusion n'est guère à craindre de la part de l'auteur du fait délictueux, dont un semblable débat expose non seulement la fortune, mais encore l'honneur, on pouvait au contraire, on devait même la redouter de la part de ses héritiers, qui ne sont menacés que de condamnations pécuniaires, et dont les intéressés auraient pu quelquefois obtenir le silence ou la complicité en y mettant le prix. Aussi notre article décide-t-il, dérogeant gravement sur ce point aux règles du droit commun, que l'action sera dirigée par le procureur de la république en présence des parties intéressées et sur leur dénonciation, c'est-à-dire que les parties intéressées requerront le ministère public d'agir, et il devra déférer à cette réquisition. L'action étant dirigée par le procureur de la république, les chances de collusion seront considérablement diminuées, sans être supprimées cependant. Car le ministère public n'empêchera peut-être pas la collusion des parties, il pourra seulement la démasquer quelquefois.

* 578. L'auteur de la fraude, officier public ou autre, est vivant ; mais l'action publique est prescrite. On admet généralement que, dans ce cas, l'action en rétablissement de la preuve du mariage pourra être intentée au civil contre lui, mais sous la garantie exigée par l'art. 200 ; car le défendeur pourrait colluder, puisqu'il n'a plus à redouter les conséquences de l'action publique. — Quelques-uns objectent qu'aux termes de l'art. 637 du code d'instruction criminelle, l'action civile est prescrite en même temps que l'action publique. Mais il paraît certain que la loi entend ici par *action civile* l'action en dommages et intérêts, résultant du fait délictueux, et non l'action en rétablissement de la preuve du mariage. Ce que la loi veut, c'est qu'une fois la prescription accomplie, le coupable ne puisse plus être recherché ni au point de vue pénal, ni au point de vue pécuniaire ; or on ne porte aucune atteinte à ce principe en poursuivant le rétablissement de la preuve du mariage.

Une solution analogue devrait être admise dans tous les cas où l'exercice de l'action publique est devenu impossible pour une cause quelconque, par exemple parce que le coupable est en état de folie.

* 579. Reste une question importante et difficile. La preuve d'un mariage ayant été supprimée ou altérée par suite d'un fait délictueux, le rétablissement en a été obtenu par décision judiciaire, et le jugement ordonnant ce rétablissement a été inscrit sur le registre de l'état civil. La preuve résultant de ce jugement pourra-t-elle être invoquée par tous les intéressés et contre toute personne ? Ou bien l'autorité de la décision judiciaire, qui a ordonné le rétablissement de la preuve du mariage, se restreindra-t-elle entre les personnes qui ont figuré à l'instance, conformément à la règle *Res inter alios judicata aliis neque nocere neque prodesse potest* (art. 1351) ; de sorte que la preuve résultant du jugement ne pourra être invoquée que par ceux et contre ceux qui ont figuré à l'instance ?

Un parti important dans la doctrine s'en tient à cette dernière solution. C'est le droit commun, dit-on, et il doit s'appliquer toutes les fois qu'il n'y a pas été dérogré.

D'autres distinguent. Ils appliquent la règle *Res inter alios judicata...* (art. 1351) lorsque la décision judiciaire qui ordonne le rétablissement de la preuve du mariage a été rendue au civil. Si, au contraire, elle a été rendue au criminel, c'est-à-dire par un tribunal criminel, sur une action civile intentée incidemment à l'action publique, ils décident que la preuve rétablie pourra être invoquée par tous et contre tous ; car on ne doit pas remettre en question devant les tribunaux civils l'existence d'un crime ou d'un délit qui a été constaté et puni par une juridiction criminelle. L'art. 463 du code d'instruction criminelle consacre d'ailleurs cette solution pour le cas particulier de faux. Et le code civil lui-même y paraît favorable, car, si la décision judiciaire, qui ordonne le rétablissement de la preuve du mariage ne pouvait jamais être invoquée que par ceux qui ont figuré à l'instance, on ne comprendrait pas que le ministère public fût autorisé, en l'absence de toute partie intéressée, à requérir du tribunal saisi de l'action publique le rétablissement de la preuve du mariage, puisque le rétablissement ainsi opéré ne pourrait profiter à personne. D'ailleurs on peut se demander à quoi sert, dans le système contraire, l'inscription sur les registres de l'état civil du jugement, rendu au criminel (art. 198), qui ordonne le rétablissement de la preuve du mariage. Si les parties qui ont figuré à l'instance peuvent seules invoquer ce jugement, il était bien inutile d'ordonner qu'il fût inscrit sur le registre de l'état civil ; car les parties peuvent toujours, indépendamment de toute inscription, en obtenir une expédition quand besoin sera. L'utilité de l'inscription n'apparaît guère que pour les tiers, qui ne peuvent pas obtenir une expédition du jugement, et il est naturel de supposer que cette inscription a été prescrite par la loi dans leur intérêt, ce qui suppose qu'ils peuvent se prévaloir du jugement. On s'explique d'ailleurs à merveille que la loi ait voulu déroger ici à la règle, d'après laquelle la chose jugée n'a d'autorité qu'entre les parties qui ont figuré à l'instance. Le jugement qui condamne l'auteur de la suppression ou de l'altération de la preuve du mariage, et qui ordonne son rétablissement, a été rendu au nom de la société représentée par le ministère public ; il est donc naturel que ce jugement appartienne à tous, par conséquent que tous soient admis à s'en prévaloir, et qu'on puisse l'opposer à tous.

CHAPITRE V

DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT DU MARIAGE

580. Les effets du mariage sont très nombreux. Pothier en énumère quatorze, et on pourrait ajouter à cette liste. Le plus important de tous consiste en ce que le mariage est la source de la parenté légitime et de l'alliance, et par suite de la famille légitime qui n'est pas autre chose que l'ensemble des parents et des alliés légitimes.

Le législateur ne traite pas dans notre chapitre, ainsi que pourrait le faire croire sa rubrique, des effets généraux du mariage. Il s'occupe seulement : 1° du devoir d'éducation imposé aux père et mère à l'égard de leurs enfants ; 2° de l'obligation alimentaire entre certains parents et certains alliés. Nous allons étudier ces deux points dans deux paragraphes distincts.

Notons auparavant que le devoir d'éducation envers les enfants résulte plutôt du fait de la génération que du mariage : la preuve en est que les parents en sont tenus même envers leurs enfants nés hors mariage. Et quant à l'obligation alimentaire, elle dérive de la parenté ou de l'alliance, dont le mariage est la source, et se trouve ainsi n'être qu'un effet indirect du mariage.

§ I. *Du devoir d'éducation.*

581. « *Les époux contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants* » (art. 203).

De nourrir leurs enfants, c'est-à-dire de leur fournir tout ce qui leur est nécessaire pour l'entretien de leur existence physique.

De les entretenir, ou autrement dit, de les vêtir et de les loger.

De les élever (devoir d'éducation), c'est-à-dire de les développer au point de vue physique, moral et intellectuel (Bordeaux, 19 janvier 1888, S., 88. 2. 132). La loi du 28 mars 1882, qui rend l'instruction primaire obligatoire, est la sanction de cette dernière obligation. Légalement les parents ne doivent pas davantage. Quelle que soit leur situation, ils ne peuvent donc pas être contraints de faire donner à leurs enfants l'enseignement secondaire et à plus forte raison l'enseignement supérieur.

* **582.** L'obligation, que la loi impose aux père et mère de subvenir aux frais de l'entretien et de l'éducation de leurs enfants, est une charge du mariage (arg. art. 1409-5°), et par conséquent la question de savoir dans quelle mesure chaque époux doit contribuer sur ses biens personnels au soutien de cette charge dépend du régime matrimonial adopté. Voy. art. 1409-5°, 1530, 1537, 1575. Lorsque ce régime est brisé par le divorce ou par la séparation de corps ou de biens, chaque époux doit contribuer aux frais de l'entretien et de l'éducation des enfants proportionnellement à ses facultés (arg. art. 1448 al. 2 et 303). Après la mort de l'un des époux ou lorsque, vivant, il se trouve, pour une cause

quelconque, dans l'impossibilité de payer sa part contributive, la charge retombe en totalité sur l'autre. Bordeaux, arrêt précité, et Paris, 20 avril 1892, D., 93. 2. 175.

Ce n'est peut-être pas une raison suffisante pour dire que les époux sont tenus solidairement de l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants, ni même qu'il existe de ce chef à leur charge une obligation *in solidum*. V. cep. Cass., 21 mai 1890, D., 90. 1. 337 et la note de M. de Loynes. Cpr. *infra* n. 604.

Les règles qui viennent d'être exposées s'appliquent même aux père et mère qui, pour une cause quelconque, n'ont pas l'exercice de la puissance paternelle. Elles reçoivent également leur application lorsque les enfants ont des biens personnels. Toutefois les parents peuvent, si la jouissance de ces biens ne leur appartient pas, prélever sur les revenus desdits biens les frais d'entretien et d'éducation de l'enfant qui en est propriétaire.

583. L'obligation dont sont tenus les pères et mères de nourrir, entretenir et élever leurs enfants, est une obligation *civile*; elle leur est en effet imposée par une disposition législative, l'art. 203. C'est dire que les parents pourraient, au besoin, être judiciairement contraints à son exécution par voie d'action, car telle est la sanction attachée à toutes les obligations civiles. Cette solution est confirmée par l'art. 204 qui, en refusant une action en justice à l'enfant contre ses parents pour un établissement par mariage ou autrement, bien que les parents soient tenus à cet égard d'une obligation naturelle ou tout au moins d'un devoir de conscience, donne bien à entendre qu'il en serait autrement des obligations dont parle l'article précédent.

* **584.** L'obligation établie par l'art. 203 est donc sanctionnée par une action en justice. A qui cette action appartient-elle? A l'enfant incontestablement; car c'est envers lui que l'obligation existe, c'est lui qui est le créancier. Il l'exercera lui-même s'il est majeur et maître de ses droits, ou même s'il est mineur émancipé, sauf dans ce dernier cas à se faire assister de son curateur (arg. art. 482).

Mais l'action ne peut pas être exercée par l'enfant lui-même, lorsqu'il est mineur non émancipé : le mineur non émancipé n'a pas l'exercice des actions qui lui appartiennent. Par qui donc l'action sera-t-elle exercée en son nom?

On est tenté de répondre : par son représentant légal.

Dans les cas où cela sera possible, il n'y a pas d'objection à faire. Ainsi il s'agit d'un enfant qui a perdu l'un de ses auteurs; le survivant, tenu envers lui du devoir d'éducation, n'est pas son tuteur : pour une cause ou pour une autre, la tutelle a été confiée à un étranger. Le tuteur, représentant légal de l'enfant, aura le droit d'exercer une action en justice contre le survivant pour le contraindre, s'il y a lieu, à faire les frais que nécessitent l'entretien et l'éducation de l'enfant.

Mais le plus souvent le représentant légal de l'enfant sera précisément celui de ses auteurs qui est tenu envers lui du devoir d'éducation, et il est manifeste qu'on ne peut pas le charger d'agir contre lui-même. Qui donc agira?

Il y a un cas qui n'offre pas de difficulté. L'enfant est sous la tutelle du survivant de ses père et mère, tenu envers lui du devoir d'éducation. L'action sera exercée par le subrogé tuteur, chargé, aux termes de l'art. 420 al. 2, d'agir pour les intérêts du mineur lorsqu'ils sont en opposition avec ceux du tuteur.

Mais on éprouve un véritable embarras au cas d'un enfant qui a encore son père et sa mère. Le représentant légal de l'enfant est alors son père (art. 389) tenu envers lui du devoir d'éducation (arg. art. 373). Il est impossible de songer, nous l'avons dit tout à l'heure, à investir le père du droit d'agir contre lui-même. D'un autre côté nous n'avons plus ici, comme tout à l'heure, de subrogé tuteur (*infra* n. 994) sur qui on puisse se reposer du soin d'exercer l'action. Qui donc agira? Quelques auteurs ont songé à la mère. Ne remplit-elle pas ici l'office de subrogé tuteur? Mais, en l'absence d'un texte, il nous paraît impossible de reconnaître à la mère le pouvoir d'agir; car elle n'a qu'un intérêt moral à l'exécution de l'obligation établie par l'art. 203, et dans notre droit un intérêt pécuniaire peut seul en principe ouvrir le droit d'action. On peut d'ailleurs expliquer rationnellement le refus du droit d'action à la mère : la loi voit d'un mauvais œil les luttes

judiciaires entre mari et femme; elle en redoute l'issue au point de vue de la paix du ménage. A plus forte raison, refuserions-nous le droit d'agir aux ascendans et au conseil de famille. Nous ne voudrions pas non plus l'accorder au ministère public. En effet il ne peut agir en justice que dans les cas formellement exprimés par la loi (loi du 20 avril 1810, art. 46), et ici la loi se tait.

585. L'art. 203 n'est écrit qu'en vue des enfants légitimes (arg. des mots *par le seul fait du mariage*). Mais on aurait tort d'en conclure que les pères et mères illégitimes ne sont pas tenus du devoir d'éducation envers leurs enfants. La nature le leur impose, et plusieurs dispositions législatives le consacrent, au moins implicitement. Voyez notamment l'art. 383 et les art. 762 et 764.

586. Les père et mère ne sont libérés de l'obligation édictée par l'art. 203 que lorsque l'éducation de l'enfant est achevée. Le devoir d'éducation peut donc survivre à la majorité de l'enfant.

587. L'éducation de l'enfant est terminée, il est en âge de s'établir; peut-il forcer ses père et mère à lui constituer une dot, s'il veut se marier, ou à lui fournir la somme d'argent dont il a besoin pour un autre établissement, par exemple pour un établissement commercial ou industriel? Deux systèmes étaient ici en présence: celui du droit romain, admis dans nos anciens pays de droit écrit, qui accordait à la fille une action contre son père pour lui réclamer une dot, et celui des pays de coutume où on tenait pour principe (sauf en Normandie) que *ne dote qui ne veut*. Après une lutte assez vive au conseil d'Etat, c'est ce dernier système qui a triomphé, ainsi qu'on peut le voir par l'art. 204: « *L'enfant n'a point d'action* » *contre ses père et mère pour un établissement par mariage ou autrement* ». Il faut se garder d'armer les enfants contre leurs parents; l'autorité paternelle en pourrait être ébranlée. D'ailleurs l'expérience prouve que les parents péchent plus souvent par excès de générosité que par égoïsme, et le mieux était de s'en rapporter à leur affection.

* Si les père et mère ne sont pas tenus civilement de l'obligation de doter leurs enfants, il existe du moins de ce chef une obligation naturelle à leur charge. Cette solution, admise dans notre ancien droit par Pothier, peut très bien se concilier avec les principes de notre droit moderne, et avec les termes de l'art. 204. Il en résulte notamment que le père ou la mère qui a payé volontairement une dot à son enfant, sans l'avoir promise ne peut pas la répéter. Arg. art. 1235. Il en résulte encore que l'engagement contracté par acte sous seing privé de payer à un enfant une dot déterminée, est civilement obligatoire pour le père ou la mère qui l'a souscrit. L'obligation naturelle de doter s'est transformée par la novation en une obligation civile. Ceux qui n'admettent pas l'existence de l'obligation naturelle dont nous venons de parler doivent au contraire déclarer nulle la constitution de dot faite par acte sous seing privé. C'est une *donation* non revêtue de la forme légale. En ce sens, tribunal de l'empire d'Allemagne, 16 octobre 1891, D., 93. 2. 115. La jurisprudence française est dans notre sens. Cass., 5 avril 1892, D., 92. 1. 234.

587 bis. Si l'enfant n'a pas le droit d'intenter une action contre ses père et mère pour un établissement par mariage ou autrement, il a toujours celui, quel que soit son âge, d'exiger d'eux des

aliments quand il se trouve dans le besoin. *Non ætati sed necessitati alimenta debentur*. Nous sommes ainsi conduits à parler de l'obligation alimentaire, dont s'occupent les art. 203 à 211.

§ II. De l'obligation alimentaire.

588. On désigne sous ce nom l'obligation dont sont tenues certaines personnes de fournir à certaines autres des *aliments*, c'est-à-dire ce qui est nécessaire pour vivre : par conséquent la nourriture, le vêtement et le logement (arg. art. 210). « *Legatis alimentis, cibaria et vestitus et habitatio debebitur, quia sine his ali corpus non potest* » (L. 6, D., *De alim. vel. cib. leg.*, XXXIV, 1). Il faut ajouter les frais de maladie « *et valetudinis impendia* » (L. 45, D., *De usufr. et quem.*, VII, 1).

Les aliments ne peuvent être dus qu'à celui qui est dans le besoin, c'est-à-dire à celui qui ne peut pourvoir à sa subsistance, soit au moyen de ses ressources personnelles, soit au moyen de son travail (arg. art. 203 à 209).

N° 1. Entre quelles personnes l'obligation alimentaire existe.

589. I. L'obligation alimentaire existe tout d'abord entre ascendants et descendants *in infinitum*. « *Les enfants doivent des aliments à leurs père et mère et autres ascendants qui sont dans le besoin* », dit l'art. 205. Et l'art. 207 ajoute : « *Les obligations résultant de ces dispositions sont réciproques* ». Donc, en vertu de ce dernier texte, les ascendants doivent des aliments à leurs descendants; on l'a contesté, mais cette controverse est éteinte depuis longtemps.

Les dispositions que nous venons de reproduire ont été dictées par les lois mêmes de la nature. Le père a donné la vie au fils : il doit l'aider à la conserver, si ses propres ressources n'y suffisent pas. Un motif semblable justifie l'obligation imposée à l'aïeul de fournir des aliments à son petit-fils qui est dans le besoin. En sens inverse, n'est-il pas rigoureusement juste que nous ne laissions pas mourir de faim ceux dont nous tenons la vie médiatement ou immédiatement? N'est-ce pas d'ailleurs une sorte de restitution que nous faisons alors à nos ascendants, envers lesquels, quoi que nous fassions, nous resterons toujours débiteurs. *Parentibus alimenta non præstatis sed redditis. Iniquissimum enim quis dixerit patrem egere quum filius ejus abundaverit.*

Entre parents l'obligation alimentaire se restreint aux ascendants et aux descendants. Elle n'existe pas, l'obligation légale

tout au moins, entre les parents collatéraux même les plus proches. Ainsi les frères et sœurs ne se doivent pas d'aliments.

589 bis. II. Nous venons de reproduire l'art. 205 tel qu'il a été décrété par le législateur de 1804. La loi du 9 mars 1891 y a ajouté ce qui suit : « *La succession de l'époux prédécédé en doit* » [des aliments], *dans le même cas, à l'époux survivant. Le délai* » *pour les réclamer est d'un an à partir du décès et se prolonge, en* » *cas de partage, jusqu'à son achèvement. — La pension alimen-* » *taire est prélevée sur l'hérédité. Elle est supportée par tous les* » *héritiers et, en cas d'insuffisance, par tous les légataires particu-* » *liers, proportionnellement à leur émolument. — Toutefois, si le* » *défunt a expressément déclaré que tel legs sera acquitté de préfé-* » *rence aux autres, il sera fait application de l'article 927 du Code* » *civil* ».

La loi du 9 mars 1891 n'a pas modifié seulement l'art. 205 ; elle a modifié également l'art. 767, en augmentant largement le droit héréditaire du conjoint survivant. Le conjoint survivant n'a plus seulement aujourd'hui le droit à peu près illusoire, que lui conférait autrefois l'art. 767, de succéder en pleine propriété à son conjoint à défaut de tout parent au degré successible ; il a en outre, même en présence des héritiers les plus favorables, un droit héréditaire d'usufruit sur les biens laissés par le prédécédé. Le but de cette disposition a été de permettre au conjoint survivant de conserver pendant son veuvage une situation équivalente ou à peu près à celle qu'il avait pendant le mariage. Il ne faut pas qu'après avoir vécu dans l'aisance, peut-être dans l'opulence, pendant le mariage, l'époux survivant sans ressources personnelles puisse se trouver réduit à la gêne, voire même à la misère, en présence de la riche succession laissée par son conjoint.

Mais le conjoint survivant n'est pas appelé comme héritier réservataire à recueillir le droit d'usufruit dont nous venons de parler ; il peut s'en trouver privé totalement ou partiellement par la volonté de son conjoint, qui a disposé par donation entre vifs ou testamentaire de tout ou partie de ses biens ou par l'exercice de droits de réserve ou de retour (t. II, n. 131 bis). C'est alors qu'apparaît l'utilité du droit alimentaire établi par le nouvel art. 205. Il est destiné à remplacer le droit d'usufruit quand celui-ci fait défaut ou à le compléter quand il se trouve insuffisant. Deux caractères le distinguent de cet usufruit. D'abord il ne constitue pas comme ce dernier un droit héréditaire, mais une simple créance d'aliments. En second lieu, le conjoint survivant ne peut

pas en être privé par la volonté du défunt. En effet toute disposition législative qui établit un droit alimentaire touche à l'ordre public, et la volonté des particuliers ne peut pas en empêcher l'application.

Les explications relatives au droit héréditaire du conjoint survivant se placent sous l'art. 767. Voyez t. II, n. 130 et s. Pour le moment, nous ne nous occuperons que du droit aux aliments.

589 ter. L'obligation alimentaire dont la loi nouvelle grève la succession du conjoint prédécédé au profit du survivant, peut être considérée comme une prolongation de l'obligation alimentaire dont le conjoint était tenu de son vivant. Pourquoi sa succession serait-elle exonérée de cette charge qui lui incombait personnellement ?

Le conjoint survivant qui prétend avoir droit à une pension alimentaire sur la succession du prédécédé doit, à peine de déchéance, la réclamer dans l'année du décès de son conjoint. Toutefois, si le partage de la succession n'est pas encore terminé à l'expiration de l'année, la demande d'aliments peut être formée jusqu'à la conclusion du partage. Voyez le texte.

Dans le silence de la loi, il y a lieu de décider que le montant de la pension alimentaire se détermine conformément aux règles du droit commun, qui seront exposées *infra* n. 601 et s. Par conséquent il faut tenir compte, d'une part, du besoin du conjoint survivant qui réclame la pension, et d'autre part des facultés du débiteur qui est ici la succession. Pour apprécier les ressources de la succession, il faudra défalquer préalablement les dettes, qui doivent bien entendu être payées par préférence à la pension alimentaire. Il n'y a pas à se préoccuper de la situation de fortune personnelle des héritiers, car ce ne sont pas eux qui sont débiteurs de la pension alimentaire, mais bien la succession.

Le montant de la pension alimentaire, une fois fixé, sera-t-il susceptible de varier en plus ou en moins suivant les éventualités de l'avenir ? A cette question, posée au sénat dans d'autres termes par M. Xavier Blanc, M. Lacombe a répondu ce qui suit au nom de la commission : « Nous sommes parfaitement d'accord que les art. 208 et 209 C. civ. seront applicables à la pension alimentaire de l'époux survivant ; si donc, à une époque postérieure à celle à laquelle la pension aura été réglée, l'époux survivant reçoit un accroissement de fortune tel qu'il n'ait plus besoin de la pension, elle pourra être diminuée ou même complètement supprimée. L'hypothèse contraire ne peut pas se poser, puisque l'état de la succession est définitivement fixé à l'heure de son ouverture, et qu'il ne peut recevoir de modifications que par suite des actes personnels des héritiers dont il n'y a pas à tenir compte ». Sur le premier point, M. Lacombe nous paraît avoir raison. Sur le second, c'est beaucoup plus douteux. Même en concédant que les ressources de la succession sont définitivement fixées au jour de son ouverture, en résulte-t-il que la pension alimentaire ne pourra pas être augmentée si le besoin du conjoint augmente ? Il y a un des deux éléments de la fixation de la pension alimentaire qui ne varie pas. Mais l'autre ?

Maintenant, comment sera assuré le paiement de la dette alimentaire envers le conjoint survivant ? Le texte primitif disposait que le *capital* de la pension alimentaire serait prélevé sur l'hérédité. Dans la rédaction définitive, on lit : « La pension alimentaire est » prélevée sur l'hérédité ». Ce changement implique que, dans la pensée du législateur, le prélèvement peut s'opérer autrement qu'en prenant avant tout sur la masse héréditaire un capital suffisant pour le service de la pension. C'est qu'en effet le service de la pension alimentaire peut être assuré par l'établissement d'un droit réel, par exemple d'une hypothèque, sur un ou plusieurs biens de la succession, auquel cas, il y a une sorte de prélèvement de la pension sur l'hérédité, puisque l'hérédité est diminuée du droit réel affecté à la sûreté de la pension : ce qui est à peu près la même chose que si elle était diminuée d'un capital correspondant.

* Le conjoint survivant étant créancier de la succession du prédécédé pour ses aliments, peut, comme tout autre créancier, demander la séparation des patrimoines et faire inscrire sur les immeubles de la succession le privilège de l'art. 2111. Il y aura là dans bien des cas un moyen fort simple pour le conjoint survivant d'arriver au règlement de ses droits. Il refusera de donner main-levée de son privilège tant que les intéressés n'auront pas assuré le service de sa pension par le prélèvement d'un capital ou l'établissement de sûretés suffisantes.

Sur le point de savoir qui devra supporter la dette alimentaire dont la succession de l'époux prédécédé est tenue envers l'époux survivant, il y aurait lieu d'appliquer les règles du droit commun, qui gouvernent toutes les dettes héréditaires en général.

Par conséquent la dette alimentaire sera à la charge des héritiers ou autres successeurs universels du défunt proportionnellement à leurs parts héréditaires, et elle s'exécutera par préférence aux legs particuliers qui pourront ainsi se trouver réduits. Cette réduction se fera proportionnellement, sauf l'application de l'art. 927. En deux mots, on assure le service de la pension alimentaire, d'abord au préjudice des héritiers ou autres successeurs universels, ensuite au préjudice des légataires particuliers.

Le conjoint divorcé n'aurait évidemment aucun droit à la pension alimentaire établie par la loi nouvelle.

Il n'en est pas de même de l'époux séparé de corps.

Et nous pensons que l'époux survivant pourrait réclamer les aliments même au cas où la séparation de corps aurait été prononcée contre lui. En effet le nouvel art. 767 prive l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée de tout droit successif soit en propriété, soit en usufruit ; mais le nouvel art. 205 ne prononce pas une semblable déchéance contre ce même époux en ce qui concerne la créance alimentaire. Cpr. *infra* n. 788. D'ailleurs l'obligation alimentaire, établie à la charge de la succession de l'époux prédécédé, n'est, ainsi que nous l'avons dit, qu'une prolongation de l'obligation alimentaire dont cet époux était tenu pendant sa vie ; or nous verrons (*infra* n. 614) que le conjoint au profit duquel la séparation a été prononcée doit de son vivant des aliments à son conjoint ; donc sa succession en doit à ce même conjoint.

Un raisonnement analogue conduit à décider que l'époux survivant ne perdrait pas son droit aux aliments contre la succession du prédécédé par le fait de son convol, même au

cas où le défunt laisserait des descendants. En effet l'art. 205 ne prononce pas la déchéance que le nouvel art. 767 édicte dans cette hypothèse contre le conjoint survivant pour son droit d'usufruit. Mais, comme le nouveau mariage du conjoint survivant lui procurera souvent des ressources qui le mettront plus ou moins complètement à l'abri du besoin, les héritiers du conjoint prédécédé pourront demander la décharge ou la réduction de la pension, conformément à l'art. 208.

589 *quater*. La loi du 9 mars 1891 n'a pas d'effet rétroactif (arg. art. 2) ; elle ne reçoit donc pas son application aux successions ouvertes avant sa promulgation. Cpr. *supra* n. 62. Il s'ensuit que l'époux devenu veuf avant la promulgation de la loi nouvelle ne peut réclamer sur la succession de son conjoint ni le droit alimentaire ni le droit d'usufruit établi par la loi nouvelle. Rouen, 14 février (et non 29 janvier) 1892, S., 92. 2. 164, D., 93. 2. 169.

590. III. L'obligation alimentaire existe aussi entre certains alliés. « *Les gendres et belles-filles doivent également, et dans les mêmes circonstances, des aliments à leurs beau-père et belle-mère ; mais cette obligation cesse, 1^o lorsque la belle-mère a convolé en secondes noces ; 2^o lorsque celui des époux qui produisait l'affinité, et les enfants issus de son union avec l'autre époux, sont décédés* » (art. 206).

Mon gendre, *gener*, c'est le mari de ma fille.

Ma belle-fille, ou bru, *nurus*, c'est la femme de mon fils.

Mon beau-père, *socer*, c'est le père de mon conjoint.

Ma belle-mère, *socrus*, c'est la mère de mon conjoint.

Les beau-père et belle-mère, d'une part, gendres et brus, d'autre part, sont alliés en ligne directe au premier degré, c'est-à-dire au degré de père à fils. Les aliments sont dus par les beau-père et belle-mère à leurs gendres ou brus, aussi bien que par ceux-ci aux premiers ; car l'obligation alimentaire établie par notre article est réciproque, aux termes de l'art. 207.

591. L'obligation alimentaire n'existe pas entre le *parâtre* ou la *marâtre*, d'une part, et les *filiâtres*, d'autre part.

Mon *parâtre*, *vitricus*, c'est le nouveau mari de ma mère. — Ma *marâtre*, *noverca*, c'est la nouvelle épouse de mon père. — Mes *filiâtres* (*latine* PRIVIGNUS, PRIVIGNA, de *prius genitus*, *prius genita*), sont les enfants que mon conjoint a eus d'un précédent mariage. Ainsi un homme veuf ou divorcé se remarie. Les enfants de son premier mariage deviennent les *filiâtres* de la nouvelle épouse, celle-ci est leur *marâtre*.

On désigne quelquefois chez nous le *parâtre*, *vitricus*, sous la dénomination de *beau-père*, la *marâtre*, *noverca*, sous celle de *belle-mère*, et les *filiâtres* sous celle de *beaux-fils*, *belles-filles*. Mais tel n'est certainement pas le sens de ces expressions dans l'art. 206. En opposant le *gendre* au *beau-père* et à la *belle-mère*, la loi précise sa pensée. Le *gendre* c'est le mari de la fille ; ce mot n'a jamais été employé pour désigner les filiâtres du sexe masculin, et par cela même le mot *belles-filles* ne peut pas comprendre les filiâtres du sexe féminin.

Au surplus, l'historique de la confection de la loi lève tous les doutes sur ce point. L'art. 2 du projet, correspondant aux art. 205 et 206, était ainsi conçu : « Les enfants

doivent également des aliments à leurs père et mère et autres ascendants qui sont dans le besoin. — Les enfants doivent également des aliments à leurs alliés dans la même ligne, à moins que lesdits alliés n'aient convolé en secondes noces ». Cette rédaction fut modifiée par le conseil d'Etat, sur la proposition de Tronchet, parce que les mots *et leurs alliés dans la même ligne* pouvaient paraître comprendre les parâtres et marâtres, et qu'on ne voulait pas leur accorder le droit de réclamer des aliments à leurs filières, ni à ceux-ci d'en réclamer d'eux.

592. Mais en levant cette difficulté par le changement de rédaction dont il vient d'être parlé, on en a fait naître une autre. L'obligation alimentaire existe-t-elle entre chaque époux et les ascendants, autres que le père et la mère, de son conjoint? Ainsi dois-je des aliments à l'aïeul de ma femme? Cet aïeul m'en doit-il? L'affirmative n'était pas douteuse d'après le texte du projet. On dit qu'elle doit être admise encore aujourd'hui, parce que le projet, ainsi que le prouve l'historique de la rédaction, a été modifié uniquement pour priver le parâtre et la marâtre du droit aux aliments. — C'est bien possible, sans être certain toutefois; car il se peut que le conseil d'Etat ne nous ait pas fait connaître tous les motifs pour lesquels il a modifié la rédaction du projet. Mais en définitive le texte de l'art. 206, tel qu'il est conçu, n'établit l'obligation alimentaire qu'entre gendres et belles-filles d'une part, beau-père et belle-mère d'autre part. Elle doit donc être restreinte dans ces limites, car c'est un principe certain que tout est de droit étroit dans cette matière. « Il est très dangereux, dit M. Laurent, d'introduire dans le code les interprétations données au conseil d'Etat; ce n'est pas le dire de Tronchet qui fait la loi, c'est le texte; or le texte est aussi clair que possible, il limite l'obligation alimentaire au premier degré ».

593. L'obligation alimentaire entre gendres et brus d'une part, beau-père et belle-mère d'autre part, cesse dans deux cas :

1° « Lorsque la *belle-mère* a convolé en secondes noces » (art. 206-1°). Et remarquez que l'obligation alimentaire est alors définitivement éteinte; elle ne revivrait pas par la dissolution du nouveau mariage de la belle-mère.

A raison de sa nature exceptionnelle, notre disposition comporte nécessairement l'interprétation restrictive. Nous en concluons qu'aucune déchéance n'est attachée, au point de vue de la créance alimentaire :

a. Au convol du beau-père. Sans qu'il soit bien facile d'expliquer la différence que la loi établit ainsi entre lui et la belle-mère; serait-ce que le législateur voit le mariage des veuves avec plus de défaveur que celui des veufs?

b. Au convol de la belle-fille ou bru. Plus jeune que la belle-mère, le législateur lui pardonne sans doute plus volontiers de nouer un nouveau lien. Nous convenons que le motif de la différence est loin d'être péremptoire, mais, quand même on n'en verrait aucun, ce ne serait pas une raison suffisante pour étendre en dehors de ses termes une disposition de nature essentiellement exceptionnelle, comme le font presque tous les auteurs;

c. Ni à plus forte raison au convol du père ou de la mère.

D'ailleurs il est bien évident que le convol de la belle-mère ne lui fait pas perdre le droit de réclamer des aliments à ses enfants du premier lit, même quand ils sont mariés, de sorte qu'alors les gendres ou brus supporteront indirectement les conséquences de l'obligation alimentaire, puisqu'ils verront les revenus de leur conjoint diminuer par suite de l'exécution de cette obligation. Il est certain aussi que la belle-mère mariée a le droit de réclamer des aliments aux enfants de ses enfants du premier lit, bien qu'ils soient les fils de ses gendres ou brus et que ceux-ci ne soient plus tenus de l'obligation alimentaire.

594. 2° L'obligation alimentaire des gendres et brus envers leurs beau-père et belle-mère cesse encore, « lorsque celui des époux qui produisait l'affinité, et les enfants issus de son union avec

l'autre époux, sont décédés » (art. 206-2°). Ma femme meurt; je n'ai pas d'enfants d'elle, ou ils sont tous décédés. Je ne suis plus tenu de l'obligation alimentaire envers mon beau-père et ma belle-mère, ni ceux-ci envers moi. La raison en est que le lien de l'alliance est considérablement affaibli, sinon brisé. Pour le cas de divorce v. *infra* n° 749.

595. Lorsque l'époux qui produisait l'affinité et les enfants issus de son union avec l'autre époux sont décédés, tout le monde admet que l'obligation alimentaire entre les gendres et brus d'une part, beau-père et belle-mère d'autre part, cesse *ex utroque latere*; les gendres et brus n'auront donc pas plus le droit de réclamer des aliments qu'ils ne seront tenus d'en fournir. En est-il de même lorsque l'obligation alimentaire cesse par le convol de la belle-mère? La belle-mère, qui n'a plus le droit de réclamer des aliments à ses gendres et brus, cesse-t-elle aussi d'être tenue de leur en fournir le cas échéant? La question est controversée et délicate.

Pour la négative on peut dire : Avant son convol, la belle-mère avait le droit de réclamer des aliments à ses gendres ou brus, et était tenue de l'obligation de leur en fournir le cas échéant. Or la loi dit bien que le convol de la belle-mère lui fait perdre son droit, mais elle ne dit pas que ce convol la libère de son obligation; donc l'obligation subsiste. Il est bien vrai que, d'après l'art. 207, l'obligation alimentaire entre gendres et brus, beau-père et belle-mère, est réciproque : d'où l'on pourrait être tenté de conclure que, lorsque la belle-mère n'a plus droit aux aliments, elle cesse d'en devoir. Mais, qu'on le remarque bien, l'art. 207 établit la réciprocité dans l'obligation alimentaire, et non dans l'extinction de cette obligation. De ce que la loi déclare éteinte l'obligation du gendre et de la belle-fille, il n'en résulte donc pas que celle de la belle-mère le soit aussi. Cette interprétation d'ailleurs est fort rationnelle. Notre disposition a en quelque sorte un caractère pénal : la loi a voulu prononcer une déchéance contre la belle-mère à raison de son convol; or pourrait-on dire qu'il y a déchéance, si la belle-mère, qui perd d'un côté son droit aux aliments, cessait à titre de compensation d'en devoir? Ajoutez que la solution contraire permettrait à la belle-mère d'échapper à l'obligation alimentaire, dont elle est tenue envers ses gendres ou brus, en contractant un nouveau mariage; or *nemo potest proprio facto se ab obligatione liberare*.

Ecoutez maintenant les raisons qu'invoque l'opinion contraire; elles paraissent plus solides encore. Nul ne conteste que, dans le deuxième cas prévu par l'art. 206-2°, celui où l'époux qui produisait l'affinité et les enfants issus de son union avec l'autre époux sont décédés, l'obligation alimentaire cesse *ex utroque latere*; car l'extinction de l'obligation alimentaire ayant ici pour cause l'affaiblissement du lien résultant de l'alliance, on ne comprendrait pas que cette obligation cessât d'un seul côté. Mais si l'extinction de l'obligation est réciproque dans ce cas, pourquoi ne le serait-elle pas aussi dans l'autre? N'y a-t-il pas dans les deux hypothèses les mêmes raisons de texte; et s'il est vrai de dire que l'art. 207 n'établit la réciprocité que dans l'obligation alimentaire et non dans la cessation de cette obligation, cela ne doit-il pas s'appliquer au cas prévu par l'art. 206-2° tout aussi bien qu'à celui prévu par l'art. 206-1°? D'ailleurs est-il bien exact d'affirmer que l'art. 207 n'établit la réciprocité que dans l'obligation, et non dans la cessation de l'obligation alimentaire? La vérité est que l'art. 207 établit la réciprocité de l'obligation telle que vient de la créer l'art. 206; il dit : « Les obligations résultant de ces dispositions sont réciproques ». Or la loi n'établit l'obligation alimentaire au profit de la belle-mère qu'avec cette restriction que l'obligation cessera si la belle-mère se remarie; c'est par conséquent cette obligation, ainsi restreinte, que l'art. 207 rend réciproque. Donc le deuxième mariage de la belle-mère, qui fait cesser pour elle le droit de réclamer des aliments à ses gendres et brus, la libère aussi de l'obligation de leur en fournir.

596. Si nous résumons les explications données jusqu'ici sur le point de savoir quelles personnes sont tenues de l'obligation ali-

mentaire, nous voyons que cette obligation existe : 1° entre ascendants et descendants légitimes, *in infinitum*; 2° entre gendres et brus d'une part, beau-père et belle-mère d'autre part. Il faut ajouter : 3° entre époux (arg. art. 212 et nouvel art. 205); 4° entre l'adoptant et l'adopté (art. 349); 5° au profit du donateur contre le donataire (arg. art. 955), mais ici il n'y a pas réciprocité au profit du donataire.

L'obligation alimentaire existe-t-elle entre les enfants illégitimes et leurs père et mère? La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour admettre que les père et mère illégitimes doivent des aliments à leurs enfants, quand ceux-ci sont dans le besoin. On induit cette décision des art. 762 à 764, qui, en obligeant la succession des père et mère adultérins ou incestueux à fournir des aliments à leurs enfants, reconnaît bien implicitement l'existence d'une dette alimentaire à la charge des parents pendant leur vie : il serait singulier que leur succession fût tenue, s'ils ne l'étaient pas eux-mêmes. A plus forte raison, le droit aux aliments existe-t-il au profit des enfants naturels simples : la loi les voit d'un œil moins défavorable que les enfants adultérins ou incestueux.

Mais il y a difficulté sur le point de savoir si, réciproquement, les enfants illégitimes doivent des aliments à leurs père et mère qui sont dans le besoin. Le doute vient de ce que les art. 762 à 764 n'établissent l'obligation alimentaire qu'à la charge des parents; et il paraît difficile d'appliquer ici le principe de réciprocité écrit dans l'art. 207, qui ne dit pas d'une manière générale que l'obligation alimentaire est réciproque, mais bien que les obligations résultant de ces dispositions, c'est-à-dire des dispositions des art. 205 et 206, sont réciproques. D'ailleurs, ajoute-t-on, la réciprocité n'est pas de l'essence de l'obligation alimentaire : c'est ainsi que le donateur a le droit d'exiger des aliments du donataire, bien qu'il n'en doive pas à celui-ci. Enfin on comprendrait très bien que le législateur eût refusé le droit aux aliments aux père et mère illégitimes, à raison du peu de faveur qu'ils méritent, leur paternité ou leur maternité étant le résultat d'un fait illicite. — Cependant la solution contraire triomphe en doctrine et en jurisprudence. Pour établir la réciprocité de l'obligation alimentaire au profit des père et mère illégitimes, on invoque principalement la tradition qui, effectivement, est en ce sens. D'ailleurs, ajoute-t-on, les lois de la nature ne permettent pas qu'un fils laisse mourir de faim son père ou sa mère même illégitime : *necare videtur et is qui alimonia denegat*. Enfin on dit que si la réciprocité n'est pas de l'essence de l'obligation alimentaire, elle est tout au moins de sa nature. — Ces raisons sont-elles suffisantes pour créer une obligation alimentaire que la loi n'établit pas ?

Il est bien entendu qu'il ne peut être question de l'obligation alimentaire, soit au profit des enfants illégitimes, soit contre eux, qu'autant que leur filiation est légalement établie, ce qui sera rare pour les enfants adultérins ou incestueux (*infra* n. 900 *bis*).

Il est bien entendu aussi que les enfants illégitimes ne peuvent pas réclamer d'aliments aux parents de leurs père et mère, et que, réciproquement, ceux-ci n'ont pas le droit de leur en demander. En effet le lien, résultant de la filiation illégitime légalement constatée n'existe qu'entre les enfants et leurs auteurs immédiats.

Il y a doute, au contraire, sur le point de savoir si les père et mère illégitimes devraient des aliments aux descendants légitimes de leurs enfants, et auraient en sens inverse, le droit d'en réclamer d'eux.

N° 2. Dans quel ordre les divers débiteurs de la dette alimentaire sont tenus de la payer.

597. Je me trouve dans le besoin. Il y a plusieurs personnes, soit du même ordre, soit d'ordres différents, désignées par la loi pour me fournir des aliments. Ainsi j'ai mon conjoint, des enfants,

un ou plusieurs ascendants... A qui devrai-je m'adresser pour obtenir une pension alimentaire? La loi a négligé de résoudre cette importante question. De là de graves difficultés. L'embarras toutefois n'existe que dans le cas où les divers débiteurs de la dette alimentaire sont en état de la payer en tout ou en partie; car il est clair que, s'il n'y en a qu'un seul de solvable, il ne pourra pas être question des autres. — Les auteurs enseignent en général que les diverses classes de personnes auxquelles est imposée l'obligation alimentaire n'en sont pas tenues concurremment, mais successivement. Il y aurait donc un certain ordre à observer entre elles pour l'établissement du fardeau de la dette. Lequel? La doctrine ne fournit pas à cet égard de *criterium* certain. On admet en général cependant :

1° Que le conjoint est tenu en première ligne, car les deux époux ne font qu'un : *Erunt duo in carne una*;

2° Qu'à défaut du conjoint il y a lieu de s'adresser aux parents;

Et pour déterminer quels sont, parmi les parents, celui ou ceux qui doivent être chargés du fardeau de la dette alimentaire, il y aurait lieu d'appliquer la règle *Ubi successio est emolumentum, ibi et onus alimentorum esse debet*. Cela revient à dire que les aliments doivent être fournis par l'héritier ou par les héritiers présomptifs de celui qui les réclame. Il en résulte notamment que les ascendants ne pourront être recherchés qu'à défaut de descendants en état de payer la pension alimentaire. S'il y a plusieurs héritiers présomptifs, chacun est tenu dans la mesure de sa quote-part. Ainsi celui qui est héritier présomptif pour un quart, sera tenu de la dette alimentaire pour un quart, mais sauf à ne contribuer que proportionnellement à ses facultés.

3° Que les alliés ne sont tenus qu'à défaut de parents pouvant supporter la charge, car le lien de l'alliance est moins fort que celui de la parenté.

D'ailleurs, pour déterminer quels sont parmi les alliés celui ou ceux qui doivent être choisis, il y aurait lieu d'appliquer par analogie la règle qui vient d'être développée en ce qui concerne les parents. Ainsi les beau-père et belle-mère ne pourraient être recherchés qu'à défaut de gendres ou de brus.

Qu'on recommande au juge, à titre de conseil, de suivre ces indications doctrinales quand il n'aura pas de motifs particuliers pour s'en écarter, rien de mieux. Empruntées en grande partie à notre ancien droit, elles sont rationnelles, et à ce titre elles s'imposent dans une certaine mesure. Mais en définitive, si le juge s'en écartait, il ne violerait aucune loi, puisque la loi est muette, et sa décision n'encourrait pas la censure de la cour de cassation. Or le juge peut avoir des motifs graves pour suivre cette ligne de conduite. Voilà par exemple une personne qui est dans le besoin; elle a encore son père, et en outre un fils; le fils pourrait à la rigueur fournir une pension alimentaire, mais, comme il a des ressources médiocres et de nombreuses charges de famille, la pension sera pour lui très onéreuse; le père au contraire a une fortune très considérable, il n'a pas d'ailleurs de charges. Pourquoi donc le juge ne pourrait-il pas condamner le père à payer la dette alimentaire par préférence au fils? Ou bien encore c'est une personne qui a deux enfants: l'un est riche, l'autre est dans une situation gênée. On conçoit à merveille que le juge mette la pension pour le tout à la charge de l'enfant le plus riche. C'est peut-être bien précisément parce que les faits exercent nécessairement ici une influence considérable sur les décisions à rendre, *ea res facti magis quam juris est*, que le législateur s'est

abstenu de tracer aucune règle, laissant tout à la prudence du juge qui, à défaut de loi, devient ici un ministre d'équité. Cpr. Cass., 17 mars 1856, D., 56. 1. 251.

N° 3. Comment doit être acquittée la dette alimentaire.

598. Le paiement de la dette alimentaire s'exécute régulièrement au moyen de la prestation d'une *pension* en argent. Arg. art. 210 et 211. Exceptionnellement l'obligation alimentaire peut être acquittée *en nature* dans les cas où la loi autorise ce mode de prestation. Celui qui doit les aliments reçoit alors celui à qui ils sont dus, l'ALIMENTAIRE, *à son feu et à sa table*, suivant l'expression de Pothier.

* **599.** Vu le silence des textes, le juge ne peut pas, sauf peut-être dans le cas où les circonstances démontreraient que le débiteur cherche à se soustraire par des moyens frauduleux au paiement de la pension, l'obliger à fournir au créancier des garanties, telles qu'une caution ou le dépôt d'une somme d'argent.

Il y a un cas dans lequel la loi pourvoit elle-même à la sûreté du créancier de la dette alimentaire. Lorsque le débiteur possède des immeubles, le jugement qui le condamne au paiement de la pension alimentaire emporte hypothèque générale sur tous ces immeubles. Arg. art. 2123.

Dans cette hypothèse, si le débiteur tombe en faillite ou en déconfiture, ses créanciers seront-ils obligés de respecter l'hypothèque judiciaire, dans la mesure où elle est nécessaire pour assurer le service de la pension alimentaire dans l'avenir? Non. En effet le débiteur est aujourd'hui dans une situation telle qu'il ne peut plus payer la pension; il y a donc lieu pour lui d'en obtenir la décharge (arg. art. 209). S'il ne veut pas la demander, ses créanciers la demanderont de son chef (arg. art. 1166), et, une fois qu'elle aura été prononcée par la justice, l'hypothèque judiciaire tombera. Autrement il arriverait qu'une personne, à laquelle il ne reste plus rien pour vivre, verrait une partie de son patrimoine demeurer affectée à la garantie de la pension alimentaire au paiement de laquelle elle a été condamnée. Ses créanciers, qui ont pu la dépouiller des biens dont le revenu la faisait vivre, ne pourraient pas la dépouiller de ceux dont le revenu assure l'existence de l'alimentaire. Double résultat impossible à admettre.

600. Cas exceptionnels où la loi autorise le paiement de la pension alimentaire en nature : « *Si la personne qui doit fournir des aliments justifie qu'elle ne peut payer la pension alimentaire, le tribunal pourra, en connaissance de cause, ordonner qu'elle recevra dans sa demeure, qu'elle nourrira et entretiendra celui auquel elle devra des aliments* » (art. 210).

Mais, dira-t-on, comment celui qui est dans l'impossibilité de payer la pension alimentaire en argent pourra-t-il la payer en nature? Souvent le paiement en nature sera beaucoup moins onéreux pour le débiteur que le paiement en argent. Une personne de plus chez lui, à son feu et à sa table, pourra ne pas augmenter beaucoup la dépense générale de sa maison, tandis que le paiement d'une pension en argent, même modique, serait peut-être la source d'une très grande gêne pour lui.

« *Le tribunal prononcera également si le père ou la mère qui offrira de recevoir, nourrir et entretenir dans sa demeure, l'enfant*

» à qui il devra des aliments, devra dans ce cas être dispensé de payer la pension alimentaire » (art. 211).

Ce texte, comparé avec le précédent, nous révèle une différence importante entre le père ou la mère et les autres débiteurs de la dette alimentaire, au point de vue du paiement en nature de cette dette. Un débiteur autre que le père ou la mère, ne peut être autorisé par le juge à payer la dette alimentaire en nature, qu'au cas d'impossibilité constatée de la payer en argent. Au contraire, le juge peut — c'est une simple faculté pour lui (1) — autoriser, sur sa demande, le père ou la mère à fournir en nature à son enfant les aliments qu'il lui doit, alors même qu'il ne justifie pas de l'impossibilité de payer cette pension en argent. Cette différence s'explique aisément. Il n'y a rien d'humiliant pour un fils à venir s'asseoir à la table de son père ; quand le père et le fils vivent ensemble, il est naturel que celui-ci occupe dans la maison une situation subordonnée et dépendante. La proposition du père de recevoir son fils chez lui, à son feu et à sa table, n'a donc en général rien que de très acceptable, et les juges pourront l'accueillir favorablement toutes les fois qu'ils n'auront pas de motifs pour craindre que le fils ne soit maltraité dans la maison paternelle. Dans tous les autres cas, une telle proposition est de nature à froisser l'amour-propre de celui qui réclame les aliments. Souvent d'ailleurs, si elle était acceptée, elle serait la source de bien des querelles de famille. La loi a eu raison de les prévenir en décidant que, sauf le cas d'impossibilité constatée, la pension alimentaire doit être payée en argent.

La disposition de l'art. 211, constituant une exception au droit commun, d'après lequel la pension alimentaire se paie en argent, nous semble devoir, à ce titre, être interprétée restrictivement. Il n'y aurait donc pas lieu, contrairement à l'opinion de plusieurs auteurs, qui se fondent sur une raison d'analogie, d'appliquer l'art. 211 au cas où la pension alimentaire serait due par un aïeul à son petit-fils, ni à plus forte raison par un beau-père ou une belle-mère à son gendre ou à sa bru.

N° 4. Comment se détermine le montant de la dette alimentaire.

601. Quand les parties peuvent se mettre d'accord, elles fixent le montant de la dette alimentaire comme elles l'entendent ; dans le cas contraire, la justice intervient pour régler le différend. C'est à cette dernière hypothèse que se réfère l'art. 208, ainsi conçu : « *Les aliments ne sont accordés que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame, et de la fortune de celui qui les doit* ».

La loi établit donc une double base pour le règlement de la pen-

(1) Le juge jouit à cet égard d'un pouvoir souverain d'appréciation. Cass., 23 janv. 1803, D., 53. 1. 164.

sion alimentaire, savoir : le besoin de celui qui réclame les aliments, et la fortune de celui qui les doit.

602. PREMIÈRE BASE. *Besoin de l'alimentaire.* — Le juge devra apprécier ce besoin d'après les circonstances; il aura principalement égard à l'âge, à l'état de santé et à la position sociale de l'alimentaire.

Ne doit pas être considéré comme étant dans le besoin, et par suite n'a pas droit à des aliments, celui qui est en mesure de se procurer des ressources par un travail en rapport avec sa condition sociale. Tout au plus le juge pourrait-il, en pareil cas, accorder au réclamant une pension provisoire pour lui permettre de vivre jusqu'à ce qu'il ait trouvé un emploi. La solution contraire aurait pour résultat d'accorder une prime à la paresse et à l'oisiveté. En ce sens il convient de dire avec la Glose : *Qui non laborat nec manducet.*

Faut-il que celui qui réclame des aliments soit réduit à un état complet de dénûment, pour que sa demande puisse être favorablement accueillie ? Les aliments doivent-ils être refusés à celui qui peut vivre quelque temps encore aux dépens de son capital, ou bien à celui qui peut se procurer un revenu suffisant, soit en plaçant ses biens à rente viagère, soit en transformant sa fortune, en vendant par exemple des biens improductifs pour les remplacer par des biens qui donneront un revenu ? Autant de questions que la loi n'a pas résolues, et qu'elle a peut-être bien fait de ne pas résoudre ; car ce sont là questions de fait plutôt que de droit. Ce qu'on peut dire, c'est qu'en principe les aliments doivent être refusés à celui qui peut se procurer le nécessaire avec ses propres ressources.

Notre ancien droit obligeait celui qui voulait obtenir des aliments à faire à ceux auxquels il les réclamait l'abandon de tous ses biens. Dans le silence de nos lois, cette condition ne peut pas être imposée au réclamant.

Conformément à la règle *Actori incumbit onus probandi*, le réclamant doit prouver qu'il est dans le besoin ; car c'est là une condition indispensable au succès de sa demande. Et toutefois une preuve rigoureuse ne devra pas toujours être exigée ; elle serait quelquefois impossible, par exemple si le demandeur prétend n'avoir aucun bien. Le réclamant devra indiquer l'état de sa fortune, déposer en quelque sorte son bilan, avec preuves à l'appui dans la mesure du possible, et sauf au défendeur à contester ses affirmations et à prouver qu'il dissimule une partie de ses ressources, preuve qui, si elle est faite, ne disposera pas le juge en faveur du réclamant. — La majorité des auteurs décide que le réclamant n'a aucune preuve à faire. Cette solution paraît beaucoup trop absolue.

603. DEUXIÈME BASE. *Fortune de celui qui doit les aliments.* — La charge doit être proportionnée aux forces de celui qui la supporte. Il pourra donc arriver que la personne qui réclame des aliments n'obtienne qu'une pension insuffisante eu égard à ses besoins. Pour faire vivre celui qui réclame des aliments, il ne faut pas condamner celui auquel ils sont réclamés à mourir de faim.

604. Après variations, la doctrine et la jurisprudence paraissent aujourd'hui d'accord pour décider que la dette alimentaire n'est ni solidaire ni indivisible.

La dette alimentaire n'est pas solidaire (1). En effet il résulte de l'art. 1202 que la soli-

(1) Paris, 26 avril 1892, D., 93. 2. 175. Une dette est solidaire, lorsque, étant due par plusieurs débiteurs, chacun peut être poursuivi pour le tout, sauf son recours contre les autres (art. 1200 et 1213). Cpr. *supra* n. 582.

darité ne peut être établie que par la volonté des parties ou par la loi. La dette alimentaire étant créée par la loi et non par la volonté des parties, il ne peut être question que d'une solidarité légale ; or il n'y a pas de texte établissant ici la solidarité ; donc la dette alimentaire n'est pas solidaire.

La dette alimentaire n'est pas non plus indivisible. En effet, aux termes de l'art. 1217 : « L'obligation est divisible ou indivisible selon qu'elle a pour objet une chose qui dans sa livraison, ou un fait qui dans l'exécution, est ou n'est pas susceptible de division, soit matérielle, soit intellectuelle ». Or la dette alimentaire a pour objet une somme d'argent, destinée à subvenir aux besoins de l'alimentaire, et rien n'est plus divisible qu'une somme d'argent. — On objecte que l'obligation alimentaire n'est pas susceptible de division dans son exécution, parce qu'on ne peut pas faire vivre une personne pour partie : *nemo pro parte vivere potest*. Dumoulin a déjà réfuté cette objection il y a plusieurs siècles. Il dit : *Quamvis enim quis pro parte vivere non possit, tamen alimenta dividua sunt, id est, res quibus alimur pro parte sive ab uno sive a pluribus præstari possunt, ut natura et experientia docent*. D'ailleurs l'art. 208 reconnaît la divisibilité de la dette alimentaire, puisqu'il autorise le tribunal à ne condamner le débiteur que jusqu'à concurrence de ses facultés : d'où il pourra résulter que celui auquel les aliments sont dus n'obtiendra qu'une partie de ce qui lui est nécessaire pour vivre. Cpr. Cass., 11 février 1889, S., 89. 1. 201, D., 89. 1. 316.

605. C'est la justice aussi qui fixe, en cas de contestation, le mode de paiement de la pension alimentaire. Ordinairement les tribunaux ordonnent qu'elle sera payée d'avance et par quartiers. Ils peuvent ordonner aussi que la pension sera *portable*, et non *quéérable*. La pension est *portable* quand le débiteur doit en porter les arrérages au domicile du créancier ; elle est *quéérable* quand le créancier doit en venir *quéérir* ou chercher les arrérages au domicile du débiteur : c'est le droit commun (art. 1247 al. 2).

606. Les deux éléments sur lesquels la loi ordonne au juge de se baser pour déterminer le *quantum* de la pension alimentaire, savoir le besoin de celui à qui les aliments sont dus et la fortune de celui qui les doit, étant essentiellement variables, il en résulte que la fixation de cette pension n'est jamais irrévocable. Le juge qui a fixé le montant de la pension alimentaire peut donc, sur la demande des intéressés, modifier sur ce point sa sentence, à raison des changements survenus dans la situation respective des parties. C'est ce qui résulte de l'art. 209 : « *Lorsque celui qui fournit ou celui qui reçoit des aliments est remplacé dans un état tel, que l'un ne puisse en donner, ou que l'autre n'en ait plus besoin, en tout ou en partie, la décharge ou réduction peut en être demandée* ».

Autre chose est la *décharge*, autre chose la *réduction*, et la loi a tort par conséquent de nous présenter ces deux mots comme synonymes quand elle dit : *la décharge ou réduction* ; il aurait fallu dire : *la décharge ou LA réduction*.

Il y a lieu à décharge lorsque le besoin de l'alimentaire a complètement cessé (par exemple s'il lui est survenu une fortune suffisante pour subvenir à tous ses besoins), ou lorsque les ressources

de celui qui doit les aliments ont tellement diminué qu'il lui est impossible désormais de payer la pension alimentaire même pour partie. Le tribunal doit dans ces deux cas *décharger* le débiteur de la pension, c'est-à-dire l'en libérer complètement pour l'avenir.

La réduction au contraire est une décharge partielle, que le débiteur des aliments a le droit d'obtenir lorsqu'une diminution survenue dans sa fortune ne lui permet plus de payer une pension aussi élevée, ou lorsque, les besoins de l'alimentaire ayant diminué, sans cesser cependant d'exister, une pension aussi forte ne lui est plus nécessaire.

Bien que notre article ne parle que de décharge ou de réduction, on admet sans difficulté que celui auquel les aliments sont dus pourrait demander une augmentation dans le chiffre de sa pension alimentaire, soit parce que son besoin aurait augmenté, soit parce que les ressources de celui qui doit la pension alimentaire seraient devenues plus considérables.

Cette circonstance, que le chiffre de la pension alimentaire, due en vertu des art. 205 et s., aurait été fixé par une convention ou par une transaction, ne ferait pas obstacle à une demande en diminution, décharge ou augmentation de la pension, s'il survenait dans la situation des intéressés quelque changement de nature à motiver cette demande. Les parties doivent être considérées comme ayant arrêté le chiffre de la pension alimentaire en vue de l'état de choses existant à l'époque où elles ont fait ce règlement, ce qui imprime à cette fixation le même caractère qu'à celle faite par la justice, c'est-à-dire un caractère essentiellement provisoire.

* Au contraire, la pension alimentaire constituée à titre gratuit par donation entre vifs ou testamentaire est irrévocable. Du moins elle ne pourrait être révoquée que pour les causes autorisées par la loi. V. art. 953 et s., 1046 et 1047.

607. En règle générale, les torts que le réclamant peut avoir eus envers celui auquel il demande des aliments, quelque graves qu'ils soient, ne peuvent pas être invoqués comme une fin de non-recevoir contre sa demande. Un père ne serait donc pas fondé à refuser des aliments à son fils, parce que celui-ci se serait marié contre son gré. Bien plus, le père devrait en pareil cas des aliments, non seulement à son fils, mais encore à sa bru et aux enfants du mariage. Et toutefois les tribunaux devront, en pareil cas, fixer le chiffre de la pension alimentaire, de manière à ne pas accorder indirectement une dot à l'enfant auquel son père en a refusé une, précisément peut-être parce qu'il contractait un mariage contraire à ses vues.

A plus forte raison les aliments seraient-ils dus au fils, auquel son père n'aurait pas d'autre reproche à adresser que celui d'avoir dissipé sa dot.

On admet cependant en général que les aliments devraient être refusés à celui qui se serait rendu coupable envers la personne à laquelle il les demande de l'un des faits d'indignité prévus par l'art. 727-1^o et 2^o. En effet le législateur paraît considérer ces faits comme entraînant la rupture du lien de parenté (et à plus forte raison d'alliance), puisqu'à ses yeux ils sont assez graves pour entraîner la perte du droit de succession, l'un des plus considérables parmi ceux que la loi attache à la parenté.

608. Le droit aux aliments est exclusivement attaché à la personne de celui à qui la loi l'accorde; il s'éteindra donc avec lui, et ne passera pas à ses héritiers en cette qualité. Ce droit est en effet basé, d'une part sur la qualité du titulaire, d'autre part sur son

besoin, deux choses intransmissibles aux héritiers. Toutefois les héritiers de l'alimentaire décédé pourraient exiger les arrérages échus, non payés du vivant de leur auteur et que celui-ci n'avait pas perdu le droit de réclamer. Le droit aux termes échus était définitivement acquis à l'alimentaire; il était entré dans son patrimoine, et doit passer avec lui à ses héritiers.

609. La créance alimentaire est donc intransmissible par voie de succession. La dette alimentaire l'est-elle aussi? En d'autres termes, les héritiers ou autres successeurs universels de celui qui doit les aliments seront-ils tenus *en cette qualité* de la dette alimentaire après la mort de leur auteur? Nous disons *en cette qualité*; car il est bien clair qu'ils peuvent en être tenus personnellement, s'ils sont du nombre de ceux auxquels la loi l'impose : par exemple, après ma mort, mes enfants, qui sont mes héritiers, doivent en qualité de petits-fils des aliments à mon père, leur aïeul. La question ne se pose donc que pour les héritiers qui ne sont pas tenus personnellement de l'obligation alimentaire. Ainsi un petit-fils sert une pension alimentaire à son aïeul paternel; le petit-fils meurt, laissant un frère utérin qui recueille toute la succession au préjudice de l'aïeul (art. 750 et 752); ce frère sera-t-il tenu, en sa qualité d'héritier, de fournir des aliments à l'aïeul?

Après variations, la jurisprudence paraît aujourd'hui s'être fixée dans le sens de l'intransmissibilité de l'obligation alimentaire aux héritiers du débiteur (Besançon, 8 juillet 1879, D., 80. 2. 142, S., 80. 3. 299). Au point de vue des principes, cette solution repose sur un terrain très solide. L'obligation alimentaire est fondée sur un devoir de piété, qui dérive du lien de la parenté ou de l'alliance; elle doit donc être aussi intransmissible que sa cause. L'héritier de celui qui devait des aliments succède-t-il au titre de parent ou d'allié et au degré de la parenté ou de l'alliance, à raison desquels le défunt était tenu de l'obligation alimentaire? Non, évidemment. Eh bien! alors il ne doit pas succéder à l'obligation alimentaire qui en était une charge. Voilà ce que nous dit le bon sens; aussi était-ce la solution admise par le droit romain.

Dans la pratique, la question se présentait surtout pour la succession du conjoint prédécédé. Cette succession était-elle tenue envers le survivant de l'obligation alimentaire dont le défunt était tenu pendant sa vie? La solution négative donnée par la jurisprudence était conforme à la rigueur des principes, nous venons de le dire, mais elle n'était guère satisfaisante au point de vue humanitaire, et c'est avec raison croyons-nous que la loi du 9 mars 1891 a modifié sur ce point notre législation, en accordant au conjoint survivant une créance d'aliments contre la succession du prédécédé. V. *supra* n. 589 *bis et ter*.

* **610.** Je suis créancier d'une personne à laquelle je serai tenu de fournir des aliments si elle tombe dans le besoin; je saisis ses biens pour obtenir mon paiement; peut-elle m'opposer ce que les commentateurs du droit romain appelaient le *bénéfice de compétence* et obtenir ainsi de n'être poursuivie que *in id quod facere potest* et de conserver ce qui lui est nécessaire pour vivre, *ne egeat*? Non. De ce que je dois des aliments à quelqu'un, il n'en résulte pas que je sois tenu de lui laisser de quoi vivre. Je puis tout lui prendre, si c'est nécessaire pour me payer, sauf à lui fournir ensuite une pension alimentaire dans le cas où son travail ne lui suffirait pas pour vivre. Il faudrait un texte formel pour limiter les droits d'un créancier à l'égard de son débiteur auquel il doit des aliments, et ce texte n'existe pas. Un fils créancier de son père pourra donc agir contre lui comme il le pourrait contre le premier venu; il pourra le poursuivre *usque ad saccum et peram*. C'est une impiété! mais notre loi la tolère.

En aucun cas d'ailleurs, celui qui est tenu de fournir des aliments ne peut être obligé de payer les dettes de l'alimentaire, du moins celles qu'il aurait contractées pour une cause autre que les aliments.

* **610 bis.** Terminons en faisant observer qu'à raison de leur caractère particulier de nécessité, les pensions alimentaires adjugées en vertu des dispositions de la loi sont insaisissables (art. 581-2° C. pr.), sauf pour cause d'aliments (art. 582 C. pr.) : par exem-

ple pour une fourniture de subsistances. Il s'ensuit que ces mêmes pensions alimentaires ne sont pas susceptibles de compensation légale (art. 1293-3°). Sont-elles cessibles? L'affirmative a été jugée par un arrêt de la cour de Bordeaux du 17 mars 1891, D., 91. 2. 179 (la cour argumente de l'art. 1598), et la négative par un arrêt de la cour de Paris du 11 mai 1892, D., 92. 2. 339. Peut-être y a-t-il lieu de distinguer. La cession est certainement valable, quand elle ne constitue qu'une délégation d'arrérages en vue de payer des fournitures de subsistances faites à l'alimentaire, d'une manière générale, quand la cession ou délégation d'arrérages est faite en vue d'assurer la subsistance de l'alimentaire. Mais il serait difficile d'en dire autant de la cession en bloc du droit à la pension.

Supposons que l'usufruit d'un titre de rente ait été donné par testament à une personne à titre alimentaire et avec cette clause que l'usufruit sera incessible et insaisissable. L'usufruitier ne pourra pas valablement céder les arrérages à échoir de son titre, et par suite, il ne pourra pas valablement donner ce titre en nantissement; car le nantissement d'un titre de rente implique la cession au créancier du droit de toucher les arrérages, à la charge de les imputer sur les intérêts ou même sur le capital de sa créance. Arg. art. 2081. Douai, 17 janvier 1885, S., 85. 2. 172.

610 ter. Aux termes de l'art. 6-4° de la loi du 25 mai 1838, les juges de paix connaissent sauf appel... « des demandes en pension alimentaire n'excédant pas 150 fr. par » an, et seulement lorsqu'elles seront formées en vertu des articles 205, 206 et 207 du » code civil ». Cette compétence particulière s'applique à la demande d'aliments formée par le conjoint survivant sur la succession du prédécédé, car ces aliments sont dus en vertu de l'art. 205 (addition de la loi du 9 mars 1891). Au-dessus de 150 fr. les demandes d'aliments sont de la compétence du tribunal civil.

CHAPITRE VI

DES DROITS ET DES DEVOIRS RESPECTIFS DES ÉPOUX

611. Les droits *respectifs* des époux, c'est-à-dire les droits de l'un à l'égard de l'autre, dérivent de leurs devoirs respectifs.

Il y a des devoirs communs aux deux époux; d'autres sont particuliers à chaque époux.

§ I. Des devoirs communs aux deux époux.

612. « Les époux se doivent mutuellement *fidélité, secours, assistance* », dit l'art. 212.

N° 1. Du devoir de fidélité.

613. La violation la plus grave du devoir de fidélité constitue l'*adultère* (de *ad alterum, ad alteram*).

Les Romains désignaient quelquefois l'adultère sous le nom de *maiores mores*, par opposition aux autres violations du devoir de fidélité (*cetera omnia*) qui étaient comprises sous la dénomination de *minores mores*.

Notre loi établit contre l'adultère une double sanction, savoir une sanction civile et une sanction pénale.

a. — La sanction civile consiste en ce que l'adultère commis par l'un des époux peut servir de fondement pour l'autre à une

demande en divorce ou en séparation de corps. Nous reviendrons sur ce point.

b. — La sanction pénale est écrite dans les art. 337 et 339 du code pénal. De la comparaison de ces deux articles, il ressort :

1° Que l'adultère de la femme est puni plus sévèrement que celui du mari : peine de l'emprisonnement dans un cas, simple amende dans l'autre ;

2° Que tout adultère de la femme, quel que soit le lieu où il a été commis, et alors même qu'il constituerait un fait isolé, donne lieu à l'application de la peine édictée par l'art. 337 ; tandis que l'adultère du mari n'entraîne la répression pénale de l'art. 339 qu'autant qu'il est accompagné de cette circonstance aggravante, que le mari a tenu sa concubine dans la maison conjugale ; de sorte que l'adultère, ou la série d'adultères commis par le mari en dehors de la maison conjugale, et même l'adultère dont il s'est rendu coupable accidentellement dans cette maison avec une femme qu'il n'y entretient pas, échappent à toute répression pénale.

Les rigueurs de la loi pénale sont donc plus grandes pour la femme adultère que pour le mari qui se rend coupable du même délit. Quelle en est la raison ? En supposant que l'adultère du mari soit aussi répréhensible que celui de la femme au point de vue moral, il l'est certainement moins au point de vue social, dont le législateur, ici comme ailleurs, s'est surtout préoccupé. En effet l'adultère de la femme peut donner le jour à des bâtards, qui s'introduiront dans la famille du mari, prendront son nom, et viendront un jour usurper sa succession ; tandis que les enfants auxquels pourra donner naissance l'adultère du mari n'entreront pas dans la famille de la femme.

Ce motif, qui justifie tant bien que mal les deux différences signalées jusqu'ici entre l'adultère du mari et celui de la femme, paraît tout à fait insuffisant pour justifier les trois différences suivantes, qui cependant sont consacrées par notre loi :

1° Le complice de la femme adultère est punissable (C. pén., art. 338) ; au contraire la complice du mari adultère ne l'est pas en cette qualité ;

2° Le meurtre commis par le mari sur la personne de sa femme et sur celle de son complice, au moment où il les surprend en flagrant délit, *in ipsa turpitudine*, est excusable (C. pén., art. 324 al. 2). La loi n'admet pas la même excuse pour le meurtre que commettrait la femme sur la personne de son mari, qu'elle surprend en flagrant délit, ou sur celle de sa complice. Aux yeux de la loi, dit Taulier, les femmes n'ont pas le droit d'avoir de telles susceptibilités !

3° Enfin le mari peut faire grâce à sa femme condamnée pour cause d'adultère (C. pén., art. 337 al. 2) ; le même droit au contraire n'appartient pas à la femme à l'égard du mari.

Sur un point cependant, la loi fait la même situation aux deux époux : le ministère public ne peut poursuivre l'adultère de l'un que sur la plainte de l'autre (C. pén., art. 337 et 339).

Le divorce met fin pour chaque époux au droit de dénoncer l'adultère de l'autre, non seulement, ce qui est bien évident, à raison de faits postérieurs au divorce, mais aussi à raison de faits antérieurs. En effet la loi n'accorde le droit de former une plainte qu'au *mari* (art. 336 C. pén.) ou à la *femme* (art. 339 du même code) ; or cette qualité ne leur appartient plus après le divorce. Cpr. tribunal de Grenoble, 14 novembre 1888, S., 89. 2. 70, Limoges, 26 novembre 1887, D., 89. 2. 40, et *infra* n. 721.

N° 2. Du devoir de secours.

614. Le secours consiste dans la prestation en nature ou en argent des choses nécessaires à la vie. En disant que les époux se doivent mutuellement secours, la loi établit entre eux l'obligation alimentaire.

Régulièrement les époux vivent ensemble, et leurs revenus respectifs servent, avec les produits de leur travail ou de leur industrie, au soutien des charges du mariage, comprenant la nourriture et l'entretien des époux. Dans ces conditions, il ne saurait être question d'une pension alimentaire à payer par l'un des époux à l'autre. L'obligation de payer une semblable pension suppose la cessation de la vie commune entre les époux. Elle apparaît dans les hypothèses suivantes :

1° *Au cas de séparation de corps.* — Une jurisprudence constante reconnaît que l'obligation alimentaire entre époux survit à la séparation de corps, qui relâche seulement le lien du mariage sans le briser. L'époux sans ressources pourra obtenir que son conjoint soit condamné à lui payer une pension alimentaire (*infra* n. 788).

2° *Quand le mari refuse de recevoir sa femme au domicile conjugal.* — Le mari est tenu, aux termes de l'art. 214 : **1°** de recevoir sa femme ; **2°** de lui fournir tout ce qui lui est nécessaire pour les besoins de la vie, suivant ses facultés et son état. Si l'on manque de moyens directs pour assurer l'exécution de la première obligation, il n'en est pas de même de la seconde. Le mari, qui refuse de recevoir sa femme, et de la nourrir et entretenir à son domicile, devra être condamné à lui payer une pension alimentaire ;

3° *Quand le mari force sa femme à quitter le domicile conjugal, par les mauvais traitements qu'il lui fait subir ou par l'une des causes indiquées *infra* n. 618-3°.* Il devra être condamné à payer une pension alimentaire à la femme sur sa demande, comme dans l'hypothèse précédente.

Souvent en pareil cas le mari, pour échapper à la condamnation qui le menace, allègue qu'il est prêt à recevoir sa femme, qu'elle n'a par conséquent qu'à réintégrer le domicile conjugal. Mais cette fin de non-recevoir ne doit pas être admise, quand il est avéré que le mari rend la vie en commun impossible. L'obligation pour la femme d'habiter avec son mari est corrélatrice de l'obligation imposée à celui-ci de la recevoir et de la traiter convenablement ; donc elle n'est pas obligée de remplir son obligation si le mari ne remplit pas la sienne.

Cette solution est contestée. La femme, dit-on, est tenue d'habiter avec son mari (art. 214) : elle ne peut être légalement affranchie de cette obligation que par la séparation de corps, mais elle n'a pas le droit de s'y soustraire elle-même, sous prétexte que son mari la maltraite. Que la femme demande donc la séparation de corps ; une fois qu'elle l'aura obtenue, le juge lui accordera sans difficulté une pension alimentaire. — Il faut répondre que c'est un droit pour la femme, et non une obligation, de demander la séparation de corps, quand elle est maltraitée par son mari. D'ailleurs la loi voit la séparation de corps d'un œil défavorable, et on irait en sens contraire de ses vues, en forçant la femme à la demander pour obtenir justice. Enfin il n'y a pas à craindre d'abus dans la pratique ; car les juges, auxquels la femme adressera la demande d'une pension alimentaire, ne manqueront pas de vérifier s'il est exact, comme elle l'affirme, que les mauvais traitements de son mari lui rendent intolérable le séjour au domicile conjugal.

615. Quelquefois deux époux se séparent volontairement, et conviennent ensemble d'une pension que le mari s'engage à payer à la femme. Il est certain qu'une pareille convention est nulle et de nul effet, comme dérogeant à une loi d'ordre public, à l'art. 214 qui oblige les époux à habiter ensemble (arg. art. 6). A une époque quelconque, l'un des conjoints pourra donc refuser d'exécuter la convention, et réclamer les droits que lui confère son titre d'époux.

N° 3. Du devoir d'assistance.

616. L'assistance consiste dans les soins personnels, que l'un des conjoints doit à l'autre en cas de maladie. *Assistance* vient de *sistere ad*. Comme on l'a fort bien dit, le secours vient de la bourse, *ex arca* ; l'assistance vient du cœur, *ex virtute*. — Le refus d'assistance pourrait, suivant les cas, constituer une injure grave, susceptible de servir de base à une demande en séparation de corps ou même en divorce.

§ II. Des devoirs particuliers à chaque époux.

617. « *Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari* » (art. 213). Le mariage constitue une société ; dans toute société il faut un chef ; la nature et la loi après elle donne ce titre au mari : *vir caput est mulieris*. De là le devoir d'obéissance imposé à la femme. *Mulieres viris suis subditæ sint*, dit saint Paul. Mais en retour de l'obéissance qu'il peut exiger de sa femme, le mari lui doit protection, et le législateur nous indique ainsi que la femme est à l'égard de son mari une alliée et non une esclave. Pour être d'une autre nature que celui de l'époux, le rôle de l'épouse dans l'association conjugale n'est pas moins important. Au mari la conduite et le souci des affaires, la gestion des intérêts communs, le soin de subvenir par son travail aux nécessités du présent et aux exigences de l'avenir. A la femme la direction du ménage, l'emploi des ressources destinées aux dépenses de la maison, le soin d'élever les enfants.

Le devoir d'obéissance entraîne comme corollaires pour la

femme l'obligation d'habiter avec son mari et l'incapacité d'accomplir les actes de la vie civile sans autorisation.

N° 1. De l'obligation imposée à la femme d'habiter avec son mari et à celui-ci de recevoir sa femme.

618. L'art. 214 établit entre les époux deux obligations qui sont la contre-partie l'une de l'autre, si bien que, quand l'un des deux refuse d'exécuter son obligation, l'autre n'est pas tenu de remplir l'obligation corrélatrice : « *La femme est obligée d'habiter avec le mari, et de le suivre partout où il juge à propos de résider : le mari est obligé de la recevoir, et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état* » (art. 214). Cpr. Cass., 16 juillet 1889, S., 90. 1. 115.

L'art. 108 établit entre les époux l'unité de domicile, l'art. 214, l'unité de résidence, et c'est au mari qu'il appartient de fixer soit le domicile, soit la résidence commune.

Obligée d'habiter avec son mari, la femme doit nécessairement « le suivre partout où il juge à propos de résider ».

Mais voilà que le mari veut aller se fixer en pays étranger; la femme devra-t-elle l'y accompagner? Le projet du code civil ne l'y obligeait pas; il portait : « Si le mari voulait quitter le sol de la République, il ne pourrait contraindre sa femme à le suivre, si ce n'est dans le cas où il serait chargé par le Gouvernement d'une mission à l'étranger exigeant résidence ». Cette disposition, conforme au sentiment de Pothier, fut supprimée dans la rédaction définitive de la loi, sur cette observation du premier consul que l'obligation pour la femme de suivre son mari est générale et absolue. Attachée à son mari par le lien le plus étroit qui puisse unir deux êtres, la femme doit partager sa fortune et suivre sa destinée.

La règle qui oblige la femme à habiter avec son mari, souffre exception dans trois cas :

1° Lorsque le mari veut mener une vie errante et vagabonde. La loi dit que la femme doit suivre son mari « partout où il juge à propos de résider ». Donc, il faut que le mari juge à propos de résider, c'est-à-dire de se fixer quelque part.

2° Lorsque l'émigration est défendue par une loi politique. Si le mari viole cette loi en allant se fixer en pays étranger, il ne peut pas forcer sa femme à la violer avec lui.

3° Si le mari maltraite sa femme ou s'il ne lui offre pas un logement convenable eu égard à ses facultés et à son état, ou s'il tient

une concubine dans la maison conjugale, ou s'il y exerce quelque profession déshonnête, ou s'il y autorise la présence de personnes qui font à la femme une situation intolérable. Pau, 8 mai 1890, S., 91. 2. 3. En effet, l'obligation pour la femme d'habiter avec son mari est corrélatrice de l'obligation imposée à celui-ci de la recevoir d'une manière digne d'elle. Si le mari ne remplit pas cette obligation, la femme ne peut pas être tenue d'accomplir la sienne.

619. Quelle est la sanction des obligations imposées à chaque époux par l'art. 214 : obligation pour la femme d'habiter avec son mari, obligation pour celui-ci de la recevoir et de la traiter maritalement? La loi est restée muette sur ce point. De là des difficultés.

On invoque en général la discussion qui s'est produite au conseil d'Etat pour soutenir que le juge a un pouvoir discrétionnaire quant au choix des moyens tendant à assurer l'observation de la loi. « Toutes ces difficultés, a dit Boulay, doivent être abandonnées aux mœurs et aux circonstances ». — Il faut s'entendre. Si l'on veut dire que, dans le silence de la loi, l'exécution des obligations imposées par l'art. 214 peut être assurée par les moyens que le droit commun autorise eu égard à la nature spéciale de ces obligations, rien de plus vrai. Mais si l'on soutient que le juge jouit ici d'un arbitraire sans limites, cette prétention paraîtrait tout à fait inadmissible. Quelqu'un voudrait-il, par exemple, reconnaître au juge le droit d'ordonner que la femme sera enfermée dans un monastère jusqu'à ce qu'elle consente à réintégrer le domicile conjugal qu'elle a déserté? ou que tous ses biens seront vendus au profit du mari si elle ne consent pas à reprendre la vie commune? Ce seraient pourtant là des moyens indirects, et certes très efficaces, d'assurer l'exécution de l'obligation imposée à la femme d'habiter avec son mari!

Sous le bénéfice de cette observation, voyons les divers moyens qui ont été proposés, soit en ce qui concerne la femme, pour la forcer à réintégrer le domicile conjugal, soit en ce qui regarde le mari, pour le forcer à recevoir sa femme.

620. *En ce qui concerne la femme*, on est à peu près d'accord, en doctrine et en jurisprudence, pour admettre que le mari a le droit de lui refuser tout secours pécuniaire, tant qu'elle persiste à demeurer éloignée du domicile conjugal; il la ramènera ainsi quelquefois en la prenant par la famine. La légalité de ce moyen n'est pas contestable. En effet l'obligation imposée au mari de fournir à sa femme tout ce qui lui est nécessaire pour les besoins de la vie, est corrélatrice de l'obligation dont est tenue la femme d'habiter

avec son mari; si elle s'y refuse, le mari est en droit de lui refuser de son côté les choses nécessaires à la vie : il ne les lui doit qu'au domicile conjugal. Paris, 22 janv. 1887. S., 91. 1. 466 (sous cass.). Cpr. Dijon, 21 janv. 1891, D., 91. 2. 349.

Le moyen qui vient d'être indiqué pourra être inefficace, si la femme est séparée de biens, soit contractuellement, soit judiciairement, auquel cas elle administre elle-même ses biens personnels, et touche ses revenus qui peuvent lui procurer des ressources suffisantes pour vivre. Il le sera encore lorsque la femme reçoit un asile ou des secours pécuniaires, soit de sa famille, soit d'un étranger. Alors s'offrent les moyens suivants dont la légalité est plus ou moins contestable.

D'abord la saisie des revenus de la femme, opérée par le mari avec autorisation de la justice. La femme se verra ainsi couper les vivres, ce qui la forcera indirectement de rentrer au domicile conjugal. — Incontestablement le mari peut saisir les revenus, et même au besoin la propriété des biens de sa femme, pour obtenir le paiement des sommes que celle-ci serait tenue de verser entre ses mains, d'après la loi (arg. art. 1448, ou en vertu de ses conventions matrimoniales, pour sa part contributive dans les dépenses du ménage (arg. art. 1537 et 1575). Mais qu'il puisse, en outre, obtenir de la justice l'autorisation de saisir les revenus des biens personnels de la femme, comme moyen de contrainte indirect pour la ramener au domicile conjugal, c'est fort difficile à admettre; car, d'après le droit commun, la saisie suppose une créance, et ne peut être exercée que dans la mesure du droit de créance. La jurisprudence admet cependant l'emploi de ce moyen, en même temps que d'un autre qui lui ressemble beaucoup et qui consiste à ordonner le séquestre des biens de la femme jusqu'à ce qu'elle ait réintégré le domicile conjugal.

Un autre moyen, préconisé par certains auteurs et consacré par quelques décisions judiciaires, consiste dans la condamnation de la femme récalcitrante à des dommages et intérêts envers le mari : tant par chaque jour de retard qu'elle mettra à réintégré le domicile conjugal (Cass., 26 juin 1879, S., 79. 1. 176). — On ne peut s'empêcher de sourire à l'idée d'un mari qui demande à être indemnisé en argent de la perte de la possession de sa femme. Comme s'il y avait là un préjudice susceptible d'une réparation pécuniaire! Il faut appeler les choses par leur nom. Sous couleur de dommages et intérêts, c'est une véritable amende qu'on prononce contre la femme. Est-ce par application de la règle *Nulla pœna sine lege*?

Il reste enfin le moyen suprême de la force publique. Le mari se fera autoriser par la justice à reconquérir sa femme *manu militari*, car force doit rester à la loi : deux gendarmes ramèneront au domicile conjugal l'épouse récalcitrante. La force publique peut être mise à la disposition du propriétaire qui veut rentrer en possession de sa chose injustement détenue par un tiers; pourquoi le mari ne pourrait-il pas user du même moyen pour reprendre sa femme? — On pourrait tout d'abord répondre : parce que la femme n'est pas une chose. Mais il y a une réponse plus topique : c'est que le moyen n'est pas en rapport avec le but à atteindre. Que demande le mari? L'exécution de l'obligation, dont sa femme est tenue, d'habiter avec lui. Or l'obtiendra-t-il par l'emploi de la force publique? Nullement; car tout le monde admet que le mari, une fois en possession de sa femme, n'a pas le droit de la tenir en chartre privée : ce serait la soumettre à une véritable contrainte par corps, et la contrainte par corps n'est possible que dans les cas exprimés par la loi (art. 2063). Il faudra donc rendre la liberté à la femme aussitôt qu'elle sera rentrée au domicile conjugal, et naturellement elle s'empressera d'en user en retournant d'où elle vient, de sorte que l'emploi de la force publique aura causé un scandale inutile. — On dit, il est vrai, que, dans certains cas, l'emploi de ce moyen offrira quelques chances de succès : peut-être la femme est-elle dominée par de mauvaises influences auxquelles elle n'a pas la force de se soustraire; une fois qu'elle en sera affranchie, il est possible qu'elle revienne à de meilleurs sentiments. — Que l'on interroge la pratique, et l'on verra combien de fois ce moyen a réussi? Quoi qu'il en soit, une jurisprudence constante en a pendant longtemps autorisé l'emploi. La jurisprudence la plus récente paraît vouloir s'établir en sens contraire. Aix, 22 mars 1884, S., 84. 2. 93.

621. *En ce qui concerne le mari qui refuse de recevoir sa femme,* il paraît certain que les tribunaux pourraient le condamner, sur la demande de la femme, à payer à celle-ci une pension alimentaire (*supra* n. 614). C'est bien le moins, si le mari refuse de recevoir sa femme dans son domicile, et de lui fournir en nature, comme il y est tenu, toutes les choses nécessaires à la vie, suivant sa condition, qu'il puisse être condamné à lui fournir l'équivalent sous forme de pension alimentaire.

Quant au point de savoir si le juge peut autoriser la femme à user de la force publique pour se faire ouvrir les portes de l'habitation de son mari, la question est connexe à celle qui vient d'être étudiée relativement à la femme, et doit être résolue d'une manière analogue.

622. Ceux qui admettent l'emploi des diverses mesures plus ou moins arbitraires dont il vient d'être parlé, soit en ce qui concerne la femme, soit en ce qui concerne le mari, reconnaissent que cet emploi est subordonné à l'autorisation préalable de la justice. Cette autorisation ne doit être accordée qu'après mise en demeure, adressée par sommation à l'époux récalcitrant, de remplir son obligation, et sur son refus.

N° 2. De l'incapacité de la femme mariée.

623. L'incapacité dont il s'agit est la seconde conséquence de la puissance maritale et du devoir d'obéissance qu'elle impose à la femme. Elle consiste en ce que la femme ne peut pas, en principe, valablement accomplir les divers actes juridiques sans une autorisation, qui régulièrement doit émaner du mari. L'incapacité de la femme mariée diffère donc grandement de celle du mineur non émancipé ou de l'interdit qui ne peuvent accomplir par eux-mêmes les actes de la vie civile. Le mineur et l'interdit ont un représentant légal, le tuteur, qui agit en leur lieu et place; la femme mariée agit elle-même, mais, pour agir valablement, elle doit être autorisée.

624. Fondement de l'incapacité de la femme mariée. — En dehors du mariage, la loi reconnaît à la femme la même capacité qu'à l'homme : avant d'être mariée, comme après qu'elle a cessé de l'être, la femme, si d'ailleurs elle est majeure et non interdite, est capable de tous les actes civils. Le mariage est donc la cause de l'incapacité de la femme. Cette incapacité ne tient pas au sexe.

Mais comment se fait-il que la femme, qui, avant le mariage et après sa dissolution, jouit de la capacité du droit commun, cesse d'être capable pendant le mariage, comme si elle était frappée d'une sorte de *capitis deminutio* ? En d'autres termes, quel est le fondement de l'incapacité de la femme mariée ? Aux termes de l'art. 213, la femme doit obéissance à son mari. L'incapacité de la femme mariée, qui consiste dans la nécessité de se pourvoir de l'autorisation maritale pour accomplir les actes juridiques, n'est

qu'un développement de cette règle. Elle a donc le même fondement que la règle elle-même. Nous l'avons indiqué au n. 617. Dans toute société ou association, dans la petite que le mariage engendre comme dans les grandes, il faut nécessairement un chef pour assurer l'unité de direction indispensable à la prospérité des intérêts communs. La loi, se conformant aux indications fournies par la nature a confié ce rôle au mari. Voilà pourquoi la femme doit obtenir son autorisation pour accomplir un acte juridique. Toutefois si le mari est interdit ou mineur, son autorisation sera remplacée par celle de la justice, qui peut aussi autoriser la femme au refus du mari si le refus de celui-ci est injuste. Cette double exception était nécessaire pour que l'autorisation maritale ne dégénérât pas en une mesure inutile ou tyrannique.

L'art. 225 confirme les vues que nous venons d'exprimer sur le fondement de l'incapacité de la femme mariée. Il accorde en effet l'action en nullité résultant du défaut d'autorisation à tous ceux qui sont intéressés à la prospérité de l'association conjugale, c'est-à-dire à la femme, au mari et à leurs héritiers. Ces vues sont aussi celles qui ont été constamment exprimées dans la préparation et la discussion de la loi sur la séparation de corps du 6 février 1893.

625. L'incapacité de la femme mariée commence avec le mariage. Sous l'empire du code civil elle ne pouvait prendre fin qu'avec lui ; elle survivait donc à la séparation de biens judiciaire et même à la séparation de corps. Mais, sur ce dernier point, la loi du 6 février 1893 a innové, en restituant à la femme séparée de corps l'exercice de sa capacité civile (*infra* n. 790 bis).

L'incapacité de la femme mariée existe, quel que soit le régime matrimonial adopté par les époux. Toutefois ce régime n'est pas sans influence sur l'incapacité de la femme, telle qu'elle est déterminée par les textes que nous allons étudier, en ce sens qu'il peut suivant les cas l'augmenter ou la diminuer.

I. *Etendue de l'incapacité de la femme mariée.*

626. L'incapacité de la femme mariée est générale. Elle s'applique en principe à tous les actes juridiques, non seulement aux actes judiciaires, c'est-à-dire aux instances, mais aussi aux actes extrajudiciaires.

A. *Actes judiciaires.*

627. « *La femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari, quand même elle serait marchande publique, ou non commune, ou séparée de biens* ». Ainsi s'exprime l'art. 215.

L'expression *ester en jugement*, qui signifie *se présenter devant la justice, plaider*, soit en demandant, soit en défendant, est une traduction vicieuse des mots latins *stare in judicio*. *Judicium* est pris ici dans le sens d'*instance* et non pas de *jugement*; il aurait donc fallu dire *ester en justice*, et non *ester en jugement*.

Ce n'est pas le seul reproche qu'on puisse adresser à notre article. Il formule un nonsens, quand il dit que l'incapacité d'ester en justice frappe **MÊME** la femme non commune, c'est-à-dire la femme mariée sous le régime de non-communauté. En effet, ce régime étant de tous celui sous lequel la femme a le moins de droits, il était évident que la règle formulée par notre article devait s'appliquer *surtout* à la femme non commune. Au contraire le législateur a raison de dire que le principe s'applique *même* à la femme séparée de biens (par contrat ou par jugement, *lex non distinguit*), car la séparation de biens, contractuelle ou judiciaire, conférant à la femme des droits fort étendus, on aurait pu penser que l'incapacité d'ester en justice devait cesser alors pour elle, au moins dans une certaine mesure.

D'ailleurs, l'incapacité édictée par l'art. 213 étant formulée dans les termes les plus généraux, on doit en conclure qu'elle a lieu :

1° *Quelle que soit la juridiction saisie*. — Ainsi la femme a besoin d'autorisation pour plaider, même en justice de paix.

* L'autorisation maritale est-elle nécessaire à une femme pour le préliminaire de conciliation qui doit précéder l'instance? Oui; mais ce n'est pas en vertu du principe qu'elle ne peut ester en justice sans autorisation, car le préliminaire de conciliation n'est pas une instance; c'est en vertu de cet autre principe que les parties, qui figurent au préliminaire de conciliation, doivent être capables de transiger, ce préliminaire n'ayant de sens qu'autant qu'il peut aboutir à une transaction; or la femme mariée n'est pas capable de transiger sans autorisation (arg. art. 217).

2° *Quel que soit le rôle de la femme dans l'instance*. — Donc aussi bien lorsqu'elle est demanderesse que lorsqu'elle est défenderesse. Besançon, 14 mai 1890, D., 91. 2. 101.

3° *Quel que soit l'adversaire de la femme, fût-ce le mari*.

* Si la femme est défenderesse au procès, elle doit être tenue pour autorisée tacitement, par cela seul que son mari l'attaque. Si elle est demanderesse, son mari est considéré comme l'autorisant tacitement à plaider, par cela même qu'il accepte le débat et conclut sur le fond. En ce sens, Cass., 18 mars 1878, D., 78. 1. 201, S., 78. 1. 193.

4° *Quelle que soit la nature ou l'objet de la contestation qui amène la femme devant les tribunaux*.

* L'autorisation serait nécessaire à la femme pour ester en justice, alors même qu'il s'agirait d'une contestation relative à un acte qu'elle a valablement accompli soit parce qu'elle y était autorisée, soit parce qu'elle avait le droit de le faire sans autorisation. De ce qu'elle est capable pour accomplir un acte il n'en résulte pas qu'elle soit capable de plaider, sans autorisation spéciale, sur les contestations auxquelles cet acte peut donner lieu. Ainsi la femme, séparée de biens par contrat ou par jugement, peut faire sans autorisation tous les actes relatifs à l'administration de ses biens (art. 1449 et 1536). Ce qui n'empêche pas que, si une contestation s'élève au sujet d'un acte de ce genre, valablement accompli par la femme, elle ne pourra pas ester en justice sans autorisation. De même la femme, autorisée à faire le commerce, peut accomplir sans autorisation spéciale tous les actes qui concernent son négoce, et cependant il lui faudra une autorisation spéciale pour plaider sur les contestations auxquelles ces actes pourront donner lieu. La raison en est que les procès ont toujours une certaine gravité, et à ce titre ils ont pu paraître nécessiter une protection particulière.

5° *Non seulement pour plaider en première instance, mais aussi pour plaider en appel; à plus forte raison pour se pourvoir en cassation ou pour agir par voie de requête civile.*

Il y a toutefois sur ces divers points quelque doute.

On est d'accord pour décider que, si l'autorisation a été limitée à un certain degré de juridiction, la femme a besoin d'une nouvelle autorisation pour dépasser ce degré. Ainsi la femme, autorisée à plaider en première instance, aura besoin d'une autorisation nouvelle pour plaider en appel.

On admet aussi en général que, si l'autorisation de plaider a été donnée à la femme dans les termes les plus étendus, si par exemple elle a été autorisée à suivre le procès jusqu'à la fin et à épuiser activement ou passivement toutes les voies de recours, elle n'aura pas besoin d'une nouvelle autorisation pour plaider en appel ou en cassation.... Et toutefois ce point est déjà plus douteux; car il est contestable qu'une autorisation, donnée dans des termes aussi larges, puisse être considérée comme satisfaisant à la condition de la *spécialité*. Chaque phase du procès, appel, pourvoi en cassation... constitue une instance nouvelle, et la règle de la spécialité de l'autorisation semble bien nécessiter une nouvelle autorisation pour chacune de ces instances.

Mais la question devient beaucoup plus délicate, si la femme a été simplement autorisée à plaider dans telle affaire, sans autre explication. On peut dire que l'autorisation, par cela même qu'elle n'est pas limitée à un certain degré de juridiction, est générale et s'applique à toutes les phases du procès. Mais outre que, dans cette hypothèse, comme dans la précédente, la règle de la spécialité de l'autorisation semble exiger une autorisation nouvelle pour chaque phase du procès, est-il bien vrai de dire que le mari, qui autorise sa femme à plaider dans telle affaire, entend donner une autorisation sans limites? Le contraire n'est-il pas tout aussi probable, plus probable même peut-être? En tout cas, dans le doute, ne doit-on pas être porté à incliner dans le sens de l'autorisation la moins étendue, conformément à la règle *In obscuris, quod minimum est semper sequimur*? Telle paraît être en effet l'opinion la plus plausible. La doctrine est divisée. Quant à la jurisprudence, elle incline à décider que la femme autorisée à ester en justice a besoin d'une nouvelle autorisation pour interjeter appel du jugement qui la condamne (Cass., 22 janvier 1879, D., 79. 1. 121, S., 79. 1. 273. V. cep. en sens contraire Chambéry, 19 mars 1888, S., 88. 2. 195), mais non pour défendre à l'appel du jugement qu'elle a obtenu en première instance (Cass., 25 février 1879, D. 79. 1. 158. S., 79. 1. 273).

Il est de jurisprudence que l'autorisation peut être donnée utilement à la femme pendant le cours de l'instance, et même que l'autorisation, accordée pour interjeter appel, couvre la nullité de la procédure antérieure.

628. La règle que la femme ne peut pas ester en justice sans l'autorisation de son mari (sauf à faire suppléer s'il y a lieu cette autorisation par celle de la justice), souffre un certain nombre d'exceptions. La cour de cassation a raison d'établir en principe qu'il n'y en a pas d'autres que celles qui résultent d'un texte formel. *Exceptio est strictissimæ interpretationis.*

La première exception a lieu en matière de divorce : la femme n'a pas besoin d'autorisation pour former contre son mari une demande en divorce. V. *infra* n. 696.

Ensuite, en matière de séparation de biens (C. pr., art. 865) et de séparation de corps (C. pr., art. 878), la femme n'a pas besoin pour ester en justice de l'autorisation du tribunal, mais seulement de celle du président; en outre elle n'est pas tenue de mettre préalablement son mari en demeure de l'autoriser.

Une dernière exception résulte de l'art. 216, ainsi conçu : « *L'autorisation du mari n'est pas nécessaire lorsque la femme est poursuivie en matière criminelle [ajoutez correctionnelle] ou de police* ».

Quel est le fondement de cette exception ? Il est bien évident que le cours de la justice ne peut pas être arrêté par le défaut d'autorisation de la femme contre laquelle des poursuites criminelles sont dirigées. Et comme, d'un autre côté, il n'est pas admissible que le défaut d'autorisation puisse en aucun cas priver une femme, qui est accusée, du droit de se défendre devant la justice, et que d'ailleurs en matière *criminelle* la présence de l'accusé aux débats est obligatoire, on devait tout naturellement faire fléchir la règle qui défend à la femme d'ester en justice sans autorisation. A quoi bon obliger la femme à demander une autorisation qui ne peut lui être refusée ?

Il reste à expliquer comment la femme, qui n'a pas besoin d'autorisation pour défendre à une action criminelle, a besoin d'être autorisée pour défendre à une action civile. La défense n'est-elle pas de droit naturel en matière civile comme en matière criminelle, et n'aurait-on pas dû par conséquent, quelle que soit la nature de l'action, permettre à la femme défenderesse de plaider sans autorisation ? — Il peut se faire que la femme, contre laquelle une action est intentée en matière civile, ait intérêt à transiger, si c'est possible, ou même à acquiescer purement et simplement à la prétention de son adversaire, plutôt qu'à soutenir un procès perdu à l'avance ; on conçoit donc que la loi ne lui permette pas de s'engager sans autorisation dans un débat que son intérêt bien entendu peut lui commander d'éviter à tout prix. Bien différente est la situation de la femme poursuivie en matière criminelle. D'abord, il est impossible d'empêcher que l'instance suive son cours. Et puis, si la femme n'est pas coupable, elle a intérêt à se défendre pour prouver son innocence, et si elle est coupable, elle a intérêt encore à se défendre pour obtenir une atténuation de peine.

* 629. L'art. 216 suppose la femme aux prises avec l'action publique résultant d'une infraction qu'elle a commise (argument des mots *en matière criminelle ou de police*). Mais cette infraction peut donner lieu aussi à une action civile. Si cette action est intentée contre la femme, aura-t-elle besoin d'une autorisation pour y défendre ?

L'affirmative ne paraît pas douteuse, si l'action civile est intentée contre la femme *par voie principale* devant les tribunaux civils. Nous sommes ici en dehors des termes de l'exception établie par l'art. 216 ; nous rentrons donc dans la règle, et il y a d'autant plus lieu de l'appliquer qu'on ne verrait aucun motif pour y déroger.

C'est la négative au contraire qu'il faudrait admettre, si l'action civile était intentée contre la femme devant le tribunal criminel déjà saisi de l'action publique, et incidemment à cette action. L'action civile est ici une dépendance de l'action publique, et, puisque la femme a qualité pour défendre à l'action publique sans autorisation, elle a qualité par cela même pour défendre dans les mêmes conditions à l'action civile. L'art. 359 C. I. cr. fortifie cette solution. La faculté qu'il accorde au particulier lésé par l'infraction, d'intenter l'action civile incidemment à l'action publique *jusqu'au jugement*, serait souvent illusoire, si l'action ne pouvait être régulièrement intentée que contre la femme dûment autorisée.

La question devient plus délicate au cas où l'action civile est intentée directement et principalement contre la femme devant le tribunal de police correctionnelle (C. I. cr., art. 182) ou devant le tribunal de simple police (C. I. cr., art. 145). Ce qui peut faire illusion, c'est que, l'action étant intentée devant un tribunal criminel, qui se trouve investi à la fois, et du même coup, du droit de prononcer contre la femme une condamnation

civile et une condamnation pénale, l'instance a les apparences d'une instance criminelle, et il semble par suite qu'on se trouve dans le cas de l'exception prévue par l'art. 216 : ce qui conduirait à dire que la femme peut défendre à l'action sans autorisation. Mais en y regardant de près, on voit que si la femme est poursuivie devant un tribunal criminel, elle n'est pas pour cela poursuivie *criminellement*, mais seulement civilement, car celui qui intente l'action ne conclut qu'à des réparations civiles : la femme dans l'espèce, pourra bien être *jugée* criminellement, mais elle n'est *poursuivie* que civilement, au moins tant que le ministère public n'a pas pris de conclusions ; par suite on est en dehors des termes de l'exception établie par l'art. 216 qui parle de poursuites criminelles ; on rentre donc dans la règle générale qui exige l'autorisation. D'ailleurs le mari peut avoir intérêt à empêcher à tout prix l'exercice de l'action qu'on se propose d'intenter contre sa femme, puisqu'elle peut avoir pour résultat final non seulement une condamnation civile, mais en outre une condamnation pénale. Raison de plus pour appliquer la règle tutélaire de l'autorisation, qui fournira souvent au mari le moyen de détourner le coup dont il est menacé.

En résumé, la femme n'a pas besoin d'autorisation pour défendre à l'action civile intentée devant les tribunaux criminels incidemment à l'action publique dont ils sont déjà saisis. Dans tous les autres cas, la femme ne peut, sans autorisation, défendre à l'action civile intentée contre elle.

Il va de soi que, si la femme, au lieu d'être défenderesse à l'action civile, était demanderesse, elle ne pourrait en aucun cas exercer l'action sans autorisation.

B. Actes extrajudiciaires.

630. On oppose les actes *extrajudiciaires* aux actes *judiciaires*, c'est-à-dire aux instances. L'incapacité de la femme mariée s'applique en principe aux premiers comme aux seconds.

L'art. 217 indique toute une série d'actes extrajudiciaires, et des plus importants, que la femme mariée ne peut pas accomplir sans autorisation : « *La femme, même non commune ou séparée de biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit* ».

Les mots *même non commune* méritent ici la même critique que dans l'art. 215 (*supra* n. 627).

Étudions chacun des termes de l'énumération présentée par notre article. La femme ne peut pas sans autorisation :

1° *Donner*, c'est-à-dire faire des donations entre vifs. La donation entre vifs dépouille le donateur sans compensation ; c'est l'acte qui peut le plus gravement compromettre le patrimoine : *donare est perdere*, celui par conséquent pour lequel le besoin de l'autorisation se faisait le plus impérieusement sentir. D'ailleurs, la règle s'applique aux donations de meubles comme aux donations d'immeubles. *Lex non distinguit*.

2° *Aliéner*. — Aliéner c'est faire passer sa chose dans un autre patrimoine, *rem suam alienam facere*. Il y a deux espèces d'aliénation : l'aliénation à titre gratuit, dans laquelle l'aliénateur ne reçoit rien en échange de ce qu'il donne, et l'aliénation à titre onéreux, dans laquelle l'aliénateur reçoit une contre-valeur, comme

la vente, l'échange. C'est à l'aliénation à titre onéreux que la loi fait allusion par le mot *aliéner*, puisqu'elle vient de viser l'aliénation à titre gratuit par le mot *donner*.

3° *Hypothéquer*. — L'hypothèque est un droit réel établi sur un immeuble pour assurer l'acquittement d'une obligation (art. 2114). Elle contient le germe d'une aliénation; car elle se dénouera par la saisie et la vente de l'immeuble hypothéqué, si la dette n'est pas payée : ce qui a fait dire à un de nos anciens que « l'hypothèque a le venin à la queue ». La loi devait donc l'assimiler à l'aliénation au point de vue de la nécessité de l'autorisation, d'autant plus qu'elle constitue, comme nous le verrons plus tard, un démembrement de la propriété.

4° *Acquérir à titre gratuit ou onéreux*. — On s'explique facilement que la loi ne permette pas à la femme d'acquérir à titre onéreux sans autorisation. En effet l'acquisition à titre onéreux se fait moyennant un sacrifice, et le point de savoir si l'importance de ce sacrifice ne dépasse pas le bénéfice que procurera l'acquisition demande un examen. Mais comment expliquer que la femme ne puisse pas, sans autorisation, acquérir à titre gratuit, c'est-à-dire par donation entre vifs ou testamentaire? N'est-ce pas tout profit pour elle? Répondons qu'il y a d'abord le côté moral de la donation à envisager : un mari a intérêt à connaître la cause des libéralités qu'on veut faire à sa femme; l'autorisation a paru nécessaire *turpis quæstus vitandi causa*. Même au point de vue pécuniaire, la question de savoir s'il convient d'accepter la donation peut être délicate; il faut voir si la donation n'est pas grevée de charges qui en diminuent ou même en absorbent le bénéfice. La nécessité de l'autorisation se justifie donc à un double point de vue.

L'autorisation est encore nécessaire à la femme :

a. Pour *accepter ou répudier une succession* (art. 776), car en acceptant une succession on acquiert, et en la répudiant on aliène.

b. Pour *recevoir le paiement d'une créance*; car cet acte équivaut à une aliénation de la créance.

c. Pour *payer une dette* (arg. art. 1238). En payant une dette, on aliène en effet les capitaux que l'on consacre au paiement.

631. On voit que la femme mariée est incapable d'acquérir et d'aliéner sans autorisation.

Il faut ajouter que, sans cette même autorisation, elle est incapable de *s'obliger* au moins par contrat et par quasi-contrat (*infra* n. 633). Cela résulte d'abord de l'art. 220, qui, en déclarant la femme capable de s'obliger sans autorisation dans un cas particu-

lier, donne bien à entendre qu'en règle générale l'autorisation lui est nécessaire. En outre, l'art. 1124 place la femme mariée au nombre des incapables de contracter; la femme ne peut donc valablement s'obliger par contrat sans autorisation; or le contrat est la source principale des obligations, et ce qui est vrai des obligations résultant des contrats doit l'être aussi des obligations résultant d'une autre source, car où serait la raison de la différence? *Adde* arg. art. 221, 222 et 224.

632. L'incapacité de la femme mariée se résume donc en ce qu'elle ne peut aliéner, acquérir ni s'obliger sans autorisation. Elle est capable pour les autres actes, c'est-à-dire pour tous ceux qui ne constituent ni une aliénation, ni une acquisition, ni une obligation.

C'est ainsi que la femme peut, sans autorisation :

a. — Donner ou refuser son consentement au mariage de ses enfants.

b. — Accepter les donations offertes à ces mêmes enfants (art. 935). Il y a bien ici une acquisition, mais pas pour le compte de la femme.

c. — Reconnaître un enfant naturel qu'elle a eu avant son mariage (arg. art. 337). Il ne faut pas objecter que, par cette reconnaissance, la femme s'oblige à nourrir, entretenir et élever son enfant; en effet, cette obligation résulte, non de la reconnaissance, mais du fait de la génération, que la reconnaissance se borne à constater.

d. — Faire tous les actes conservatoires de sa fortune acquise, à l'exception de ceux pour lesquels il serait nécessaire d'ester en justice, notamment : faire inscrire son hypothèque légale (art. 2139) ou une hypothèque conventionnelle, adresser des sommations à ses débiteurs, faire dresser un protêt, interrompre une prescription, faire opérer la transcription de son acte de mariage dans le cas prévu par l'art. 171, ou la transcription des donations valablement faites à son profit (art. 940), et en général toutes les transcriptions qui peuvent être nécessaires pour la conservation de ses droits.

e. — Régler les conditions de ses funérailles, conformément à la loi du 18 novembre 1887 et au décret du 27 avril 1889.

633. D'un autre côté, la règle que la femme ne peut sans autorisation ni aliéner, ni acquérir, ni s'obliger, souffre un certain nombre d'exceptions. Plusieurs sont écrites dans des textes formels. En voici l'énumération :

1° Aux termes de l'art. 226 : « *La femme peut tester sans l'autorisation de son mari* ». Il y en a deux raisons. D'abord le testament doit être l'œuvre de la seule volonté du testateur : on aurait violé ce principe en subordonnant la validité du testament de la femme à l'obtention d'une autorisation. D'autre part, le testament de la femme ne devant produire son effet qu'à sa mort, c'est-à-dire à une époque où la puissance maritale aura nécessairement cessé d'exister, ne pouvait porter aucune atteinte à cette puissance ; il n'y avait donc pas lieu d'exiger l'autorisation du mari, qui a pour principal fondement le respect dû à l'autorité maritale.

Le droit, qui appartient à la femme de faire son testament sans autorisation, entraîne celui de le révoquer.

Quelques-unes de nos anciennes coutumes ne permettaient pas à la femme de tester sans l'autorisation de son mari. Cette exigence n'avait pas sa raison d'être.

2° La femme peut, sans autorisation, révoquer les donations qu'elle a faites à son mari pendant le cours du mariage (art. 1096).

3° La femme séparée de biens par contrat ou par jugement, peut faire sans autorisation *tous les actes* relatifs à l'administration de ses biens (art. 1449 et 1536). Elle a donc pleine capacité pour s'obliger, en tant qu'il s'agit de cette administration. Le principe d'après lequel la femme mariée est incapable de s'obliger n'est donc pas absolu. On s'explique ainsi que le conseil d'Etat ait refusé de le formuler expressément en ajoutant dans le texte de l'art. 217 les mots *s'obliger*, ainsi que l'avait proposé le tribunal.

4° Aux termes de l'art. 12 du décret du 31 août 1878 *réglant la condition des transportés concessionnaires de terrains dans les colonies pénitentiaires* : « *La femme transportée qui est mariée, et à laquelle une concession provisoire ou définitive est accordée, est dispensée de l'autorisation maritale et de celle de la justice pour tous les actes relatifs à l'administration, à l'exploitation et à la jouissance de la concession, si le mari ne réside pas dans la colonie ; mais elle ne peut ni aliéner, ni hypothéquer sans l'autorisation du mari, s'il réside dans la colonie, et, s'il n'y réside pas, sans autorisation de justice* ».

Le principe que la femme ne peut pas s'obliger sans autorisation comporte d'autres exceptions qui ne sont pas écrites dans les textes. On peut les comprendre dans la formule suivante : La femme peut se trouver valablement obligée sans autorisation toutes les fois qu'il s'agit d'obligations qui prennent naissance indépendamment de la capacité personnelle de l'obligé. En effet l'autorisation a pour but de relever la femme de son incapacité ; donc elle n'est requise en matière d'obligations, que dans les cas où l'incapacité est un obstacle à la naissance de l'obligation.

Cette exception s'applique notamment :

- a. Aux obligations résultant de la loi ;
 b. A celles qui ont pour cause un délit ou un quasi-délit commis par la femme (arg. art. 1310) ;
 c. Aux obligations résultant de cette règle d'équité que personne ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. Ainsi la femme mariée, qui a emprunté de l'argent sans autorisation, sera tenue envers le prêteur dans la mesure du profit qu'elle a en définitive retiré de l'emprunt, *quatenus locupletior facta est* (arg. art. 1312).

* d. Aux obligations résultant d'un quasi-contrat dans lequel la femme a joué le rôle passif, par exemple d'un quasi-contrat de gestion d'affaire dans lequel elle figure comme maître de l'affaire. Mais la femme ne serait point obligée en vertu d'un quasi-contrat dans lequel elle aurait joué le rôle actif, par exemple celui de gérant dans la gestion d'affaire. Du moins elle ne serait obligée que dans la mesure du profit qu'elle aurait retiré de l'affaire.

II. De qui doit émaner l'autorisation.

634. Régulièrement la femme doit être autorisée par son mari. Dans certains cas exceptionnels, elle peut ou doit être autorisée par la justice.

A. De l'autorisation du mari.

635. L'autorisation du mari n'est pas autre chose que son consentement, son assentiment à l'acte que la femme veut accomplir. La loi en effet emploie ici le mot *consentement* comme synonyme d'*autorisation*, ainsi qu'on peut le voir par la comparaison des art. 217 et 219 du code civil, avec les art. 4 et 5 du code de commerce. Voyez aussi art. 934, 1426, 1449, 1535 et 1538 cbn. art. 215 à 226, 776 et 1576.

L'autorisation du mari, en ce qui concerne les actes soit judiciaires, soit extrajudiciaires, peut être expresse ou tacite. L'autorisation *expresse* est celle qui est exprimée, celle qui résulte d'une déclaration de volonté faite par le mari. L'autorisation *tacite*, celle qui s'induit de son concours à l'acte accompli par la femme : ici le mari ne dit pas qu'il autorise sa femme, mais il le prouve très clairement par sa conduite.

* Dans notre ancien droit, l'autorisation tacite du mari n'était efficace que pour les actes judiciaires. La femme, qui voulait accomplir un acte extrajudiciaire, devait nécessairement obtenir une autorisation *expresse*. Bien plus, le choix des expressions n'était pas indifférent. Il y avait des termes sacramentels : le mot *autoriser* devait nécessairement être employé, et c'est à peine si Pothier considérait le mot *habiliter* comme équivalent.

* Cette distinction de notre ancien droit entre les actes judiciaires, qui admettaient une autorisation soit expresse, soit tacite, et les actes extrajudiciaires, pour lesquels on exigeait une autorisation expresse et même donnée en termes sacramentels, n'a pas été reproduite par notre législateur, parce qu'elle n'avait aucune raison d'être. Il en est cependant resté quelques traces dans les art. 215 et 217. Ce dernier article dit positivement que, pour les actes extrajudiciaires, l'autorisation du mari peut être expresse ou tacite, tandis qu'en ce qui concerne les actes judiciaires, l'art. 215 se borne à énoncer le principe que l'autorisation du mari est nécessaire, sans dire qu'elle peut être tacite, précision qui sans doute a paru inutile, parce qu'ici l'autorisation tacite a toujours été admise.

a. Autorisation expresse.

636. L'autorisation expresse du mari doit être donnée par écrit (argument des mots *ou son consentement par écrit* de l'art. 217).

* Il résulte très certainement de ce texte que si l'autorisation maritale n'a été donnée que verbalement, la preuve de son existence ne peut pas être faite par témoins, et cela non seulement lorsqu'il s'agira de plus de 150 fr., ce qui n'est que l'application du droit commun (art. 1341), mais aussi (car la loi ne distingue pas) lorsque l'intérêt engagé ne dépassera pas 150 fr., ou lorsque, l'intérêt engagé dépassant cette somme, il y aura un commencement de preuve par écrit : ce qui est contraire au droit commun (art. 1341 et 1347). La loi prohibe donc d'une manière absolue l'emploi de la preuve testimoniale à l'effet d'établir l'existence d'une autorisation verbale. Il y en avait de bonnes raisons. L'autorisation maritale est un acte très fréquent dans la pratique, et la possibilité d'en prouver l'existence par témoins aurait pu être la source de nombreux abus. On n'aurait pas manqué dans bien des cas de se prévaloir de quelques paroles prononcées en l'air par le mari, pour soutenir qu'il avait verbalement autorisé sa femme. Le législateur a coupé court à un grand nombre de contestations en exigeant toujours une autorisation par écrit.

* Est-ce à dire que l'écriture soit requise ici comme condition de l'existence même de l'autorisation, qu'elle soit exigée *ad solemnitatem*, et non pas seulement *ad probationem*, de telle façon que l'autorisation serait inexistante si elle n'était pas constatée par écrit, conformément à la règle *Forma dat esse rei*, qui régit les actes solennels? D'où il résulterait que, en l'absence d'un écrit, l'autorisation ne pourrait pas être prouvée même par l'aveu de celui qui se prévaut du défaut d'autorisation, ou par son refus de prêter serment. Tel est l'avis de quelques auteurs qui se fondent sur la généralité des termes de l'art. 217 *in fine*. Mais de cette rigueur on ne verrait aucune raison d'être. Pour admettre que le législateur a fait de l'autorisation maritale un acte solennel, il faudrait à notre avis une disposition plus précise que celle de l'art. 217. Nous avons d'autres textes conçus dans les mêmes termes, ce sont les art. 2044 al. 2 et 2085. Le premier dit que la transaction « doit être rédigée par écrit », et le deuxième, que « L'antichrèse ne s'établit que par écrit ». Or on admet presque unanimement que ces formules ont pour but unique d'exclure, en ce qui concerne la transaction et l'antichrèse, la preuve par témoins, mais non la preuve résultant de l'aveu ou du serment. Tel doit être aussi le sens de l'art. 217. Cpr. t. III, n. 976 et 1025.

Au surplus, la loi n'ayant pas indiqué la nature de l'écrit qui doit constater l'autorisation du mari, il en résulte qu'un écrit quelconque suffirait, même une simple lettre missive.

* Il en serait ainsi, alors même que l'autorisation serait donnée à la femme pour l'habilité à accomplir un acte solennel, comme une donation (art. 931) ou une constitution d'hypothèque (art. 2127). Il est vrai que la loi exige ici, à peine d'inexistence de l'acte, que le consentement des parties soit constaté par un acte notarié, mais elle n'exige pas que la partie incapable de contracter soit habilitée dans une forme particulière.

* Après avoir donné son autorisation, le mari peut la retirer. Alors si la femme n'a pas mis à profit l'autorisation, elle sera dans la même situation que si elle n'avait jamais été autorisée ; si elle a commencé l'opération elle ne pourra plus la continuer, à moins qu'elle n'obtienne de la justice l'autorisation supplétive. Cpr. C. civ. italien de 1865, art. 10, et Bordeaux, 12 nov. 1873, S., 74. 2.193.

* **636 bis.** Pour la forme de l'acte d'autorisation maritale, lorsqu'elle est donnée au cours d'un voyage maritime, ou par un militaire soit en temps de guerre soit pendant une expédition, voyez la loi du 8 juin 1893.

b. Autorisation tacite.

637. L'autorisation tacite résulte du concours du mari dans l'acte, c'est-à-dire dans le *negotium juridicum* accompli par la

femme. Ainsi une femme emprunte de l'argent solidairement avec son mari ; ou bien les deux époux achètent conjointement un immeuble. Le concours du mari dans l'*acte*, c'est-à-dire dans l'*emprunt* dans l'*achat* auquel la femme a participé emporte autorisation tacite, parce qu'il suppose nécessairement l'approbation du mari.

Pour qu'il y ait *concours du mari dans l'acte*, il faut que le mari ait participé à l'acte accompli par sa femme, de concert avec elle, c'est-à-dire conjointement avec elle, et non séparément. Le mot *concours* indique en effet une coopération.

* Ainsi un billet contient un engagement de payer une somme d'argent, signé du mari, puis au-dessous un engagement souscrit par la femme qui déclare s'obliger, en qualité de caution de son mari, au paiement de la somme portée au billet. Il n'est pas certain que le mari ait eu connaissance de l'engagement contracté par sa femme ; car peut-être cet engagement a-t-il été souscrit après coup et hors de sa présence. En cas de contestation sur ce point, le créancier, qui soutient que l'engagement de la femme est valable en vertu de l'autorisation tacite résultant du *concours* du mari dans l'acte, devra, conformément à la règle *Probatio incumbit ei qui agit*, démontrer l'existence de ce concours. Cass., 22 févr. 1893, S., 93. 1. 182, D., 93. 1. 295. Il ne pourra en aucun cas faire cette preuve par témoins (arg. art. 1341) ; mais il pourrait la faire à l'aide de l'aveu du défendeur ou en invoquant son refus de prêter serment (*supra* n. 636).

638. L'autorisation tacite pourrait-elle résulter d'autres circonstances que le concours du mari dans l'acte accompli par la femme ? Par deux arrêts, l'un du 26 juillet 1871 (S., 71. 1. 65, D., 71. 1. 293), l'autre du 20 juin 1881 (S., 82. 1. 301, D., 81. 1. 354), la cour de cassation a résolu la question dans le sens de la négative. Ces décisions, il faut l'espérer, fixeront la jurisprudence des cours d'appel, qui jusque-là était incertaine et inclinait plutôt vers l'affirmative. C'est dans le sens de la négative aussi que la doctrine en général se prononce, et avec raison. La loi ne dit pas que l'autorisation du mari peut être tacite, ce qui permettrait au juge d'induire l'existence de cette autorisation d'un acte quelconque accompli par le mari et impliquant son assentiment ; elle dit, employant des termes presque prohibitifs, que la femme ne peut agir *sans le concours du mari dans l'acte...* (art. 217). En assignant ainsi une source unique à l'autorisation tacite, la loi donne bien à entendre qu'elle n'en admet aucune autre. Et il y avait de bonnes raisons pour le décider ainsi. L'autorisation maritale est un acte très fréquent dans la pratique ; et si elle avait pu s'induire d'un acte quelconque accompli par le mari, on aurait vu s'élever à ce sujet des contestations sans nombre. La loi a voulu les empêcher de naître, en spécifiant le fait unique d'où peut résulter l'autorisation tacite, savoir le concours du mari dans l'acte.

* C'est là une exception aux règles du droit commun, d'après lesquelles l'existence du consentement tacite peut s'induire de tout acte que les juges considèrent comme suffisamment significatif. Aussi a-t-on soutenu que, l'exception n'étant formulée par la loi que relativement aux actes extrajudiciaires (art. 217), il ne faut pas l'étendre aux actes judiciaires. Pour les actes judiciaires, l'autorisation tacite du mari pourrait donc s'induire de faits autres que son concours dans l'*acte*, c'est-à-dire dans l'*instance* où la femme est engagée. Mais il faut convenir qu'on ne verrait guère la raison d'être de cette différence. Nous doutons qu'elle ait été voulue par le législateur, et que par suite elle doive être admise.

639. L'autorisation tacite, ne pouvant résulter que du concours du mari dans l'acte, est nécessairement concomitante à l'acte.

Quant à l'autorisation expresse, on conçoit qu'elle puisse être antérieure ou concomitante ; presque toujours elle sera antérieure. Mais pourrait-elle intervenir utilement après

coup, c'est-à-dire l'acte une fois accompli? La question est mal posée; on ne comprend pas en effet une autorisation donnée après coup. *Autoriser* est ici synonyme d'*habiliter*; or se peut-il qu'on habilite quelqu'un à faire un acte qui est déjà accompli? La seule question qui puisse s'élever est celle de savoir si la nullité, résultant du défaut d'autorisation, est couverte par l'approbation que le mari donne après coup à l'acte accompli sans autorisation. L'affirmative a été soutenue. Telle était, dit-on, la solution admise dans notre ancien droit. D'ailleurs, que manque-t-il à l'acte dont il s'agit pour qu'il soit valable? L'assentiment du mari. Eh bien! à dater du jour où le mari a donné cet assentiment, l'acte est purgé du vice dont il était atteint; par suite il devient inattaquable. — Ce raisonnement serait sans réplique, si le droit d'invoquer la nullité résultant du défaut d'autorisation n'appartenait qu'au mari. Maître absolu de l'action en nullité il pourrait y renoncer soit expressément, soit tacitement en ratifiant l'acte après coup. Mais le droit d'attaquer l'acte nul pour défaut d'autorisation appartient aussi à la femme (art. 225) et le mari ne peut pas la priver de ce droit. Il y a deux actions en nullité, l'une accordée au mari, l'autre à la femme. Le mari ne peut renoncer qu'à celle qui lui appartient. La ratification donnée par le mari à l'acte ne couvrira donc que son action en nullité; elle demeurera sans influence sur l'action en nullité de la femme. On a encore fait remarquer en faveur de notre solution, que la rédaction primitive de l'art. 217 contenait un alinéa ainsi conçu : « Le consentement du mari, quoique postérieur à l'acte, suffit pour le valider ». Or cet alinéa a disparu de la rédaction définitive. — La jurisprudence est en ce sens (Cass., 18 avril 1893, Gaz. des trib. du 6 mai 1893); la doctrine est divisée.

B. De l'autorisation de la justice.

1. Dans quels cas il y a lieu à cette autorisation.

640. Régulièrement l'autorisation doit émaner du mari. Par exception, l'autorisation du mari peut ou doit être suppléée (d'où le nom d'autorisation *supplétive*) par celle de la justice dans les cas suivants :

1° Si le mari refuse injustement son autorisation. « *Si le mari refuse d'autoriser sa femme à ester en jugement, le juge peut donner l'autorisation* », dit l'art. 218. Et l'article suivant contient une disposition semblable en ce qui concerne les actes extrajudiciaires : « *Si le mari refuse d'autoriser sa femme à passer un acte...* » — L'autorisation constitue pour le mari un droit, mais elle est aussi à certains égards un devoir. S'il remplit mal ce devoir, en refusant sans motif à sa femme une autorisation que celle-ci a intérêt à obtenir, il est juste que son *veto* ne soit pas sans appel.

2° Lorsque le mari a été condamné à une peine afflictive ou infamante. L'art. 221 dit à ce sujet : « *Lorsque le mari est frappé d'une condamnation emportant peine afflictive ou infamante, encore qu'elle n'ait été prononcée que par contumace, la femme même majeure, ne peut, pendant la durée de la peine, ester en jugement, ni contracter, qu'après s'être fait autoriser par le juge, qui peut, en ce cas, donner l'autorisation sans que le mari ait été entendu ou appelé* ». — La loi considère le mari qui a été frappé d'une peine afflictive ou infamante comme indigne d'exercer la puissance

maritale. Cette indignité ne subsiste que « pendant la durée de la peine ». Donc, une fois la peine subie, le mari recouvre le droit d'autorisation.

Mais voici une difficulté : Toutes les peines criminelles temporaires entraînent de plein droit la dégradation civique (C. pén., art. 28) ; or la dégradation civique a une durée indéfinie : elle survit à l'accomplissement de la peine, et dure toute la vie du condamné, sauf le cas fort rare de la réhabilitation ou de l'amnistie ; le mari, condamné à une peine criminelle temporaire, restera donc dégradé civiquement après qu'il aura subi sa peine, partant il sera incapable d'autoriser sa femme, car la dégradation civique est une peine infamante (C. pén., art. 8), et cet état de choses durera en principe toute sa vie. Alors, que signifie l'art. 221, quand il dit que le mari, condamné à une peine afflictive ou infamante, est incapable d'autoriser sa femme « pendant la durée de sa peine ». Pour donner un sens à ce texte, il est bien difficile de ne pas admettre que le mari recouvre le droit d'autoriser sa femme après avoir subi sa peine, et malgré la dégradation civique dont il continue à être frappé. Il faut entendre ces mots *pendant la durée de sa peine* comme signifiant : pendant la durée de la peine principale.

Supposons que le mari soit frappé de la dégradation civique prononcée contre lui comme peine principale. Sera-t-il déchu, pendant toute la durée de sa peine, c'est-à-dire pendant toute sa vie, de l'exercice de la puissance maritale ? On pourrait le soutenir, en argumentant des termes généraux de l'art. 221. Mais cependant il est remarquable que l'art. 34 du code pénal, qui énumère les effets de la dégradation civique, ne mentionne pas celui-là. N'est-il pas bien probable que la dégradation civique est restée complètement en dehors des prévisions du législateur de 1804 ? Ce qui n'est pas étonnant d'ailleurs, puisqu'on attendait alors de nouvelles lois criminelles, et qu'on ignorait si la dégradation civique y trouverait place. Et ne convient-il pas en conséquence de décider que jamais la dégradation civique, pas plus quand elle est prononcée comme peine principale que lorsqu'elle est encourue comme peine accessoire, n'entraîne la déchéance du droit d'autorisation maritale ?

Autre difficulté : L'art. 221 déclare le mari condamné *par contumace* incapable d'autoriser sa femme *pendant la durée de sa peine*. Mais le contumax ne subit pas sa peine. Que signifie donc cette disposition ? La loi a voulu dire probablement que le mari est incapable d'autoriser sa femme pendant toute la durée de la contumace, c'est-à-dire pendant les vingt années à l'expiration desquelles la prescription lui est acquise.

3° Lorsque le mari est interdit (art. 222). L'interdiction est prononcée contre ceux qui sont atteints d'aliénation mentale. Incapable d'accomplir pour son propre compte les divers actes juridiques (art. 502), comment l'interdit pourrait-il habiliter sa femme à accomplir ces mêmes actes ?

* Si la femme est nommée tutrice de son mari interdit (art. 507), elle aura les pouvoirs d'un tuteur ordinaire relativement à l'exercice des droits de son mari, même de ceux qui appartiennent à celui-ci en vertu de ses conventions matrimoniales sur les biens de sa femme. Pour tous les actes qu'elle accomplira comme tutrice, la femme n'aura besoin d'aucune autorisation. Mais elle demeure soumise à l'incapacité de la femme mariée pour tous les actes juridiques qui la concernent personnellement. Sa situation à cet égard n'est point modifiée, sinon en ce sens que l'autorisation de son mari sera remplacée par celle de la justice. L'application de cette double règle peut conduire à des résultats singuliers. Ainsi la femme mariée séparée de biens, nommée tutrice de son mari interdit, pourra sans autorisation intenter une action mobilière pour le compte de son mari (arg. art. 464) tandis que l'autorisation de la justice lui sera nécessaire pour intenter une semblable action en son nom personnel (arg. art. 215).

La doctrine assimile en général la situation de la femme dont le mari est placé dans un

établissement d'aliénés à la situation de celle dont le mari est interdit. L'autorisation de la justice devra donc remplacer celle du mari.

Faut-il admettre la même solution pour la femme dont le mari est pourvu d'un conseil judiciaire ? Il y a lieu d'établir à cet égard la distinction suivante. Le mari pourvu d'un conseil judiciaire perd le droit d'autoriser sa femme pour tous les actes juridiques excédant les limites de sa propre capacité. Comment pourrait-il habiliter sa femme à accomplir un acte que la loi le déclare incapable d'accomplir librement pour son propre compte ? La femme devra donc se pourvoir de l'autorisation de la justice. Pour les autres actes, le mari conserve son droit d'autorisation.

4° Lorsque le mari est absent. Ce cas est prévu, avec le précédent, par l'art. 222, ainsi conçu : « *Si le mari est interdit ou absent, le juge peut, en connaissance de cause, autoriser la femme, soit pour ester en jugement, soit pour contracter* ».

Cette disposition reçoit sans difficulté son application au cas d'absence déclarée ou même seulement présumée du mari. S'applique-t-elle aussi au cas où le mari est simplement non présent ? La plupart des auteurs admettent l'affirmative. Outre les travaux préparatoires, ils invoquent l'autorité de Pothier, qui dit quelque part : « La femme peut recourir à la justice lorsque le mari est trop éloigné pour donner l'autorisation aussi promptement que le cas l'exige ». Mais en supposant que l'art. 222 laissât la question indécise, elle semble bien résolue aujourd'hui dans un sens contraire à celui de Pothier par l'art. 863 du code de procédure civile : « *Dans le cas d'absence présumée du mari ou lorsqu'elle aura été déclarée, la femme qui voudra se faire autoriser...* » N'est-ce pas là une interprétation législative de l'art. 222 ?

5° Lorsque le mari est mineur. « *Si le mari est mineur, l'autorisation du juge est nécessaire à la femme, soit pour ester en jugement, soit pour contracter* », dit l'art. 224. Nous le disions tout à l'heure à propos de l'interdit : un incapable ne peut pas être appelé à relever un autre incapable de l'incapacité dont il est frappé.

* Notre disposition étant fondée sur l'incapacité du mineur, doit être restreinte dans les limites mêmes de cette incapacité. De là il suit que le mari mineur pourrait habiliter sa femme à accomplir les divers actes juridiques, qu'il est capable d'accomplir pour son propre compte en qualité de mineur émancipé (art. 476). Ainsi le mari mineur peut autoriser sa femme à ester en justice en matière mobilière ; car la loi lui accorde ce droit pour son propre compte (arg. art. 482). La question ne présente guère d'intérêt que dans cette hypothèse.

641. Par exception, l'autorisation de la justice ne peut pas suppléer celle du mari dans les cas suivants :

1° Pour accepter une exécution testamentaire, excepté quand la femme est séparée de biens par contrat ou par jugement (art. 1029) ;

2° Pour compromettre (arg. art. 1004 C. pr. cbn. 83-6° C. pr.) ;

3° Quand il s'agit d'habiliter la femme à faire le commerce. On lit à ce sujet dans l'art. 4 du code de commerce : « La femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari ». La loi n'ajoute pas : *ou l'autorisation de la justice*. Or sur quoi se fonderait-on pour soutenir que l'autorisation de la justice peut ici suppléer celle du mari ? Ce ne pourrait être que sur les principes généraux. Ils sont contenus dans le code civil, et on va voir qu'ils ne permettent pas à la justice de donner l'autorisation.

En effet l'autorisation de la justice ne peut suppléer celle du mari que dans les cas exprimés par la loi ; autrement l'énumération qui nous est donnée des diverses hypothèses dans lesquelles la justice peut accorder à la femme l'autorisation supplétive n'aurait pas de sens.

Les cas, dans lesquels le besoin de l'autorisation supplétive de la justice se fait sentir, sont ceux : 1° de refus du mari ; 2° de minorité, d'absence, d'interdiction ou de condamnation du mari.

Pour le cas de refus du mari nous avons deux textes, les art. 218 et 219. Le premier permet à la justice de donner à la femme l'autorisation supplétive pour *ester en jugement*, et le deuxième, pour *passer un acte*. Or exercer la profession de commerçant, ce n'est ni ester en jugement ni passer un acte ; c'est autre chose, et le code civil, pas plus que le code de commerce, ne permet à la justice de donner en ce cas l'autorisation que le mari refuse.

D'autre part, pour les hypothèses de minorité, d'interdiction, d'absence du mari ou de condamnation de celui-ci à une peine afflictive et infamante, nous avons les art. 221, 222 et 224 qui permettent à la justice d'autoriser la femme « soit pour ester en jugement, soit pour contracter ». Le mot *contracter* ne peut guère être considéré comme comprenant le cas de la femme qui veut obtenir l'autorisation de faire le commerce ; très certainement, dans la pensée du législateur, ce mot fait allusion à un contrat déterminé, et non à la série illimitée de contrats qu'entraîne l'exercice de la profession de commerçant.

Les principes généraux déposés dans le code civil ne permettent donc pas à la femme d'obtenir de la justice l'autorisation de faire le commerce. Nous ajoutons que des considérations de l'ordre le plus élevé justifient cette exception aux règles du droit commun. Le commerce conduit à la fortune, mais il mène aussi à la faillite. En outre il oblige la femme à mener une vie extérieure qui peut ne pas être sans danger pour ses mœurs. On conçoit donc facilement que la loi ne permette pas à la femme d'exercer une profession aussi périlleuse sans l'assentiment de son mari.

La solution qui vient d'être développée est généralement admise pour le cas de refus du mari. Mais beaucoup d'auteurs la rejettent au cas où le mari est dans l'impossibilité physique, morale ou légale d'autoriser sa femme, comme s'il est absent, interdit ou condamné à une peine afflictive ou infamante ; la justice pourrait alors autoriser la femme à faire le commerce. — Et toutefois il faut reconnaître que cette restriction est fondée sur des motifs d'utilité pratique beaucoup plus que sur des raisons de droit, car les termes absolus de l'art. 4 du code de commerce paraissent exclure toute distinction.

Des raisons semblables à celles qui viennent d'être déduites au sujet de la question précédente nous portent à admettre que l'autorisation du mari ne peut pas être suppléée par celle de la justice, lorsque la femme veut contracter un engagement théâtral et peut-être, d'une manière générale, se livrer à l'exercice d'une profession quelconque. D'ailleurs, en ce qui concerne l'exercice de la profession théâtrale en particulier, outre que de puissantes considérations morales peuvent porter le mari à refuser à sa femme l'autorisation qu'elle sollicite, le mari n'aurait-il pas, en supposant que la justice pût accorder l'autorisation, un moyen indirect d'empêcher sa femme d'en profiter, en changeant de résidence et en l'obligeant à le suivre ? Cpr. tribunal de la Seine, 2 mars 1887, S., 87. 2. 117.

2. Procédure à suivre pour obtenir l'autorisation supplétive de la justice.

642. Il y a lieu de distinguer si cette autorisation est demandée pour ester en justice ou pour passer un acte.

A. L'autorisation supplétive est demandée pour habiliter la femme à ester en justice. Le code civil est muet sur cette hypothèse qui est réglée par le code de procédure civile. Une sous-distinction doit être faite, suivant que la femme est demanderesse ou défenderesse.

a. — La femme est demanderesse. — C'est elle qui doit se pourvoir de l'autorisation. Le tribunal compétent pour l'accorder est celui du domicile du mari. La procédure à suivre varie selon les cas. — Si l'autorisation est demandée *au refus du mari*, la femme devra, après l'avoir mis par une sommation en demeure de donner son autorisation, demander à la justice l'autorisation supplétive, suivant les formes prescrites en l'art. 861 C. pr. Le tribunal statuera sur cette demande, après avoir entendu le mari en la chambre du conseil, ou lui dûment appelé (C. pr., art. 862). — Si l'autorisation est demandée au cas

d'absence ou d'interdiction du mari, il sera procédé suivant les formes prescrites par les art. 863 et 864 C. pr. Le code de procédure ne prévoit pas le cas où le mari est mineur ni celui où il est condamné à une peine afflictive ou infamante. Dans l'une et l'autre hypothèse, la femme n'a pas besoin d'adresser une sommation à son mari, qui légalement ne peut ni donner, ni refuser son autorisation. Le mari doit-il être entendu ou appelé en la chambre du conseil? Non, s'il est condamné à une peine afflictive ou infamante (art. 221 *in fine*). Au cas où le mari est mineur, il *peut* être entendu s'il le réclame, ou si les juges en manifestent le désir; mais cela n'est pas obligatoire. Pour le surplus, il sera procédé comme au cas d'interdiction.

b. — *La femme est défenderesse.* — Ce cas n'est prévu ni par le code civil ni par le code de procédure. On admet en doctrine et en jurisprudence qu'il appartient au demandeur de faire munir la femme de l'autorisation nécessaire, car le demandeur doit régulariser la procédure. A cet effet il devra assigner la femme et le mari tout à la fois, ce dernier aux fins d'autoriser sa femme, et, si le mari refuse son autorisation ou s'il fait défaut, le tribunal saisi de la demande autorisera la femme, s'il le juge convenable, sur les conclusions du demandeur. Il n'y a pas lieu d'assigner le mari dans les cas où la loi permet à la femme d'obtenir l'autorisation de la justice sans avoir à demander au préalable celle du mari, par exemple s'il est absent ou interdit.

B. *L'autorisation supplétive est demandée pour habiliter la femme à passer un acte.* Le tribunal compétent pour statuer sur la demande d'autorisation est encore celui du domicile du mari. En ce qui concerne la procédure à suivre pour l'obtenir, l'art. 219 dit : « *Si le mari refuse d'autoriser sa femme à passer un acte, la femme peut faire citer son mari directement devant le tribunal de première instance de l'arrondissement du domicile commun, qui peut donner ou refuser son autorisation, après que le mari aura été entendu ou dûment appelé en la chambre du conseil.* »

On admet généralement que ce texte a été modifié par les art. 861 et 862 C. pr., en tant qu'il permet à la femme de faire citer son mari *directement*, c'est-à-dire sans sommation préalable, devant le tribunal. La femme devrait en conséquence suivre, pour obtenir de la justice l'autorisation de passer un acte, la même procédure que pour obtenir l'autorisation d'intenter une demande en justice. On ne voit pas de motifs en effet pour que la procédure ne soit pas la même dans les deux cas. Et toutefois les art. 861 et s. du code de procédure civile font naître quelque doute sur ce point. Ils parlent en effet de la femme « qui veut se faire autoriser à la poursuite de ses droits », expressions qui semblent bien ne faire allusion qu'aux demandes judiciaires et non aux actes extrajudiciaires.

643. Que l'autorisation soit demandée pour plaider ou pour passer un acte, le tribunal saisi de la demande d'autorisation ne doit statuer que *cognita causa*. Il peut donc, dans tous les cas, refuser l'autorisation demandée. Les jugements qui statuent sur les demandes d'autorisation sont toujours susceptibles d'appel.

III. De la spécialité de l'autorisation.

644. **Principe.** L'autorisation, donnée à la femme mariée soit pour ester en justice, soit pour contracter, doit être spéciale (arg. art. 223 et 1538). Cette règle s'applique à l'autorisation donnée par la justice aussi bien qu'à celle donnée par le mari.

Le principe que l'autorisation doit être spéciale signifie qu'elle doit être donnée séparément pour chaque instance judiciaire dans laquelle la femme veut s'engager, pour chaque acte juridique qu'elle veut accomplir, par exemple pour chaque vente, chaque emprunt, chaque constitution d'hypothèque, etc. Nos anciens l'entendaient ainsi : « J'estime, dit Lebrun, que les autorisations

doivent être spéciales en chaque affaire et en chaque contrat ». Pothier dit de son côté : « L'autorisation doit être spéciale pour tel ou tel acte ». Tel est encore aujourd'hui, sauf quelques rares dissidences, le sentiment des auteurs, et la jurisprudence est en ce sens.

Le mari ne peut donc pas valablement donner à sa femme une autorisation générale : il abdiquerait ainsi la puissance maritale, plutôt qu'il ne l'exercerait. La loi veut que l'autorisation soit accordée en connaissance de cause, *cognita causa*, et après mûr examen : ce qui indique une autorisation donnée pour chaque acte en particulier, une autorisation spéciale en un mot.

Ne satisfait pas à la condition de la spécialité l'autorisation donnée à la femme d'aliéner ses immeubles (arg. art. 1538), ou de les hypothéquer ; il faut que l'autorisation indique l'immeuble ou les immeubles qui pourront être aliénés ou hypothéqués, et dans ce dernier cas la somme jusqu'à concurrence de laquelle l'hypothèque pourra être consentie. Ne serait pas non plus suffisamment spéciale l'autorisation donnée à la femme d'emprunter : il faut dire jusqu'à concurrence de quelle somme (Cass., 19 juin 1888, S., 88. 1. 432, D., 88. 1. 478) ; ou de cautionner toutes les dettes que le mari pourra contracter : il faut dire quelles dettes ; ou d'ester en justice pour toutes les affaires intéressant son commerce (Cass., 30 janvier 1877, S., 77. 1. 73, D., 77. 1. 348) ; ou de cautionner la dette qui pourra résulter d'un compte non encore arrêté, et dont par suite le montant est indéterminé (Cass., 12 mars 1883, S., 85. 1. 495).

Rien ne fait obstacle d'ailleurs à ce que, dans un même acte instrumentaire, le mari autorise sa femme à accomplir plusieurs actes spécialement désignés.

645. La règle de la spécialité de l'autorisation s'applique même à la femme mariée sous le régime de la séparation de biens. Quoiqu'elle ait le droit, en vertu du régime adopté, de faire *sans autorisation* tous les actes qui concernent l'administration de son patrimoine, il lui faudrait une autorisation spéciale pour accomplir un acte quelconque en dehors de cette administration, et toute autorisation générale qui lui aurait été donnée par le contrat de mariage au delà de cette sphère, par exemple l'autorisation d'aliéner ses immeubles, serait nulle. C'est sans doute ce qu'a voulu dire l'art. 223, ainsi conçu : « *Toute autorisation générale, même stipulée par contrat de mariage, n'est valable que quant à l'administration des biens de la femme* ». Cpr. art. 1538.

* Au premier abord ce texte semble signifier que la femme, qui a stipulé dans son contrat de mariage le droit d'administrer ses biens, stipulation que la loi permet et qui est la base du régime de séparation de biens, doit être considérée comme *autorisée* à l'avance *d'une manière générale* à accomplir tous les actes relatifs à l'administration de son patrimoine. Ainsi envisagée, la situation de la femme séparée de biens par contrat offrirait une exception à la règle de la spécialité de l'autorisation. La loi, qui prohibe en principe l'autorisation générale, la permettrait ici, mais seulement en ce qui concerne l'*administration* des biens de la femme. Si le contrat de mariage contenait une autorisation plus étendue, par exemple l'autorisation d'aliéner les immeubles, on rentrerait dans la règle générale, et l'autorisation serait nulle. — Mais ne joue-t-on pas sur les mots, en disant que la femme séparée de biens est *autorisée* à accomplir tous les actes relatifs à

l'administration de ses biens ? Sans doute elle y est *autorisée*, mais par la convention et non par son mari. Dira-t-on aussi que la femme séparée judiciairement reçoit par avance de la justice une autorisation générale d'accomplir tous les actes relatifs à l'administration de son patrimoine ? La vérité est que ni la femme séparée contractuellement, ni la femme séparée judiciairement, ne reçoivent une autorisation de ce genre. La première puise son droit d'administration dans le contrat de mariage, et l'autre dans le jugement qui prononce la séparation de biens ; et, dans l'un comme dans l'autre cas, nous avons une exception à la règle de la *nécessité* plutôt qu'à la règle de la *spécialité* de l'autorisation.

646. Le mari, qui, en vertu de ses conventions matrimoniales, a le droit d'administrer les biens de sa femme, pourrait-il, pendant le cours du mariage, lui confier cette administration ? Oui ; mais la femme devrait alors être considérée comme agissant en qualité de mandataire de son mari, et non en vertu d'une autorisation générale que celui-ci lui aurait donnée.

647. Exception au principe. — Si le principe de la spécialité de l'autorisation s'applique dans toute sa rigueur à la femme séparée de biens, il souffre au contraire une exception en ce qui concerne la femme autorisée à faire le commerce : « *La femme, si elle est marchande publique, peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce ; et, audit cas, elle oblige aussi son mari, s'il y a communauté entre eux. — Elle n'est pas réputée marchande publique, si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari, mais seulement quand elle fait un commerce séparé* » (art. 220). Cpr. C. co., art. 5. On présente quelquefois ces textes comme établissant une exception à la règle que la femme mariée ne peut accomplir aucun acte juridique sans autorisation. C'est une erreur. La femme mariée ne peut pas faire le commerce sans autorisation, et on a même vu plus haut que cette autorisation doit nécessairement émaner du mari. Ce qu'il y a seulement de particulier à la situation de la femme commerçante, c'est qu'elle reçoit une autorisation générale pour tous les actes qui dépendent de son commerce. Ces actes pouvant se multiplier à l'infini, il était impossible que la femme obtint une autorisation spéciale pour chacun d'eux. Aussi la loi déroge-t-elle ici, non à la règle qui exige une autorisation, mais à celle qui exige une autorisation *spéciale*.

Cette dérogation en amène forcément une autre. D'après l'art. 217, l'autorisation tacite du mari ne peut résulter que de son concours dans l'acte. Mais, bien évidemment, cette règle n'est formulée qu'en vue du cas où il s'agit d'accorder à la femme une autorisation spéciale pour accomplir un acte déterminé. Appliquée à une autorisation générale, elle constituerait un non-sens, et équivaldrait à la prohibition de l'autorisation tacite. Est-il possible que le mari concoure à chacun des actes, très multipliés souvent, du commerce de sa femme ? Assurément non, pas plus qu'il n'est possible qu'il autorise expressément chacun de ces actes. La règle de l'art. 217, en ce qui concerne l'autorisation tacite, se trouve donc ainsi nécessairement écartée plus encore par l'esprit de la loi que par son texte, et l'on admet aujourd'hui, comme on le faisait déjà dans notre ancien droit, que l'autorisation tacite du mari résultera de ce seul fait que, sa femme faisant le commerce sous ses yeux, il la laisse faire sans protester. *Patientia mariti pro consensu est.*

La femme, autorisée expressément ou tacitement à faire le commerce, a capacité pour accomplir tous les actes relatifs à son commerce. Elle peut donc « s'obliger pour ce qui concerne son négoce ». Elle peut aussi, pour les besoins de son commerce, et sauf l'exception indiquée par l'art. 7 al. 2 C. co., engager, hypothéquer et aliéner ses immeubles, et aussi transiger sur les différends relatifs à son commerce (arg. art. 2045 al. 1). Toutefois une autorisation spéciale lui est nécessaire pour ester en justice, soit comme demanderesse, soit comme défenderesse, dans les procès relatifs à son commerce (art. 215). Exception que justifie la gravité des débats judiciaires, sans parler des motifs de convenance, et qui d'ailleurs ne sera pas de nature à entraver le commerce de la femme, les procès étant relativement rares même dans la vie commerciale.

L'alinéa 2 de notre article explique suffisamment que la femme n'est considérée comme marchande publique que lorsqu'elle fait « un commerce *séparé* » de celui de son mari. Il n'est pas nécessaire que ce soit un commerce différent. Notre législateur a évité à dessein de reproduire sur ce point les termes de l'art. 235 de la coutume de Paris, ainsi conçu : « elle est réputée marchande publique, quand elle fait marchandise séparée, *et autre que celle de son mari* ».

Ainsi donc, il faut et il suffit, pour que la femme soit réputée commerçante, qu'elle fasse le commerce dans des conditions telles que ses intérêts commerciaux soient séparés de ceux de son mari, fit-elle le même commerce que lui.

D'où il suit que la femme n'est pas réputée commerçante, « si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari ». La femme joue alors le rôle d'un commis; elle agit comme mandataire de son mari, qui seul a le titre de commerçant, et pourrait seul par suite être mis en faillite s'il venait à cesser ses paiements.

IV. *Effets de l'autorisation.*

648. Les effets de l'autorisation doivent être envisagés successivement par rapport à la femme et par rapport au mari.

a. — En ce qui concerne la femme, l'autorisation, soit du mari, soit de la justice, a pour effet de lever l'incapacité dont elle est frappée comme femme mariée. La femme se trouve donc, une fois autorisée, et relativement à l'acte auquel l'autorisation s'applique, dans la même situation que si elle était fille ou veuve.

D'ailleurs l'autorisation n'habilite la femme que pour l'acte en vue duquel elle a été

donnée. Ainsi la femme, autorisée à faire une vente, ne peut pas valablement faire une donation déguisée sous le masque de la vente. De même l'autorisation donnée à une femme de plaider sur telle affaire, ne lui permet pas de transiger, ou d'acquiescer à la prétention de son adversaire. Mais l'autorisation s'applique à tout ce qui est une dépendance nécessaire de l'acte en vue duquel elle a été accordée. Ainsi la femme autorisée à ester en justice, doit être tenue pour autorisée à faire exécuter le jugement qu'elle obtiendra.

b. — En ce qui concerne le mari, il va de soi que les actes accomplis par la femme avec l'autorisation de la justice ne sauraient l'obliger; ces actes en effet lui sont complètement étrangers. Voyez toutefois une double exception à cette règle dans l'art. 1427. Le mari n'est pas obligé non plus, en principe, par les actes que sa femme accomplit avec son autorisation. *Qui auctor est non se obligat.* Le mari qui autorise sa femme, consent à ce qu'elle accomplisse l'acte en vue duquel il accorde son autorisation, mais il ne consent pas pour cela à être obligé par cet acte; or il ne peut être obligé sans son consentement.

* 649. Toutefois, la règle que le mari n'est pas obligé par l'autorisation qu'il donne à sa femme, souffre plusieurs exceptions :

1° Quand un mari autorise sa femme à aliéner un bien à elle appartenant, dont il a le droit de jouir d'après les conventions matrimoniales, cette autorisation produit effet par rapport au mari, en ce sens qu'elle équivaut à une renonciation à son droit de jouissance sur ce bien, et permet par suite à la femme d'en aliéner la pleine propriété. Le contraire n'aurait lieu que si le mari avait spécifié qu'il autorise seulement l'aliénation de la nue propriété;

2° Sous le régime de la communauté, les obligations que la femme contracte avec l'autorisation de son mari, rejaillissent sur la communauté et sur le mari qui se trouve personnellement tenu desdites obligations (art. 1419). Cette exception, admise dans l'intérêt des tiers, se justifie par la confusion d'intérêts que la communauté établit entre les époux. Nous en trouvons une application dans l'art. 227 étudié plus haut. Il y est dit que la femme commerçante, qui s'oblige à raison de son commerce, « oblige aussi son mari, s'il y a communauté entre eux ». Tous les bénéfices produits par le commerce de la femme profitant à la communauté, et par suite au mari, il était juste que la communauté et le mari fussent aussi tenus des pertes. *Ubi emolumentum, ibi onus.*

V. Effets du défaut d'autorisation.

650. L'absence de l'autorisation maritale, dans les cas où elle est requise par la loi, a pour conséquence la nullité de l'acte accompli par la femme. Cette nullité n'a pas lieu de plein droit : elle doit être demandée à la justice qui d'ailleurs est tenue de la prononcer, sur une demande régulièrement formée, sans avoir à rechercher si l'acte attaqué a ou non causé préjudice à la femme (arg. art. 225 et 1125).

* Comment la justice sera-t-elle saisie de la demande d'annulation ?

* S'il s'agit d'un acte extrajudiciaire, les ayant droit intenteront une action dite *en nullité*. La nullité peut aussi être proposée comme moyen de défense à une demande tendant à obtenir l'exécution de l'acte; on dit alors que la nullité est opposée *par voie d'exception*. Ainsi une femme mariée a vendu un immeuble sans autorisation. Elle peut

d'abord prendre les devants et intenter contre l'acheteur une action en nullité de la vente. Ou bien elle attendra que l'acheteur l'attaque en justice pour obtenir l'exécution de la vente, et elle se défendra en opposant la nullité de l'acte.

* Mais notre loi n'a pas organisé d'action spéciale tendant à faire prononcer la nullité d'un jugement rendu contre une femme mariée non autorisée. Il en résulte qu'on ne peut faire valoir cette nullité que par le moyen d'une des voies de recours organisées contre les jugements. Ainsi d'abord, si le jugement est susceptible d'opposition ou d'appel, on pourra se prévaloir de la nullité sur l'opposition ou l'appel interjeté. La nullité prononcée, le jugement annulé sera considéré comme non avenu. La nullité peut encore être proposée, même pour la première fois, devant la cour de cassation, sur un pourvoi régulièrement formé, ce moyen étant d'ordre public. Cass., 21 février 1888, D., 88. 1. 214, S., 88. 1. 104, et 16 juillet 1889, D., 90. 1. 377. La plupart des auteurs admettent en outre que le défaut d'autorisation est un cas d'ouverture à requête civile (arg. art. 480-2^o C. pr.), et tous sont d'accord pour reconnaître que la voie de la tierce opposition est ouverte au mari pour attaquer les jugements rendus contre sa femme non autorisée. Cass., 28 mars 1888, S., 91. 1. 294.

Dans notre ancien droit, la nullité résultant du défaut d'autorisation était absolue; d'où il suivait notamment qu'elle pouvait être proposée par tout intéressé, même par la personne capable qui avait contracté avec la femme. Aujourd'hui cette nullité n'est plus que relative. Il en résulte : 1^o que la nullité ne peut être proposée que par certaines personnes; 2^o qu'elle est susceptible de se couvrir.

651. 1^o Nous disons d'abord que la nullité ne peut être proposée que par certaines personnes. Lesquelles? L'art. 225 va nous le dire : « *La nullité fondée sur le défaut d'autorisation ne peut être opposée que par la femme, par le mari, ou par leurs héritiers* ».

== *Par la femme.* Parce qu'elle n'a pas été protégée.

== *Par le mari.* Parce que son autorité n'a pas été respectée, et que d'ailleurs l'acte accompli par la femme peut lui causer un préjudice pécuniaire.

* Le droit accordé au mari de demander la nullité a donc un double fondement, l'un moral, l'autre pécuniaire. Le fondement moral s'évanouit à la dissolution du mariage, car il n'y a plus alors d'autorité maritale à faire respecter. Le mari ne pourra donc, après la mort de sa femme, et en vertu du principe qu'il n'y a pas d'action sans intérêt, se prévaloir de la nullité qu'autant qu'elle présentera pour lui un intérêt pécuniaire : ce qui sera rare. Marcadé cite comme exemple le cas où une femme aurait renoncé, sans autorisation, à une succession qui devait tomber dans la communauté en tout ou en partie; le mari a un intérêt pécuniaire évident à faire annuler cette renonciation; il le pourra, même après la dissolution du mariage.

== *Par leurs héritiers,* soit ceux du mari soit ceux de la femme. Car ils succèdent à tous les droits de leur auteur, et peuvent par suite exercer l'action en nullité qu'ils trouvent dans sa succession.

* En règle générale nos droits et actions ne passent à nos héritiers que lorsqu'ils offrent un intérêt pécuniaire.

* Tel sera presque toujours le caractère du droit de demander la nullité pour défaut d'autorisation, dans la personne de la femme, et par conséquent, après sa mort, ses héritiers pourront proposer cette nullité en son lieu et place.

* Dans la personne du mari, le droit de proposer la nullité n'offre le plus souvent, nous venons de le dire, qu'un intérêt moral. Alors ce droit ne peut survivre au mari. Com-

ment pourrait-il être question, après la mort du mari, d'intenter une action tendant à faire respecter son autorité ? De là il suit que les héritiers du mari ne pourront agir que dans les cas assez rares où l'exercice de l'action offre un intérêt pécuniaire. Nous en avons cité un exemple tout à l'heure.

En tant qu'elle offrirait un intérêt pécuniaire, l'action en nullité pourrait aussi être intentée par les créanciers des époux ou de leurs héritiers (arg. art. 1166).

Telles sont les seules personnes qui peuvent proposer la nullité résultant du défaut d'autorisation. Cass., 28 février 1893, D., 93. 1. 279. L'art. 1125 contient une application de ce principe en ce qui concerne les contrats : la personne capable, qui a contracté avec une femme mariée non autorisée, ne peut pas se prévaloir de la nullité du contrat. De même la nullité résultant de ce qu'une femme mariée a esté en justice sans autorisation, ne pourrait pas être invoquée par son adversaire qui a, on le suppose, perdu son procès.

652. 2° La nullité résultant du défaut d'autorisation est susceptible de se couvrir, comme le peuvent en général les nullités fondées sur des considérations d'intérêt privé. Comment se couvrira-t-elle ? Par la renonciation au droit de demander la nullité, émanée de ceux auxquels ce droit appartient. Cette renonciation a pour résultat de confirmer l'acte nul ; aussi lui donne-t-on souvent le nom de confirmation ou de ratification.

La confirmation ou ratification peut être expresse ou tacite.

a. — La confirmation expresse résulte d'une déclaration de volonté faite *expressis verbis*. Il sera bon de se conformer pour cette confirmation aux prescriptions de l'art. 1338, qui contient le droit commun de la matière.

La ratification expresse étant une renonciation au droit de demander la nullité, et nul ne pouvant renoncer qu'aux droits qui lui appartiennent, il en résulte :

D'une part, que la ratification expresse ne peut émaner que du mari, de la femme ou de leurs héritiers, car à eux seuls appartient le droit de demander la nullité ;

Et d'autre part, que la confirmation n'éteint que le droit de celui dont elle émane ; elle est donc sans effet par rapport aux autres personnes qui auraient aussi le droit d'agir en nullité. D'où il suit notamment : 1° que la ratification, émanée du mari et de la femme tout à la fois, rendra l'acte inattaquable. D'ailleurs le mari doit être considéré comme ayant ratifié, quand la femme ratifie avec son autorisation. Cpr. Cass., 25 mai 1886, S., 87. 1. 268, D., 87. 1. 379 ; 2° que la ratification, donnée par la femme avec l'autorisation de la justice, n'éteindra pas l'action en nullité du mari ; 3° que la ratification opérée par le mari, soit pendant le cours du mariage, soit après sa dissolution, n'éteindra pas l'action en nullité de la femme ou de ses héritiers. Ce dernier point toutefois est contesté.

b. — La confirmation tacite peut résulter :

α. De l'exécution volontaire par la femme de l'acte nul (arg. art. 1338). Exécuter volontairement un acte, qu'on pourrait se dispenser d'exécuter en le faisant annuler, c'est l'approuver, le ratifier.

Et toutefois, pour que cette ratification soit efficace, il faut que l'exécution volontaire d'où elle résulte ne soit pas entachée du même vice que l'acte qu'elle a pour objet de confirmer. Si donc l'exécution volontaire a eu lieu pendant le cours du mariage et sans autorisation, la nullité de l'acte ne sera pas couverte.

β. De la prescription de l'action en nullité. Elle s'accomplit, au moins en ce qui concerne les contrats, par dix ans à compter de la dissolution du mariage (art. 1304). La loi considère celui qui laisse s'écouler un aussi long délai, sans tenter l'action en nullité qui lui appartient, comme y ayant tacitement renoncé.

* En ce qui concerne les jugements rendus contre une femme mariée non autorisée, la nullité est couverte lorsqu'ils ne sont plus susceptibles d'aucune voie de recours soit ordinaire soit extraordinaire. Cpr. *supra*, n. 650.

653. La nullité une fois prononcée par la justice, tout est remis au même état que si l'acte annulé n'avait jamais existé. On applique la règle *Quod nullum est nullum producit effectum*. Si donc il s'agit d'un contrat, et que des prestations réciproques aient été effectuées par les parties, la femme aura droit à la restitution de tout ce qu'elle a payé en exécution de son engagement. Régulièrement aussi elle devrait restituer tout ce qu'elle a reçu ; mais, par une mesure de protection, sans laquelle le droit de demander la nullité constituerait souvent pour elle un secours illusoire, la femme n'est tenue de restituer ce qu'elle a reçu que dans la mesure du profit qu'elle en a retiré : elle n'est tenue que *quatenus locupletior facta est* (art. 1312).

654. Observation. — La femme mariée qui, en vue de déterminer un tiers à contracter avec elle, emploierait des manœuvres frauduleuses pour se faire croire fille, veuve ou divorcée, se rendrait par là non recevable à se prévaloir de la nullité pour défaut d'autorisation (arg. art. 1310. Cass., 28 mars 1888, S., 91. 1. 294). Il en serait autrement si la femme s'était bornée à se déclarer faussement fille, veuve ou divorcée (arg. art. 1307). Besançon, 5 avril 1879, S., 80. 2. 101, D., 80. 2. 6. — En aucun cas d'ailleurs, la fraude commise par la femme ne saurait priver le mari de l'action en nullité qui lui appartient.

CHAPITRE VII

DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE

655. La dissolution du mariage ne doit pas être confondue avec son annulation. En effet, d'une part, les causes d'annulation sont antérieures ou au moins concomitantes à la célébration, tandis que les causes de dissolution prennent naissance postérieurement. D'autre part, le mariage annulé est censé n'avoir jamais existé, et les effets qu'il a produits sont rétroactivement anéantis, sauf le cas d'un mariage putatif ; tandis qu'au contraire le mariage dissous a existé jusqu'au jour de sa dissolution, et les effets qu'il a produits sont maintenus.

656. Aux termes de l'art. 227 : « *Le mariage se dissout, — 1° par la mort de l'un des époux ; — 2° par le divorce légalement pro-*

» *noncé*; — 3° *par la condamnation devenue définitive de l'un des époux, à une peine emportant mort civile* ».

≡ *Par la mort de l'un des époux*. L'absence de l'un des époux, quelque prolongée qu'elle soit, n'est pas une cause de dissolution du mariage.

≡ *Par le divorce légalement prononcé*. Aboli par la loi du 8 mai 1816, le divorce a été rétabli par la loi des 19, 27 juillet 1884.

Quant à la mort civile, on sait qu'elle a été abolie par la loi du 31 mai 1854.

CHAPITRE VIII

DES SECONDS MARIAGES

657. Ce chapitre aurait dû être intitulé : Des seconds ou *subséquents* mariages.

« *La femme ne peut contracter un nouveau mariage qu'après dix mois révolus depuis la dissolution du mariage précédent* » (art. 228). — Ces dix mois, dits *de viduité*, doivent, dans la pensée du législateur, être consacrés à la mémoire du mari décédé.

Leur durée est égale à trois cents jours. En effet, à l'époque où l'art. 228 a été décrété, le calendrier républicain était encore en vigueur ; or d'après ce calendrier tous les mois avaient une égale durée de trente jours ; dix mois signifiaient donc alors trois cents jours, et cette signification n'a pu être changée par le simple fait de l'adoption d'un nouveau calendrier. D'ailleurs il est manifeste, comme on le verra bientôt, que le législateur a voulu fixer un délai égal à celui des plus longues gestations ; or ce délai est de trois cents jours (art. 312).

Quel est le fondement de la prohibition édictée par l'art. 228 ? Elle repose sur un motif de convenance, tout d'abord : la femme veuve ne doit pas mettre trop d'empressement à contracter un nouveau lien. La loi a voulu ensuite, et surtout, prévenir la confusion de *part (partus)* ou *turbatio sanguinis*. Qu'on suppose une femme veuve qui se remarie un mois après la mort de son premier mari ; huit mois et demi après, elle devient mère. Quel est le père de son enfant ? Est-ce le mari décédé ? ou le nouveau mari. Il y a doute sur ce point, la présomption de la loi permettant d'attribuer l'enfant soit au premier, soit au second mari (arg. art. 312). Ce doute, c'est la confusion de *part, turbatio sanguinis* ; on l'empêche de naître en obligeant la femme à attendre dix mois avant de contracter un nouveau mariage.

Une femme veuve met un enfant au monde un mois après la mort de son mari. Désormais la confusion de *part* n'est plus à craindre. Disons-nous que cette femme peut se remarier de suite, sans attendre l'expiration du délai de dix mois ? Ou bien encore

l'âge avancé de la veuve lui enlève tout espoir de progéniture. Pourra-t-elle se remarier de suite? Il faut répondre négativement, car la loi ne distingue pas. D'ailleurs la crainte de la confusion de part n'est pas l'unique motif qui a fait édicter l'art. 228; sa disposition est aussi fondée, comme on vient de le voir, sur une raison de convenance, qui existe dans tous les cas.

658. On décide généralement que la prohibition de l'art. 228 s'applique à la femme dont le mariage a été déclaré nul. La confusion de part, dit-on, peut être à craindre dans ce cas comme dans celui où le mariage est dissous par la mort du mari. — Est-ce un motif suffisant pour étendre en dehors de ses termes une disposition qui déroge à un principe de droit commun, celui de la liberté du mariage? La légitimité de l'extension est d'autant plus contestable que les motifs de la prohibition légale ne se retrouvent qu'en partie dans notre hypothèse. La confusion de part peut être à craindre, soit! Mais la raison de convenance existe-t-elle aussi, du moins au même degré?

659. L'art. 228 ne parle que de la *femme* veuve; il est donc inapplicable à l'homme veuf. Un veuf peut songer à un nouveau mariage aussitôt après la mort de sa première femme. Pour justifier cette différence entre les veufs et les veuves, il ne suffit peut-être pas de dire avec Tacite : *Feminis lugere honestum est, viris meminisse*. Car, si les convenances sociales exigent qu'une veuve porte le deuil de son mari, elles ne dispensent pas le veuf de porter le deuil de son épouse. La situation privilégiée, que la loi fait ici au veuf, s'explique par cette double considération : d'une part que son nouveau mariage ne peut jamais donner lieu à la *turbatio sanguinis*, et d'autre part que ce mariage aura souvent pour but de donner une nouvelle mère aux enfants en bas âge issus de l'union dissoute, plutôt qu'une nouvelle épouse à leur père.

660. On est à peu près d'accord pour décider que l'empêchement de mariage édicté par l'art. 228 est simplement *prohibitif*; le mariage, contracté par une veuve au mépris de cet empêchement, ne serait donc pas nul. Les termes de la loi sont prohibitifs, il est vrai. Mais on a vu (*supra* n. 480) que les nullités de mariage sont régies par des règles tout à fait spéciales; il n'y a pas en cette matière de nullités sous-entendues, on n'en peut admettre d'autres que celles qui sont écrites dans un texte formel; or, ni dans le chapitre des nullités de mariage, ni ailleurs, le législateur ne prononce la nullité pour le cas qui nous occupe.

Mais alors la disposition de l'art. 228 va se trouver sans aucune sanction, elle sera lettre morte! — L'objection n'est pas fondée; elle trouve sa réponse dans les art. 194 et 195 du code pénal, qui prononcent une forte amende contre l'officier de l'état civil coupable de s'être fait le complice de la violation de l'art. 228.

661. Une femme, violant la prohibition de l'art. 228, se remarie peu de temps après la mort de son premier mari; elle met un enfant au monde à une époque telle que la présomption de la loi permet de l'attribuer soit au premier mari, soit au deuxième : ce qui arrive quand l'enfant naît cent quatre-vingts jours au moins après la célébration du deuxième mariage, et moins de trois cents jours après la dissolution du premier (arg. art. 312, 314 et 315). On demande quel est le père de l'enfant. — Ce qu'il y a de bien certain, c'est que l'enfant ne peut pas appartenir aux deux maris à la fois. Et comme la présomption de la loi conduit cependant à ce résultat, il faut en conclure que cette présomption

doit être mise de côté, et que la question sera une question de fait, à résoudre par le juge suivant les circonstances de la cause.

D'après une autre opinion, qui compte un certain nombre de partisans, l'enfant aurait en pareil cas deux filiations, entre lesquelles il pourrait choisir suivant son intérêt; de même que celui auquel les dispositions de la loi attribuent plusieurs nationalités peut choisir celle qu'il lui plaît. Mais il existe à notre avis une objection grave contre cette solution. Il n'y a rien de déraisonnable à laisser à une personne, dans telle hypothèse, le choix de sa nationalité, parce que la volonté de l'homme joue un rôle important dans l'acquisition de la nationalité; tandis qu'au contraire cette volonté ne peut jouer aucun rôle dans le règlement de la filiation. Un homme peut, dans une certaine mesure et sous certaines conditions, choisir sa patrie, conçoit-on qu'il choisisse son père?

TITRE VI

Du divorce.

PROLÉGOMÈNES

662. Dans le titre dont nous abordons l'étude, le législateur ne s'occupe pas seulement du divorce, ainsi que semblerait l'annoncer la rubrique, mais en outre de la séparation de corps, qui, pour être un diminutif du divorce, n'en est pas moins une institution complètement distincte. Notre titre aurait donc dû être intitulé : *Du divorce et de la séparation de corps*, et divisé en deux chapitres correspondant, le premier au divorce, le deuxième à la séparation de corps. Le vice de méthode, qu'on peut à juste titre reprocher ici au législateur, reçoit une explication historique, qui en atténue la gravité. Le projet du code civil ne consacrait que le divorce. Lorsque la séparation de corps y fut introduite après coup, pour donner satisfaction aux consciences catholiques, on conserva le plan primitivement adopté, en se bornant à ajouter au titre *Du divorce* un chapitre consacré à la séparation de corps, le chapitre V et dernier.

I. Définitions du divorce et de la séparation de corps. *Différences qui les séparent.*

663. Définitions. — Le *divorce* est la rupture d'un mariage, prononcée par l'autorité judiciaire sur la demande de l'un des époux et pour les causes que la loi détermine.

La *séparation de corps* est l'état de deux époux dispensés par la justice de l'obligation de vivre ensemble que le mariage leur imposait.

664. Différences entre le divorce et la séparation de corps.
— Les définitions qui précèdent laissent voir que le divorce dis-

sout le mariage, tandis que la séparation de corps le laisse subsister, et en relâche seulement le lien, en dispensant les époux de l'une des obligations qu'il impose, celle de la vie en commun, consacrée par l'art. 214.

Cette différence fondamentale en engendre plusieurs autres. Nous allons indiquer les principales.

1° Les époux divorcés peuvent, chacun de son côté, contracter un nouveau mariage. Il en est autrement des époux séparés de corps.

2° Les enfants que met au monde une femme séparée de corps, naissent sous la protection de la règle *Pater is est quem nuptiæ demonstrant*, sauf désaveu de la part du mari conformément à l'art. 313 al. 2. Au contraire, les enfants qui naissent d'une femme divorcée, sont étrangers à son ancien mari, au moins lorsqu'ils ont été conçus à une époque postérieure à la prononciation du divorce.

3° Le devoir de fidélité cesse *ex utroque latere*, le divorce une fois acquis. Il survit au contraire à la séparation de corps, et reçoit encore une sanction pénale, du moins quant à la femme (C. pén., art. 337).

4° La séparation de corps laisse subsister entre les époux le devoir de secours, qui se traduira pratiquement dans le droit pour l'époux indigent de réclamer une pension alimentaire à son conjoint. Au contraire, l'obligation alimentaire n'existe pas entre époux divorcés. Cependant l'art. 301 apporte à cette règle une exception que nous étudierons en son temps.

5° Le droit de successibilité cesse d'exister entre époux divorcés. Au contraire il subsiste entre époux séparés de corps, du moins pour l'époux au profit duquel la séparation de corps a été prononcée (nouvel art. 767).

6° D'après l'opinion générale, le divorce met fin à l'obligation alimentaire que la loi établit entre chaque époux et les père et mère de l'autre; la séparation de corps laisse subsister cette obligation.

7° Le divorce fait subir aux époux certaines déchéances que n'entraîne pas la séparation de corps, notamment celle dont il est question dans l'art. 386.

Le code civil établissait une autre différence très importante entre le divorce et la séparation de corps. La femme séparée de corps demeurait soumise à la nécessité d'obtenir une autorisation de son mari ou de la justice pour accomplir les divers actes

de la vie civile. Au contraire la femme divorcée cessait d'être soumise à cette entrave. En restituant à la femme séparée de corps le plein exercice de sa capacité civile, la loi du 6 février 1893, a supprimé cette différence.

II. Historique.

665. I. Ancien droit. Notre ancien droit n'admettait pas le divorce. Il était proscrit par la religion catholique, et l'on sait qu'à cette époque les prescriptions de la loi religieuse s'imposaient au législateur civil. Mais aucune religion n'a la puissance d'empêcher les mauvais ménages, et, comme il fallait bien, à tout prix, offrir un remède aux époux pour lesquels la vie commune était devenue insupportable, la religion catholique tolérait, et notre ancien droit pratiquait la séparation d'habitation ou séparation de corps, *divortium a toro et mensa*, qui détend le lien du mariage sans le rompre.

II. Droit intermédiaire. Œuvre de réaction violente contre l'ancien état de choses, la loi du 20 septembre 1792 admit le divorce et proscrivit la séparation de corps.

Partant de ce principe « qu'il fallait accorder la plus grande latitude à la faculté du divorce, à cause de la nature du contrat de mariage qui a pour base principale le consentement des époux, et parce que la liberté individuelle ne peut jamais être aliénée d'une manière indissoluble par aucune convention », le législateur de cette époque multiplia à l'infini les causes de divorce. Il ne se borna pas à admettre le divorce pour causes déterminées (aliénation mentale de l'un des époux; condamnation de l'un d'eux à des peines afflictives ou infamantes; crimes, sévices ou injures graves de l'un des époux envers l'autre; dérèglement notoire des mœurs; abandon du mari par la femme ou de la femme par le mari pendant deux ans au moins; absence de l'un des époux sans nouvelles pendant cinq ans au moins; émigration dans les cas prévus par la loi), il admit en outre le divorce par le consentement mutuel des époux, et même le divorce sur la demande de l'un d'eux pour incompatibilité d'humeur. Les facilités déplorables que cette loi donnait au divorce, furent encore augmentées par deux décrets des 8 nivôse et 4 floréal an II, que la Convention nationale dut abroger peu de temps après les avoir édictés (15 thermidor an III), sur un rapport de Mailhe, qui se terminait par ces mots : « Vous ne sauriez arrêter trop tôt le torrent d'immoralité que roulent ces lois désastreuses ». Sous l'empire de cet état de choses, on vit le nombre des mariages diminuer progressivement à mesure que celui des divorces augmentait. L'an VI eut à enregistrer plus de divorces que de mariages ! L'unique bienfait de cette législation a été d'apprendre au législateur de l'avenir que de mauvaises lois portent nécessairement de mauvais fruits.

III. Code civil. Survint le code civil. On y trouve, en cette matière comme en bien d'autres, l'empreinte de l'esprit de conciliation qui est l'un des traits caractéristiques de cette œuvre.

Voici en quelques mots le système du code civil :

Il admet le divorce, restreint dans de sages limites, et, parallèlement à lui, la séparation de corps.

Le divorce peut avoir lieu pour causes déterminées ou par le consentement mutuel des époux.

Les causes déterminées de divorce, qui peuvent servir aussi de fondement à une séparation de corps, sont : 1° l'adultère de l'un des époux, avec cette particularité que l'adultère du mari doit avoir été accompagné d'une circonstance aggravante, l'entretien de la concubine dans la maison conjugale (art. 229 et 230); 2° les excès, sévices ou injures graves de l'un des époux envers l'autre (art. 231); 3° la condamnation devenue définitive de l'un des époux à une peine afflictive ou infamante (art. 232).

Quant au divorce par consentement mutuel, il n'est nullement ce que son nom donnerait à penser. Le législateur du code civil n'admettait pas, comme celui de 1792, que le consentement des parties doit pouvoir dissoudre le mariage de même qu'il sert à le nouer, conformément à la règle *Quæ consensu contrahuntur contrario consensu pereunt*. Sur ce point il doit y avoir une différence entre le mariage et les autres contrats, parce que le mariage engendre un état, et que l'état des personnes nous apparaît en principe comme étant irrévocable. Dans la pensée du législateur de 1803, le divorce par consentement mutuel n'était qu'une forme particulière du divorce pour cause déterminée. Il avait été introduit pour certains cas exceptionnels, où l'époux demandeur en divorce semble se trouver dans l'impossibilité morale de révéler publiquement devant la justice la véritable cause du divorce, soit parce que cette révélation pourrait livrer son conjoint aux sévérités de la justice criminelle, comme s'il s'agit par exemple d'une tentative d'assassinat, soit parce qu'elle pourrait avoir pour conséquence de couvrir de ridicule, de honte ou d'opprobre le demandeur ou sa famille, comme il peut arriver dans certains cas pour une demande en divorce fondée sur l'adultère. Cette pensée apparaît bien à la simple lecture de l'art. 233 : « Le consentement mutuel et persé- » vérant des époux, exprimé de la manière prescrite par la loi, » sous les conditions et après les épreuves qu'elle détermine, » prouvera suffisamment que la vie commune leur est insupportable, et qu'il existe, par rapport à eux, une cause péremptoire » de divorce ». D'ailleurs, toutes les précautions avaient été prises par le législateur de 1803 pour que l'on ne pût pas abuser dans la pratique du divorce par consentement mutuel, et le détourner de sa destination véritable : procédure longue et compliquée; épreuves multiples; sacrifices divers imposés aux époux, notamment obligation pour chacun d'eux de faire aux enfants du mariage

l'abandon de la moitié de sa fortune (art. 305), interdiction pour chaque époux de se remarier pendant trois ans à dater de la prononciation du divorce..... Si bien que, lorsque les époux avaient enfin satisfait sans défaillir aux nombreuses exigences de la loi, le juge pouvait se dire en lui-même : Je ne connais pas la cause pour laquelle le divorce est réclamé, mais je suis sûr qu'elle existe.

IV. *Loi du 8 mai 1816*. Nous avons vécu sous ce régime jusqu'au commencement de la Restauration. A cette époque survint une loi dont l'art. 1 porte : « Le divorce est aboli ». C'est la loi du 8 mai 1816, qui fut une œuvre de réaction cléricale. La charte de 1814 avait déclaré la religion catholique religion de l'Etat ; or la religion catholique n'admet pas le divorce ; donc la loi civile ne pouvait pas le consacrer.

Il est remarquable que les articles du code civil, relatifs au divorce, n'ont pas été abrogés expressément par le législateur de 1816. Celui-ci avait sans doute senti la nécessité de les laisser subsister comme complément de la séparation de corps, respectant ainsi les intentions probables du législateur de 1803, qui, en réglant la séparation de corps avec une sobriété toute voisine de l'obscurité, avait entendu certainement que les nombreuses lacunes de son œuvre sur ce point seraient comblées par des emprunts faits à la législation du divorce. Effectivement la jurisprudence appliquait en matière de séparation de corps de nombreux articles du titre du divorce. De telle sorte que jusques à hier, « c'est une institution détruite qui a continué à fournir des règles pour l'application d'une disposition devenue non seulement principale mais unique ». Ce sont les paroles de M. Léon Renault, le rapporteur de la nouvelle loi sur le divorce à la chambre des députés. Il ajoute un peu plus loin : « Le divorce est resté dans le monument de nos lois comme une statue momentanément voilée, mais debout à la place où elle avait été originairement élevée et qu'il est toujours facile de découvrir et de mettre en lumière ».

La révolution de 1830 supprima la religion d'Etat. La conséquence logique aurait dû être le rétablissement du divorce, puisqu'il n'avait été supprimé que comme incompatible avec les dogmes de la religion d'Etat. Effectivement, de 1831 à 1834, la chambre des députés vota, à quatre reprises différentes, le rétablissement du divorce ; mais ses efforts furent paralysés par l'obstination de la chambre des pairs qui refusa de laisser passer la loi.

En 1848, un projet de rétablissement du divorce fut déposé sur

le bureau de l'assemblée constituante; mais il fut retiré par son auteur et ne vint même pas en discussion.

V. *Loi du 27 juillet 1884*. Enfin le divorce a été rétabli par la loi du 27 juillet 1884, qui a été modifiée sur plusieurs points par la loi du 18 avril 1886. M. Alfred Naquet peut en revendiquer la paternité.

III. *Appréciation du divorce.*

666. Le divorce a des adversaires passionnés; il a aussi des partisans convaincus. Les premiers le considèrent comme mettant en péril l'institution du mariage, et par suite l'existence même de la société, dont le mariage est l'une des plus fermes assises. Les autres, au contraire, voient en lui un élément de moralisation, et par suite de perfectionnement social. Qui a raison dans ce débat? C'est ce que nous allons rechercher.

Les adversaires du divorce sont dans le vrai, quand ils disent que le mariage est contracté dans un esprit de perpétuité. Ils ont raison encore quand, se plaçant à un point de vue diamétralement opposé à celui du législateur de 1792, ils disent que le mariage n'est pas soumis à cette règle, qui gouverne les contrats en général, que le consentement des parties peut dissoudre le lien que ce même consentement a servi à former, suivant l'adage *Quæ consensu contrahuntur, contrario consensu pereunt*.

Mais souvent les espérances des époux sont cruellement trompées. Cette union, dans laquelle ils rêvaient le bonheur, devient quelquefois pour eux la source d'affreux tourments. L'épouse a trahi la foi promise! ou bien le mari se livre sur la personne de la femme à de continuelles sévices, peut-être à des excès qui mettent son existence en danger. La vie commune est devenue intolérable; sa continuation ne pourrait être envisagée que comme une longue agonie. En pareil cas, le lien du mariage est rompu en fait. La question est de savoir si le législateur peut, dans l'intérêt social, en prononcer l'indissolubilité, offrant seulement aux époux l'expédient de la séparation de corps, ou s'il ne doit pas plutôt, mettant le droit d'accord avec le fait, autoriser la rupture légale du mariage par le divorce. Le législateur de 1884 a considéré ce dernier parti comme préférable.

667. De nombreuses objections ont été soulevées contre le principe même du divorce. Les principales sont tirées : 1° de considérations religieuses; 2° de l'intérêt social; 3° de l'intérêt des enfants. Nous allons les examiner succinctement.

668. I. L'objection tirée des considérations religieuses est la plus

puissante de toutes. La religion catholique, dit-on, est celle de la majorité des Français; or cette religion proscrie le divorce; l'admettre dans nos lois, c'est donc faire violence à la conscience des époux catholiques qui pourront être obligés de subir les conséquences d'une mesure que leur foi repousse.

Nous remarquerons d'abord que l'objection n'a plus aucune valeur au cas d'époux appartenant l'un et l'autre à un culte qui admet la légitimité du divorce. Et même dans ce cas, l'objection se retourne en partie contre ceux qui la proposent. Car si, au nom de la liberté de conscience, on ne veut pas que le divorce puisse être imposé à des époux catholiques, au nom de cette même liberté, il faut admettre que la loi civile doit autoriser le divorce au profit de ceux dont les croyances religieuses ne répugnent pas à ce mode de dissolution du mariage. Le système qui prétendrait imposer à tous les citoyens le principe de l'indissolubilité du mariage, parce qu'il est consacré par la religion catholique, à laquelle appartiennent la majorité des Français, se résumerait en une oppression de la minorité par la majorité.

Il n'y a pas plus de difficulté, si l'on envisage le cas d'époux catholiques l'un et l'autre. Ah ! sans doute, ils pourraient crier à la tyrannie, si le législateur civil leur offrait exclusivement le divorce comme remède aux unions malheureuses; ils seraient en effet réduits à l'alternative, ou de subir une cohabitation devenue intolérable, ou d'y échapper par un moyen que leur foi repousse. Mais notre législateur admet la séparation de corps parallèlement au divorce. Libre aux catholiques d'y recourir. Le législateur n'impose le divorce à personne.

Reste le cas où un seul des époux a des convictions religieuses qui lui interdisent l'usage du divorce. Il pourra arriver, dit-on, que cet époux soit obligé de subir le divorce qui sera demandé et obtenu par son conjoint; le divorce lui sera donc imposé, et le principe de la liberté de conscience sera violé dans sa personne. — Le divorce sera prononcé, oui. Mais qui oblige l'époux catholique à user de la faculté de se remarier que ce divorce lui confère ? Libre à lui de respecter le lien que sa foi lui représente comme subsistant toujours, et alors il se trouvera dans une situation équivalente, ou à peu près, à celle que lui créerait une séparation de corps, situation qui n'a rien d'incompatible avec les préceptes et les dogmes de la religion catholique.

En résumé, le principe de la liberté de conscience est parfaitement respecté du moment que le législateur, tout en autorisant le

divorce, ne l'impose à personne, et le double d'une autre institution, la séparation de corps, qui est en harmonie avec les croyances des époux dont la religion n'admet pas le divorce.

D'ailleurs il faut remarquer que, dans le mariage, le contrat civil est complètement distinct du sacrement. Or ce que le divorce brise, c'est le contrat civil seulement, il laisse le sacrement intact. Donc le divorce ne porte aucune atteinte à l'indissolubilité du lien religieux. « Ce qui est indissoluble au point de vue catholique, dit M. Naquet, ce n'est pas le mariage civil, les catholiques ne le reconnaissent pas, ils ne le considèrent que comme une simple formalité qu'ils subissent, mais contre laquelle ils protestent sans cesse. N'ai-je pas, dès lors, le droit de leur demander en quoi ils pourront être blessés le jour où, pour des cas graves et déterminés, nous briserons le nœud dont ils contestent la validité au point de vue de la conscience ? » (Discours à la chambre des députés; *Journal officiel* du 8 février 1881).

668 bis. II. Après l'objection prise des considérations religieuses, la plus forte est celle qu'on puise dans les considérations d'intérêt social. Le divorce, dit-on, est de nature à jeter dans la société une perturbation grave, parce qu'il ébranle l'institution du mariage, qui est l'une des bases fondamentales de l'ordre social. On se jouera de la sainteté du mariage, du moment que le lien qu'il crée ne sera plus indissoluble ! Le législateur, organe des intérêts sociaux, doit donc proscrire le divorce. Il doit le proscrire, parce que l'intérêt des époux, qui demandent à rompre une union malheureuse dans laquelle ils se sont imprudemment engagés, est un intérêt particulier, et que l'intérêt particulier doit être sacrifié, quand il est en lutte avec l'intérêt social qui est un intérêt général.

Il resterait à démontrer que le divorce est un élément de dissolution sociale; or les avis des philosophes sont très partagés sur ce point. Bon nombre considèrent le divorce, grâce auquel les époux peuvent contracter une nouvelle union légitime, qui servira de base à une nouvelle famille, comme plus moral que la séparation de corps, qui ne laisse le plus souvent que le désespoir dans le cœur des époux, parce qu'elle les réduit à la dure alternative, ou de se sacrifier d'une manière complète, en fermant leur cœur à toute affection légitime, ou, se moquant des prescriptions d'une loi impitoyable et des sévérités de l'opinion publique, de se réfugier dans les amères douceurs des liaisons illégitimes. Il paraît que c'est à ce dernier parti que les époux séparés de

corps se résolvent le plus souvent. Nous le demandons, la moralité publique y gagne-t-elle ? « Ce qu'est la séparation de corps pour les époux, dit le rapporteur de la loi, M. de Marcère, le voici : c'est le dérèglement de la vie ou le célibat forcé, c'est-à-dire un état contraire soit aux lois sociales, soit à la nature humaine ».

D'ailleurs, le divorce n'est pas une nouveauté législative. La plupart des peuples de l'Europe, sans porter nos regards au delà, l'ont inscrit dans leurs codes (1). L'expérience qu'ils en ont faite ne paraît pas confirmer les appréciations pessimistes de ceux qui voient dans cette institution un élément de dissolution sociale.

669. III. Nous arrivons à l'objection tirée de l'intérêt des enfants. Les adversaires du divorce insistent beaucoup sur la situation que le divorce crée aux enfants issus du mariage. On n'a pas beaucoup de peine à démontrer que cette situation est déplorable. Nous répondrons avec Treilhard : Et les enfants des époux séparés de corps ! ne sont-ils pas tout aussi à plaindre ? On ne prétend pas sans doute, en supprimant le divorce, supprimer aussi la séparation de corps. Eh bien ! si l'on refuse le divorce aux époux malheureux en ménage, ils auront recours à la séparation de corps, et la situation des enfants sera tout aussi fâcheuse. Il est vrai qu'après le divorce les enfants sont exposés à tomber, par suite du nouveau mariage de celui de leurs auteurs à qui la justice les a confiés, sous la dure autorité d'un parâtre ou d'une marâtre. Mais croit-on que les enfants échappent à ce danger dans la séparation de corps ? Nous le disions tout à l'heure, une liaison illégitime pour chaque époux, tel est le fruit ordinaire de la séparation de corps. Eh bien ! les conséquences d'une semblable liaison, contractée par celui de leurs auteurs avec qui ils vivent, ne seront-elles pas encore plus désastreuses pour les enfants que celles d'un mariage ? Sans parler des exemples que les enfants auront sous les yeux, auront-ils plus à espérer d'un parâtre ou d'une marâtre illégitime que d'un parâtre ou d'une marâtre légitime ? Mal pour mal, nous préférons encore la situation des enfants dans le divorce : elle est plus franche et plus digne que dans la séparation de corps, où tout est faux et embarrassé. En tout cas, elle n'est ni plus ni moins fâcheuse que celle des enfants d'un veuf ou d'une veuve qui se remarie.

En somme, on ne voit pas que le divorce crée aux enfants des

(1) Les pays dont la législation n'admet pas encore le divorce sont : l'Italie, l'Espagne, le Portugal, l'Autriche et la Hongrie (pour les catholiques seulement), la Pologne russe.

époux une situation pire que la séparation de corps ; la situation qui leur est faite par le divorce paraît même préférable. Alors quel argument le sort des enfants peut-il fournir aux adversaires du divorce, puisqu'il faut, de toute nécessité, accepter à tout le moins la séparation de corps ?

670. Quoi qu'il en soit, notre législateur a rétabli dans nos lois le divorce. Mais nous ne mériterons de le conserver qu'à la condition de n'en pas faire un usage abusif. Le divorce doit être une rare exception, sous peine de ruiner l'institution du mariage et d'ébranler l'ordre social.

Le législateur de 1884 aurait peut-être pu se borner à restaurer le code civil ; il aurait suffi pour cela d'abroger purement et simplement la loi du 8 mai 1816 abolitive du divorce. On a préféré, tout en conservant quant au fond la législation du code civil, y apporter certaines modifications qui ont été considérées comme des perfectionnements. On aura une idée de ces modifications dans leur ensemble, en lisant la première partie de l'art. 1 de la loi nouvelle : « *La loi du 8 mai 1816 est abrogée. — Les dispositions du* » code civil (1) *abrogées par cette loi sont rétablies, à l'exception de* » celles qui sont relatives au divorce par consentement mutuel, et » avec les modifications suivantes, apportées aux articles 230, » 232, 234, 235, 261, 263, 295, 296, 298, 299, 306, 307 et » 310 » (2).

La plus considérable, en apparence tout au moins, des modifications réalisées ou seulement annoncées par cet article, concerne l'abrogation du divorce par consentement mutuel. Nous avons donné (*supra* n. 665) un aperçu de cette institution qui, dans la pensée du législateur de 1803, était uniquement destinée à permettre aux époux de dissimuler la véritable cause du divorce, la cause légitime, que des considérations d'humanité ou de pudeur ne leur permettaient pas de révéler publiquement. S'il est vrai, comme on le prétend, que le divorce par consentement mutuel est l'œuvre de Napoléon I^{er}, qui le fit insérer dans le code civil en vue du divorce qu'il se proposait d'imposer bientôt à l'impératrice Joséphine, s'il est vrai d'autre part qu'il est demeuré à peu près complètement ignoré dans la pratique pendant les treize années qu'ont vécu les textes qui l'organisaient, il ne faut pas beaucoup regretter sa suppression. En Belgique, où l'on a conservé sans modifications la

(1) Et aussi des autres lois qui n'avaient cessé d'être en vigueur que par suite de l'abrogation du divorce.

(2) Quelques-unes de ces modifications ont été elles-mêmes modifiées par la loi du 18 avril 1886, dont nous parlerons plus loin. Voyez les nouveaux art. 234, 235, 307 et 310.

législation du code civil sur le divorce, il paraît que les divorces par consentement mutuel ne dépassent pas la proportion de 1 sur 400.

CHAPITRE PREMIER

DES CAUSES DU DIVORCE

671. Nous aurons à rechercher successivement quelles sont les causes du divorce et par qui elles peuvent être proposées.

§ I. *Quelles sont les causes de divorce.*

672. Les causes de divorce sont au nombre de trois : 1° adultère de l'un des époux ; 2° excès, sévices ou injures graves de l'un des époux envers l'autre ; 3° condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante. C'est ce qui résulte des art. 229 à 232 ainsi conçus :

ART. 229. *Le mari pourra demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme.*

ART. 230. *La femme pourra demander le divorce pour cause d'adultère de son mari.*

ART. 231. *Les époux pourront réciproquement demander le divorce pour excès, sévices ou injures graves, de l'un d'eux envers l'autre.*

ART. 232. *La condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante sera pour l'autre époux une cause de divorce.*

Etudions successivement ces diverses causes de divorce.

I. *Adultère de l'un des époux.*

673. Ici le code civil consacrait une différence importante entre le mari et la femme. L'adultère de la femme, en quelque lieu qu'il eût été commis, fût-ce en dehors de la maison conjugale, et alors même qu'il constituait un fait isolé, pouvait servir de base à une demande en divorce formée par le mari (art. 229). Au contraire, l'adultère du mari ne devenait une cause de divorce pour la femme qu'autant qu'il était accompagné de cette circonstance aggravante que le mari avait « tenu sa concubine dans la maison commune » ou, comme le dit l'art. 339 du code pénal, en des termes équivalents « entretenu sa concubine dans la maison conjugale » : ce qui constitue un spectacle particulièrement offensant pour la femme, ainsi réduite à voir son titre et ses droits usurpés, *quod castas et pudicas maxime exasperat*.

Le législateur de 1884 a fait disparaître cette différence, en

supprimant dans l'art. 230 les mots : « lorsqu'il aura tenu sa con » cubine dans la maison commune ». Pour justifier cette innovation, M. Naquet disait en substance à la chambre des députés, et on l'a répété après lui au sénat : Nous avons pensé qu'après avoir proclamé le principe des devoirs égaux des époux dans le titre du mariage (art. 212), il ne fallait pas immédiatement proclamer le principe contraire dans le titre du divorce. Il y a là une question de haute moralité. Il a été dit que la civilisation d'un pays se reconnaissait aux droits dont jouit la femme, à l'égalité plus ou moins grande qui existe entre elle et l'homme. Consacrons le principe de l'égalité morale entre les deux sexes...

Il est très douteux, à notre avis, qu'en réformant notre loi sur ce point, le législateur de 1884 l'ait améliorée. Nous n'entendons pas contester qu'au point de vue moral l'adultère du mari soit aussi répréhensible que celui de la femme. Mais ce n'est pas là la question. Il s'agit de savoir si l'adultère du mari laisse au cœur de la femme une plaie aussi profonde que l'adultère de la femme au cœur du mari; si, d'un côté comme de l'autre, l'adultère rend nécessairement la vie commune insupportable, et doit ouvrir à ce titre la porte au divorce. Or, si l'on se place à ce point de vue, il est difficile de ne pas admettre une différence entre les deux époux. Nos mœurs, à tort ou à raison, sont plus indulgentes pour les faiblesses de l'homme que pour celles de la femme. D'un autre côté, l'opinion publique établit un lien entre l'honneur du mari et la fidélité de sa femme, tandis qu'elle considère les infidélités du mari comme laissant l'honneur de la femme intact. En troisième lieu, l'adultère de la femme peut avoir pour résultat d'infliger au mari la paternité d'enfants qui appartiennent à un autre, et faire naître dans son cœur des doutes relativement à la paternité des enfants dont il est l'auteur, tandis que l'adultère du mari ne peut pas avoir de semblables conséquences en ce qui concerne la femme. Enfin la femme qui oublie ses devoirs cesse d'appartenir à son mari, parce que, chez elle, c'est presque toujours le cœur qui sert de mobile à l'adultère; le mari trompé n'a pas seulement un rival, comme on le dit, il est supplanté. La situation est-elle la même, en général tout au moins, pour le mari infidèle? N'arrive-t-il pas, le plus souvent, que ses infidélités sont le résultat d'un entraînement passager où les sens ont plus de part que le cœur? La femme avec laquelle le mari s'oublie est souvent vite oubliée, et il n'est pas rare qu'en rentrant au domicile conjugal l'infidèle y rapporte son cœur tout entier.

Dans les anciens art. 229 et 230, le législateur de 1803 avait sagement tenu compte des différences que nous venons de signaler; l'assimilation établie par le législateur de 1884 nous paraît regrettable.

Une réforme paraissait d'autant moins nécessaire sur ce point, que la jurisprudence, entrant à cet égard dans les vues probables du législateur de 1803, considérait dans certains cas l'adultère du mari, commis en dehors des conditions déterminées par l'art. 230, comme constituant pour la femme une injure grave, sur le fondement de laquelle elle pouvait demander le divorce ou la séparation de corps. Là était la vérité, à notre avis. Assimiler complètement l'adultère du mari à celui de la femme, en tant qu'il peut servir de base à une demande en divorce, c'est ne pas tenir compte d'une différence qui résulte des mœurs, et dans une certaine mesure de la nature elle-même.

Quoi qu'il en soit, la loi nouvelle est formelle et il faut la respecter. L'adultère du mari est aujourd'hui, de même que l'adultère de la femme, une cause péremptoire de divorce, et il en résulte que la décision judiciaire qui, tout en constatant l'existence d'un adultère à la charge du mari, refuserait de faire droit à la demande en divorce de la femme, sur ce fondement que les conditions dans lesquelles l'adultère a été commis ne permettent pas de le considérer comme une injure grave, tomberait sous la censure de la cour suprême.

En tout cas, l'innovation sur laquelle nous venons de nous expliquer a eu pour résultat d'introduire dans nos lois une singulière disparate. La différence que le législateur vient de supprimer au point de vue civil, continue à subsister au point de vue pénal. Aujourd'hui comme autrefois l'adultère du mari n'est punissable que lorsqu'il a tenu sa concubine dans la maison conjugale, tandis que l'adultère de la femme est punissable en quelque lieu qu'il ait été commis. D'un autre côté, la peine prononcée contre la femme adultère est plus forte que celle prononcée contre le mari qui a entretenu sa concubine dans la maison conjugale : emprisonnement dans un cas, simple amende dans l'autre (C. pén., art. 337 et 339). Après l'innovation réalisée par le législateur de 1884, ces différences s'expliquent-elles? Rationnellement l'assimilation de l'adultère du mari à celui de la femme doit être admise ou rejetée sur tous les points, et, s'il fallait établir une distinction, nous la préferions en sens inverse, car c'est surtout en matière pénale que l'assimilation semble s'imposer.

674. Preuve de l'adultère. — Normalement, l'adultère, invoqué comme cause du divorce, sera prouvé par témoins ou par présomptions. Cass., 13 nov. 1889, S., 90. 1. 388, D., 90. 1. 36. Tous les faits non juridiques, les faits purs et simples, comme on dit souvent, sont susceptibles d'être établis par ce mode de preuve.

L'époux demandeur, soit le mari, soit la femme, peut aussi prouver l'adultère de son conjoint par des lettres, de celui-ci à son complice ou réciproquement, ces lettres eussent-elles un caractère confidentiel, pourvu toutefois qu'il n'ait employé aucun moyen blâmable pour se procurer ces lettres, comme il arrivera par exemple si la femme les a trouvées non cachetées dans la poche d'un vêtement de son mari. Cass., 11 juin 1888, S., 88. 1. 376, D., 90. 1. 12, et 25 mars 1890, D., 91. 1. 311, S., 90. 1. 168. Au sujet des télégrammes, cpr. Pau, 2 janvier 1888, S., 89. 2. 213, D., 89. 2. 134; Orléans, 13 déc. 1890, D., 91. 2. 233. Cpr. Cass., 16 mai 1892, S., 93. 1. 114.

Enfin l'adultère peut encore être prouvé au moyen d'un procès-verbal de constat dressé par la police. Remarquons à ce sujet que le commissaire de police doit déférer à toute réquisition du mari tendant à la constatation d'un adultère commis par sa femme, car l'adultère de la femme, en quelque lieu et dans quelques conditions qu'il soit commis, constitue toujours un délit, tandis qu'il ne doit déférer à la réquisition qui lui est adressée par la femme à l'effet de constater l'adultère du mari qu'autant que cet adultère est commis dans les conditions déterminées par l'art. 339 C. pén. Car autrement l'adultère du mari ne constitue pas un délit, et le commissaire de police ne doit prêter son ministère aux particuliers que pour la constatation de faits délictueux.

* **675.** La loi nouvelle, qui autorise la femme à demander le divorce pour cause d'adultère simple de son mari, rétroagit-elle? En d'autres termes, une femme mariée peut-elle aujourd'hui obtenir le divorce (ou la séparation de corps), en se fondant sur un adultère commis par son mari antérieurement à l'époque où la loi nouvelle a pu être ramenée à exécution, et qui ne présente pas la circonstance aggravante requise autrefois par l'art. 230? Nous admettons l'affirmative. Le principe de non-rétroactivité, écrit en l'art. 2, ne nous paraît pas y faire obstacle. En effet ce principe ne sauvegarde que les droits acquis au moment de la mise à exécution de la loi nouvelle, et non les simples espérances ou expectatives. Or le mari peut-il dire que, lors de la mise à exécution de la loi nouvelle, il avait un droit acquis à ne pas voir prononcer contre lui le divorce ou la séparation de corps pour un adultère simple constituant alors un fait accompli? A ce compte, un mari serait en droit de soutenir également que le divorce ne peut pas être prononcé contre lui pour des faits, quels qu'ils soient, antérieurs à la promulgation de la loi nouvelle, parce que, d'après la loi en vigueur à l'époque où ils ont été accomplis, ces faits ne pouvaient pas entraîner le divorce, mais seulement la séparation de corps. D'ailleurs une loi sur le divorce est une loi relative à l'état des personnes, et on sait que ces lois saisissent les individus dès leur promulgation. Enfin, nous voyons qu'aux termes de l'art. 4 de la loi nouvelle, les instances en séparation de corps, pendantes au moment de la promulgation de cette loi, peuvent être converties en instances de divorce, et que les jugements de séparation de corps, devenus définitifs avant cette même époque, peuvent être convertis en jugements de divorce conformément à l'art. 310. C'est bien la preuve que le législateur

a voulu que la loi nouvelle rétroagît. En un certain sens elle touche à l'ordre public, et les lois de cette catégorie échappent ordinairement à la règle que la loi ne rétroagit pas. En ce sens, Nancy, 12 novembre 1884. S., 85. 2. 83, D., 86. 2. 31.

* **675 bis.** **Suppression dans le code civil des dispositions pénales relatives à l'adultère de la femme.** L'art. 298, 2^e partie, tel qu'il est sorti des mains du législateur de 1803, portait : « La femme adultère sera condamnée par le même jugement » [celui qui admet le divorce], et sur la réquisition du ministère public, à la réclusion » dans une maison de correction pendant un temps déterminé, qui ne pourra être moindre » de trois mois, ni excéder deux années ».

Les art. 308 et 309 contenaient des dispositions analogues en matière de séparation de corps : « La femme contre laquelle la séparation de corps sera prononcée pour cause » d'adultère sera condamnée par le même jugement, et sur la réquisition du ministère public, à la réclusion dans une maison de correction pendant un temps déterminé, qui ne pourra être moindre de trois mois, ni excéder deux années » (art. 308). « Le mari » restera le maître d'arrêter l'effet de cette condamnation, en consentant à reprendre sa » femme » (art. 309).

Le législateur de 1884 a supprimé avec raison ces textes. Leur place n'était pas dans le code civil. Une raison historique y explique leur présence. Notre ancien droit prononçait des peines sévères contre la femme adultère. Sous notre droit intermédiaire l'adultère de la femme cessa d'être traité comme un délit ; aucune peine ne l'atteignait. Tel était l'état de choses existant à l'époque où le titre *Du divorce* fut décrété. Impatient de le faire cesser, le législateur d'alors édicta les art. 298 2^e partie, 308 et 309. Quelques années plus tard, en 1810, le code pénal fut promulgué ; les dispositions pénales des art. 298 et 308 s'y trouvent reproduites, et dès lors le besoin de ces dernières ne se faisait plus sentir. Il y avait d'autant plus lieu de les supprimer que, d'une part, elles confiaient à un tribunal civil jugeant civilement, le soin de juger la femme adultère, sans que cette compétence exceptionnelle fût justifiée par des motifs bien péremptoires ; que, d'autre part, la femme pouvait ainsi se trouver condamnée sans être entourée des garanties établies par le droit commun, notamment en ce que, dans les procès en séparation de corps, les témoins sont entendus par un juge commissaire, au lieu de l'être par le tribunal tout entier comme cela se fait toujours en police correctionnelle ; qu'en troisième lieu, le complice de la femme ne pouvait pas être traduit conjointement avec elle devant le tribunal saisi de la demande en divorce ou en séparation de corps, pour se voir appliquer la peine édictée par l'art. 338 du code pénal : ce qui, au point de vue d'une bonne justice, présente un inconvénient grave, un délit qui suppose nécessairement deux délinquants semblant ne pouvoir être jugé que d'une manière imparfaite lorsque les deux coupables ne sont pas traduits en même temps et devant le même juge ; et qu'enfin le tribunal, lorsqu'il prononçait le divorce ou la séparation de corps contre le mari pour avoir tenu sa concubine dans la maison conjugale, ne pouvait pas lui appliquer du même coup la peine édictée par l'art. 339 C. pén., ce qui constituait entre le mari et la femme une inégalité difficile à justifier.

II. *Excès, sévices ou injures graves.*

676. Les *excès* sont des actes de violence, exercés par l'un des époux contre l'autre, et qui peuvent mettre en danger la vie ou la santé de celui qui en est victime.

Les *sevices* sont un diminutif des excès. Ils consistent dans de mauvais traitements, dans des voies de fait, qui, sans menacer la vie ni même la santé, rendent cependant l'existence en commun insupportable. C'est dire qu'ils doivent être graves pour pouvoir servir de fondement à une demande en divorce : le mot *graves* de l'art. 231 s'applique aux sévices aussi bien qu'aux injures.

Il est difficile de donner une définition précise des *injures*, à cause de l'infinie variété des cas auxquels cette expression s'applique. Elle comprend les insultes, les outrages résultant soit de paroles ou d'écrits (*injures verbales*), soit de faits, d'actions (*injures réelles*). Verbales ou réelles, les injures doivent être *graves* pour pouvoir servir de fondement à une demande en divorce, mais un seul fait peut suffire. C'est au juge du fait qu'il appartient d'apprécier la gravité de l'injure, et il l'appréciera en tenant compte de la condition sociale des époux, du lieu où l'injure a été commise, de la fréquence des faits allégués, de leur publicité et des mille autres circonstances de la cause. Cass., 2 juin 1890, S., 90. 1. 344. Aussi bien toutes les questions que les auteurs agitent sur ce sujet sont des questions de fait plutôt que de droit. Cette considération explique les contradictions apparentes que présentent à cet égard les diverses décisions judiciaires. Elle explique aussi comment les jugements, statuant sur les demandes en divorce ou en séparation de corps pour cause d'injures graves, sont rarement l'objet d'une censure de la part de la cour de cassation, qui ne réprime pas les erreurs de fait. Cass., 24 fév. 1892, S., 92. 1. 367, et 3 janv. 1893, S., 93. 1. 251. En pratique, c'est le plus souvent pour injures graves que le divorce ou la séparation de corps est prononcée. Citons parmi les cas les plus remarquables : le refus du mari de consentir à la bénédiction nuptiale (Bruxelles, 17 juillet 1889, S., 90. 4. 28) ; le refus de l'un des époux de consommer le mariage (Cass., 19 janv. 1892, S., 92. 1. 78, et Agen, 22 déc. 1891, S., 92. 2. 208) ; la communication volontaire de la syphilis par l'un des époux à l'autre (Cass., 18 janv. 1892, S. 92. 1. 80) ; le refus obstiné du mari de recevoir sa femme (Cass., 6 nov. 1888, S., 89. 1. 64), ou de celle-ci de rejoindre son mari (Amiens, 30 nov. 1887, S., 88. 2. 87), même après le rejet d'une demande en séparation de corps par elle formée contre son mari (Dijon, 23 nov. 1892, D. 93. 2. 273), le tout à moins que des circonstances particulières n'enlèvent tout caractère injurieux à la conduite de l'époux déserteur.

L'aliénation mentale de l'époux auquel sont imputés les excès, sévices ou injures graves enlève à ces faits ce qu'ils peuvent avoir de blessant et s'oppose par suite à ce qu'ils puissent servir de base à la prononciation d'un divorce. Cass., 5 août 1890, D., 91. 1. 365.

677. La preuve des excès, sévices ou injures graves peut, comme celle de l'adultère, être administrée même par témoins ou par simples présomptions. Cass., 13 nov. 1889, S., 90. 1. 388.

Les faits antérieurs au mariage ne peuvent en aucun cas servir de base à une demande en divorce. La loi dit : « injures graves

de l'un des *époux* envers l'autre » ; or le titre d'*époux* n'existe qu'à dater de la célébration du mariage. Ainsi, un mari ne pourrait pas demander le divorce contre sa femme sur le fondement d'une liaison que celle-ci aurait eue avant le mariage et qu'elle aurait dissimulée. Dijon, 19 février 1890, S., 90. 2. 111. Bien plus, l'inconduite même notoire de la femme antérieurement au mariage, eût-elle été suivie de grossesse, ne peut pas servir de base à une demande en divorce. Cpr. *infra* n. 680.

III. *Condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante.*

678. Le nouvel art. 232 porte : « *La condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante sera pour l'autre une cause de divorce* ». C'est une cause péremptoire, comme l'adultère. La prononciation du divorce ne peut être refusée, du moment que le fait de la condamnation est constant. On n'a pas voulu que le conjoint du condamné pût être forcé de rester enchaîné par le lien du mariage à un être que la société a moralement retranché de son sein en le notant d'infamie. Il faut que la condamnation ait été prononcée par une juridiction répressive française.

D'après le code civil, la condamnation à une peine simplement infamante était aussi une cause de divorce. Le législateur de 1884 en a décidé autrement, ainsi qu'on peut le voir en comparant le texte du nouvel art. 232 avec celui de l'ancien.

Quel est le motif de cette innovation ? Les peines simplement infamantes sont le bannissement et la dégradation civique (C. pén., art. 2) ; elles occupent les degrés inférieurs de l'échelle pénale en matière criminelle. En outre, le bannissement est une peine politique ; la dégradation civique a le plus souvent le même caractère, au moins quand elle est prononcée comme peine principale. Cela posé, le législateur de 1884 a considéré avec raison que la condamnation à une peine simplement infamante ne suppose pas chez celui qui en est frappé le même degré d'immoralité, de perversité, de turpitude, que la condamnation à une peine afflictive et infamante. Voilà pourquoi il n'a pas consacré l'assimilation établie par le code civil, au point de vue du divorce, entre ces deux natures de peines.

D'ailleurs, si la condamnation à une peine simplement infamante n'est pas une cause péremptoire de divorce, elle peut ouvrir l'action en divorce pour injure grave, car on comprend que le fait d'avoir mérité une semblable condamnation puisse, suivant les

circonstances, dont l'appréciation souveraine appartient au juge, constituer une injure grave à l'encontre du conjoint. Cette idée a été formellement exprimée dans la discussion à laquelle a donné lieu la loi du 27 juillet 1884.

Ce que nous venons de dire de la condamnation à une peine simplement infamante est vrai de tous points de la condamnation à une peine correctionnelle. Toulouse, 7 juillet 1886, S., 86. 2. 209, D., 88. 2. 52, et 31 décembre 1888, S., 89. 2. 61, D., 90. 2. 104.

Quant à la condamnation à une peine de simple police, on ne concevrait guère qu'elle pût être invoquée en aucun cas avec succès à l'appui d'une demande en divorce, les faits qui motivent de semblables condamnations étant sans gravité.

679. La condamnation à une peine afflictive et infamante ne forme une cause de divorce que lorsqu'elle est devenue définitive.

Il en résulte qu'une condamnation par contumace ne pourra motiver contre l'époux qui l'a subie une demande en divorce qu'après l'expiration du délai de vingt ans, car jusque là la condamnation n'est pas définitive, puisque le condamné peut la faire tomber en se représentant (C. I. cr., art. 476). Et avant l'expiration du délai de vingt ans, l'époux du condamné ne pourrait pas demander le divorce en se fondant sur ce que son conjoint a abandonné le domicile conjugal, du moins s'il ne l'a quitté que pour échapper aux poursuites dirigées contre lui, car alors son absence n'a rien d'injurieux pour son conjoint. Paris, 11 février 1887, S., 87. 2. 88.

L'époux qui a subi une condamnation à une peine afflictive et infamante ne pourrait tirer aucune fin de non-recevoir de cette circonstance qu'il aurait subi ou prescrit sa peine, ou obtenu sa grâce ; car l'infamie attachée à la condamnation n'en subsiste pas moins. Il en serait autrement si le condamné avait été réhabilité ou amnistié, parce que la réhabilitation et l'amnistie effacent l'infamie attachée à la condamnation.

680. Le texte porte : « La condamnation de l'un des époux ». Donc, quoi qu'on en ait dit, une condamnation antérieure au mariage ne pourrait pas servir de base à une demande en divorce. Mais du moment que la condamnation est prononcée pendant le mariage, il importe peu que ce soit pour un crime commis antérieurement ou postérieurement.

681. Telles sont les seules causes de divorce. L'énumération que la loi en donne est essentiellement limitative.

§ II. Par qui le divorce peut être demandé.

682. Le divorce ne peut être demandé que par l'un des époux contre l'autre. V. cependant *infra*, n. 694.

683. Le droit de demander le divorce est exclusivement attaché à la personne des époux. Il ne peut pas être exercé de leur chef par leurs créanciers (arg. art. 1166 *in fine*), ni après leur mort par leurs héritiers.

Bien plus, l'action qui aurait été intentée par l'un des époux contre l'autre, ne pourrait plus être continuée après la mort de l'un des époux survenue *pendente lite*, même en cause d'appel ; car, désormais, il n'est plus possible d'atteindre le but en vue duquel l'action a été intentée, et qui est de dissoudre le mariage.

Il est vrai que l'époux demandeur, si c'est lui qui a survécu, ou ses héritiers, s'il est prédécédé, pourraient avoir intérêt à continuer l'instance, pour faire déclarer par la justice qu'il existait une cause légitime de divorce, et que par suite l'autre époux a subi la déchéance établie par l'art. 299. Mais cette déchéance ne peut être en tous cas qu'un effet du divorce prononcé ; or se figure-t-on bien un jugement qui prononcerait un divorce entre deux époux dont l'un serait décédé ! Il est vrai aussi qu'il y a la question des dépens à régler. Mais il n'est pas nécessaire pour opérer ce règlement, de pousser l'instance jusqu'à son terme ; le tribunal le fera d'après les éléments qu'il a sous la main au moment où la mort de l'un des époux met fin à l'instance. — En ce sens : Paris, 7 juillet 1870, D., 70. 2. 231, S., 71. 2. 46 ; Cass., 27 juillet 1871, D., 71. 1. 81, S., 71. 1. 209 ; Dijon, 7 février 1872, D., 73. 2. 122, S., 72. 2. 6. Ces diverses décisions judiciaires statuent en vue de la séparation de corps, mais la solution qu'elles donnent est certainement applicable aussi au divorce.

Nous verrons même que le décès de l'un des conjoints anéantit le jugement qui prononce le divorce, si ce décès survient avant que le jugement ait été rendu irrévocable par la transcription sur les registres de l'état civil (*infra* n. 736 bis).

CHAPITRE II

DE LA PROCÉDURE DU DIVORCE

Généralités.

684. Rationnellement la procédure du divorce a sa place dans le code de procédure civile, et c'est là qu'il faudra la faire figurer quand on procèdera à la refonte générale de nos lois civiles. Comment il se fait que le législateur de 1803 l'ait réglementée dans le code civil, cela s'explique historiquement. La législation révolutionnaire avait rendu le divorce tellement facile que la pratique en avait fait un déplorable abus. Les législateurs du code civil pensèrent qu'il y avait lieu d'user d'un double moyen pour arrêter ce torrent : 1° limiter le nombre des causes de divorce ; 2° rendre l'obtention du divorce difficile, en organisant une procédure spéciale offrant de nombreuses garanties. Dans la pensée du législateur, la procédure du divorce avait donc une importance capitale. Il la considérait comme un complément indispensable de son œuvre, comme un rouage nécessaire à son fonctionnement, et on comprend à merveille qu'il n'ait pas voulu en ajourner l'organisation jusqu'à l'époque, alors indéterminée, où le code de procédure civile ferait son apparition. Une fois insérée dans le code civil, la procédure du divorce y a été laissée par les législateurs de 1884 et de 1886. Autrement, on aurait créé un vide dans le code civil et un trop plein dans le code de procédure.

685. En rétablissant le divorce, la loi du 27 juillet 1884 avait consacré, sauf quelques modifications de détail, la procédure établie par le code civil. Or cette procédure était d'une extrême complication. « La procédure du divorce la plus simple, dit l'exposé des motifs, la plus dénuée d'incidents, exige que les parties se présentent deux fois devant le président ; ce n'est qu'après cette double comparution que le demandeur obtient du tribunal une première décision l'autorisant à citer. A partir de la citation, le tribunal n'a pas moins de trois jugements à rendre : jugement

admettant la demande en divorce (si les fins de non-recevoir sont rejetées); jugement ordonnant une enquête; jugement définitif. L'enquête doit être faite à l'audience (par conséquent devant le tribunal tout entier), et ce n'est pas là une des moindres causes de difficulté dans la pratique ». — Cette complication offrait un triple inconvénient. D'abord elle absorbait un temps précieux que les magistrats auraient employé plus utilement à l'expédition d'autres affaires, et contribuait ainsi dans les tribunaux chargés à augmenter l'arriéré; ensuite elle entraînait pour les parties l'obligation de supporter des frais énormes; enfin elle conduisait souvent à une véritable impossibilité d'aboutir et par suite à une sorte de déni de justice. En fait, les tribunaux ne prononçaient guère que des divorces par conversion.

Ces résultats avaient bien été entrevus par le législateur de 1884. En vue de les prévenir, M. Denormandie avait présenté au sénat un projet d'ensemble sur la procédure du divorce. La crainte de retarder le vote de la loi sur le divorce, qui, dans la pensée du législateur d'alors, répondait à des besoins urgents, empêcha que ce projet vint en discussion.

Moins de deux ans après la promulgation de la loi sur le divorce, les doléances des praticiens obligeaient le législateur à se remettre à l'œuvre. Le 18 avril 1886 fut promulguée une loi complète sur la matière. Le projet de cette loi, préparé, sur l'initiative du gouvernement, par la commission extra-parlementaire chargée d'étudier la révision du code de procédure civile, ne concernait que la procédure du divorce. La plupart de ces dispositions ayant été étendues à la séparation de corps, la loi, en définitive, a été intitulée : *Loi sur la procédure du divorce et de la séparation de corps.*

686. Avant d'entrer dans les détails, il n'est pas inutile de jeter un coup d'œil d'ensemble sur la loi.

La principale innovation qu'elle réalise consiste dans la substitution de la procédure ordinaire à la procédure spéciale établie par le code civil. Il en résulte notamment que l'enquête sera faite désormais par un juge commissaire, au lieu d'être faite, comme autrefois, devant le tribunal tout entier. C'est une économie de temps, à laquelle correspond malheureusement une diminution de garanties.

Ensuite la loi nouvelle supprime la cérémonie de la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil, qui, paraît-il, était souvent dans la pratique l'occasion de scènes burlesques ou scandaleuses, et la remplace par la transcription sur les registres de

l'état civil du jugement *prononçant* le divorce. Ainsi, autrefois, le tribunal *admettait* le divorce (anc. art. 238) et l'officier de l'état civil le *prononçait*. Aujourd'hui c'est le tribunal qui *prononce* le divorce (arg. art. 247 al. 2, 249 et 250 al. 1), et l'officier de l'état civil se borne à enregistrer sa décision en transcrivant le jugement (art. 251).

Tout cela tient à la forme. Mais voici une innovation qui touche au fond du droit. Autrefois, la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil ne pouvait avoir lieu que sur la réquisition de l'époux qui avait obtenu le jugement de divorce, de sorte que cet époux pouvait par son abstention rendre non avenu le divorce admis par le tribunal, sans que l'autre époux eût aucun moyen de conjurer ce résultat. Aujourd'hui, l'une comme l'autre partie peut rendre efficace le jugement qui prononce le divorce, en requérant sa transcription sur les registres de l'état civil. Sur tous les autres points, le législateur de 1886 s'est systématiquement abstenu d'innovations touchant au fond du droit. Ainsi il a refusé de discuter une proposition de M. Naquet, tendant à rendre obligatoire pour le juge la conversion de la séparation de corps en divorce, demandée par l'une ou l'autre des parties après l'expiration du délai légal. M. Naquet a dû saisir le sénat d'un projet de loi spécial sur ce point.

En quatrième lieu, la loi du 18 avril 1886 abroge un certain nombre de textes. Les uns sont remplacés par des dispositions nouvelles; d'autres sont supprimés purement et simplement comme inutiles, en tant qu'ils ne faisaient que consacrer des règles de droit commun. L'art. 4 de la loi dit à ce sujet : « *Sont abrogés les articles 253 à 274 du Code civil, l'article 881 du Code de procédure civile, les articles 2, 3 et 4 de la loi du 27 juillet 1884, et toutes les dispositions contraires à la présente loi* ».

687. Il y avait un écueil à éviter. En simplifiant la procédure du divorce, il ne fallait pas supprimer les garanties nécessaires et rendre l'obtention du divorce trop facile. Le rapporteur affirme que la loi nouvelle est pleinement satisfaisante sur ce point. La pratique se chargera de nous dire si cette assertion n'était pas téméraire.

SECTION PREMIÈRE

DES FORMES DU DIVORCE

§ I. *Tribunal compétent.*

688. Compétence ratione materiae. La demande en divorce est une demande relative à l'état des personnes, puisqu'elle tend à faire prononcer la dissolution d'un mariage, et par suite à faire cesser l'état d'époux et avec lui les devoirs et les droits qui y sont attachés. Elle est donc de la compétence exclusive des tribunaux civils gardiens de l'état civil des hommes. Arg. art. 326.

L'ancien art. 234 du code civil le disait en termes exprès, et sa disposition n'a pu être supprimée par le législateur de 1886 que comme inutile, en tant qu'elle se bornait à consacrer une application du droit commun (art. 326). Un tribunal criminel ne pourrait donc pas statuer sur une action en divorce, formée incidemment à l'action publique dont il se trouverait saisi. En d'autres termes, si un même fait est de nature à motiver une action en divorce et une poursuite devant les tribunaux criminels, l'action en divorce ne pourra pas être intentée devant le tribunal criminel saisi de l'action publique et incidemment à cette action. L'art. 3 al. 1 C. I. cr. ne contredit pas cette solution. L'action civile dont il parle, et qu'il permet d'intenter incidemment à l'action publique, est l'action en dommages et intérêts.

* **689.** Il paraît également sans difficulté qu'un tribunal civil, saisi d'une action en divorce basée sur un fait incriminé par la loi pénale, serait tenu de surseoir jusqu'à ce qu'il eût été statué définitivement sur l'action publique, intentée à raison de ce même fait avant ou pendant la poursuite de l'action en divorce. Ce n'est qu'une application de la règle *Le criminel tient le civil en état* (C. I. cr., art. 3 al. 2), et le législateur de 1886 a sans doute jugé inutile de reproduire l'ancien art. 235 du code civil qui se bornait à consacrer cette application. Il ne faut pas que la décision rendue par le juge de l'action en divorce puisse préjuger la décision du juge criminel, qui est la plus importante.

* **689 bis.** C'est donc l'action publique qui sera jugée la première. Quelle sera l'influence de la décision du juge criminel sur la sentence du juge civil?

La décision du juge criminel peut être, soit un acquittement ou une absolution, soit une sentence de condamnation.

a. — Si c'est un acquittement ou une absolution, il ne sera permis d'en inférer « aucune fin de non-recevoir ou exception préjudicielle contre l'époux demandeur » (ancien art. 235 *in fine*). Ainsi l'époux défendeur, acquitté par le tribunal criminel devant lequel il a été traduit, ne pourra pas dire : « Il a été jugé que je n'étais pas coupable du fait qui m'est imputé, et sur le fondement duquel le divorce est demandé contre moi, par conséquent la demande doit être rejetée ». En effet, les conditions requises pour le succès de l'action publique ne sont pas les mêmes que celles requises pour le succès de l'action en divorce. Etant donné un fait répréhensible, il se peut très bien que ce fait ait été accompli dans des conditions telles que son auteur ne soit pas passible des sévérités de la justice criminelle, et que néanmoins le divorce puisse être prononcé contre lui à raison de ce fait; de sorte qu'il peut n'exister aucune contradiction entre la décision de la justice criminelle qui acquitte ou absout l'auteur du fait, et la décision de la justice civile, qui prononce le divorce contre lui à raison de ce même fait. Le verdict négatif de la justice criminelle, à raison du fait invoqué comme cause du divorce, ne fait donc nul obstacle à ce que la justice civile statue sur la demande en divorce dans un sens favorable au demandeur; d'autant plus que le fait à raison duquel la justice criminelle a été saisie, n'était peut-être pas le seul invoqué à l'appui de la demande en divorce.

b. — Supposons maintenant que la justice criminelle ait rendu une sentence de condamnation. — Si la peine prononcée est une peine afflictive et infamante, l'époux demandeur en divorce aura la partie belle, car il existera à son profit une cause péremptoire de divorce (*supra* n. 678). Si la peine prononcée est moins grave, l'époux demandeur pourra encore invoquer la sentence de condamnation, mais seulement comme moyen de preuve du fait qu'il allègue à l'appui de sa demande, et non, cette fois, comme une cause péremptoire de divorce. Il pourra dire : La justice criminelle a condamné mon conjoint à raison du fait sur lequel je base ma demande en divorce : ce fait doit donc être désormais tenu pour constant, sans que je sois obligé d'en fournir autrement la preuve, et sauf au juge civil à apprécier s'il réunit les caractères exigés par la loi pour entraîner la prononciation du divorce.

690. Compétence *ratione personæ vel loci*. Il ne suffit pas à celui qui veut intenter une action en divorce de savoir qu'elle est de la compétence d'un tribunal civil, il faut déterminer lequel. Ce sera celui du domicile du défendeur, conformément aux règles du droit commun (C. pr., art. 59 al. 1).

* Il valait beaucoup mieux consacrer ces règles en gardant le silence, comme l'a fait le législateur de 1886, que de les formuler dans un texte défectueux, à l'imitation du législateur de 1884. L'art. 234, rédaction de 1884, portait : « La demande en divorce ne pourra être formée qu'au tribunal de l'arrondissement dans lequel les époux auront leur domicile ». Ordinairement les époux ont le même domicile, et pour ce cas il est équivalent de dire que la demande est formée devant le tribunal du domicile commun ou devant celui du domicile de l'époux défendeur. Mais, au cas où la demande a lieu entre époux séparés de corps, le domicile des deux parties ne sera pas nécessairement le même (*supra* n. 307) et alors les deux formules ne sont plus équivalentes. Le rédacteur de l'ancien art. 234 n'avait pas songé à cette hypothèse.

* **691.** L'instance une fois liée, le tribunal devant lequel la demande a été formée en demeure saisi, malgré le changement de domicile des époux. Reste à savoir à partir de quel moment l'instance doit être considérée comme liée, et par suite le tribunal comme définitivement saisi. En matière de séparation de corps, la cour de cassation a jugé avec raison par un arrêt du 8 décembre 1880 (D., 81. 1. 260, S., 82. 1. 103), que la requête présentée au président du tribunal constitue, du moment où l'époux défendeur en est touché, le premier acte de l'instance soumise à la juridiction de ce tribunal, et qu'en conséquence, lorsque le tribunal du domicile du mari défendeur a été saisi par la requête de la femme demanderesse, notifiée au mari et répondue d'une ordonnance du président permettant de citer en conciliation devant lui, avec citation à cet effet, le tribunal n'est pas dessaisi par le changement de domicile du mari, survenu postérieurement à cette notification. Cette décision est applicable par analogie *mutatis mutandis* en matière de divorce, les principes étant les mêmes. Cpr. Paris, 15 mars 1892, D.. 93. 2. 367, S., 92. 2. 72. Ce dernier arrêt juge en outre que l'exception d'incompétence est couverte, si l'époux défendeur a comparu devant le président du tribunal sans décliner formellement sa compétence, alors même qu'il aurait fait des réserves, dont il lui a été donné acte, relativement au droit de soulever devant le tribunal lui-même l'exception d'incompétence.

§ II. Mesures préliminaires.

691 bis. Nous comprenons sous ce titre la formation de la demande et l'essai de conciliation.

I. Formation de la demande.

692. « L'époux qui veut former une demande en divorce présente,

» en personne, sa requête au président du tribunal ou au juge qui » en fait fonctions » (nouvel art. 234 al. 1).

La demande en divorce s'introduit donc par une requête adressée au président du tribunal compétent.

Cette requête doit nécessairement être rédigée par un avoué. Les travaux préparatoires dissipent le doute qui avait pu s'élever à ce sujet sous l'empire de la législation antérieure. La requête doit détailler les faits, ou tout au moins les exposer sommairement. Cette prescription, qui était expressément formulée par l'ancien art. 236, a certainement été sous-entendue par le législateur de 1886. Son observation est en effet absolument nécessaire pour que le président puisse, comme le veut la loi, faire aux époux des observations en vue d'opérer un rapprochement. Cpr. art. 875 C. pr. D'ailleurs la requête peut être complétée plus tard au moyen d'actes signifiés pendant le cours de l'instance et contenant l'indication de nouveaux faits *connexes à ceux cotés dans la requête*, c'est-à-dire se référant à la cause primitivement invoquée à l'appui de la demande en divorce, par exemple de nouveaux faits d'adultère si la cause du divorce invoquée dans la requête est l'adultère (Douai, 9 mai 1885, D. 86. 2. 99). Il est plus douteux que le demandeur puisse invoquer après coup des faits constituant une nouvelle cause de divorce, par exemple un fait d'adultère si la requête ne parle que de sévices.

693. La requête doit être présentée par le demandeur en personne, et la loi attache une telle importance à l'accomplissement de cette formalité qu'elle ordonne au président du tribunal de se transporter près du demandeur, si celui-ci ne peut se déplacer : « *En cas d'empêchement dûment constaté, le magistrat se transportera, assisté de son greffier, au domicile de l'époux demandeur* » (nouvel art. 234 al. 2). Le législateur espère que, par de sages observations, le président pourra déterminer l'époux demandeur à renoncer à son projet, et étouffer ainsi le procès dès le début.

* Et toutefois, pour que le président du tribunal puisse se transporter auprès de l'époux demandeur à l'effet de recevoir sa requête, il faut que le lieu où celui-ci réside soit situé dans l'arrondissement du tribunal, car le président n'a plus aucune juridiction en dehors de son ressort. Et comme d'un autre côté le président ne peut pas donner commission rogatoire à un de ses collègues pour recevoir la requête (arg. de l'al. 1 du nouvel art. 238, et *infra* n. 695), il en résulte que l'époux demandeur, qui réside en dehors de l'arrondissement du tribunal compétent pour statuer sur la demande en divorce, peut se trouver dans l'impossibilité de déposer sa requête et par suite de former son action en divorce.

694. Il se peut que le demandeur en divorce soit incapable. Comment sera-t-il pourvu à son incapacité ?

Il y a une incapacité avec laquelle il fallait nécessairement compter, parce qu'on la rencontrera dans toute action en divorce, c'est celle de la femme, qui, d'après les règles du droit commun ne peut pas ester en justice sans autorisation. On verra au n. 696 comment le législateur a pourvu à cette incapacité : en fait il l'a supprimée. En dehors de cette hypothèse, le législateur ne s'est occupé que de celle où le demandeur en divorce est frappé d'interdiction légale. L'art. 234 al. 2 dit à ce sujet : « *En cas d'interdiction légale, résultant d'une condamnation, la requête à fin de divorce ne peut être présentée par le tuteur que sur la réquisition ou avec l'autorisation de l'interdit* ». Ce texte ne vise que le cas où l'interdit légalement est demandeur en divorce. Ni lui ni aucun autre ne s'occupe du cas où il est défendeur. Il y aurait donc lieu d'appliquer alors les règles du droit commun, c'est-à-dire que le tuteur de l'interdit le représenterait pleinement dans l'instance, à toutes les phases de la procédure, même pour l'essai de conciliation. Paris, 7 avril 1887, S., 88, 2. 54, D., 88. 2. 245.

Que décider pour l'interdit judiciairement? Le projet de l'art. 234 contenait un alinéa ainsi conçu : « Le tuteur de la personne judiciairement interdite peut, avec l'autorisation » du conseil de famille, présenter la requête à fin de divorce ». Cet alinéa, qui n'a pas été soumis au vote du sénat en première délibération, a été supprimé entre cette délibération et la suivante, sur la proposition de M. Le Guen qui, en même temps, a demandé et obtenu l'addition à l'art. 307 d'un alinéa destiné à permettre au tuteur de l'interdit judiciairement de demander au nom de celui-ci la séparation de corps. Cet alinéa, qui forme la partie finale de l'article, est ainsi conçu : « *Le tuteur de la personne judiciairement interdite peut, avec l'autorisation du conseil de famille, présenter la requête et suivre l'instance à fin de séparation* ». De tout cela il semble bien résulter que le tuteur de l'interdit judiciairement ne peut pas présenter requête à fin de divorce. On a sans doute considéré que la demande en divorce, à raison de sa gravité, suppose nécessairement une manifestation personnelle de volonté, et peut-être aussi que la séparation de corps suffit à la protection de l'aliéné. — Autre est la question de savoir si l'interdit judiciairement peut lui-même former une demande en divorce dans un intervalle lucide. Nous admettons l'affirmative.

L'époux, qui serait placé ou retenu dans un établissement d'aliénés sans être interdit, devrait certainement être représenté par le mandataire *ad litem* dont parle l'art. 33 de la loi du 30 juin 1838, dans le procès en divorce ou en séparation de corps où il jouerait le rôle de défendeur. Cpr. Bordeaux, 18 juillet 1888, S., 89. 2. 64. Mais il paraît très douteux qu'une action en divorce ou même en séparation de corps puisse être intentée au nom de l'aliéné par un mandataire *ad litem* que le tribunal désignerait à cet effet.

Si l'époux demandeur en divorce est soumis à l'autorité d'un conseil judiciaire, l'assistance de son conseil nous paraît nécessaire pour lui permettre d'intenter l'action en divorce comme toute autre action en justice. Arg. art. 499 et 513. Si son conseil refuse de lui prêter son assistance, il peut obtenir de la justice la nomination d'un curateur *ad hoc*, avec le concours duquel il pourra agir. Cpr. Paris, 25 mars 1890, S., 90. 2. 107, D., 90. 2. 257. Nous appliquerions les mêmes règles, si l'individu pourvu d'un conseil judiciaire était défendeur à une action en divorce. Arg. art. 499 et 513.

La question nous paraît plus délicate pour le mineur, qui sera toujours ici nécessairement émancipé (arg. art. 476). La règle qui permet au mineur émancipé de défendre seul à une action même immobilière et d'intenter dans les mêmes conditions une action mobilière ou d'y défendre, semble bien commander de reconnaître au mineur une capacité pleine et entière pour plaider sur l'action en divorce soit comme demandeur, soit comme défendeur. Cpr. *infra* n. 1137.

II. *Essai de conciliation.*

695. A raison de l'importance du débat, la loi prescrit un essai de conciliation devant le président du tribunal, et non devant le juge de paix comme dans les procès ordinaires. A cet effet, le président du tribunal, dont les exhortations n'ont pas suffi à détourner le demandeur de son projet, rend une première ordonnance enjoignant aux époux de comparaître devant lui aux jour et heure qu'il fixe. Les époux doivent se présenter en personne. L'essai de conciliation n'offrirait aucune chance de succès, s'il était tenté auprès d'intermédiaires qui auraient reçu des instructions à l'avance, et on devine bien quelles instructions! En outre, comme il convient que les parties soient ici soustraites à toute influence étrangère, on doit décider : 1° que l'époux mineur pourvu d'un conseil judiciaire ne devrait pas être assisté de son curateur ou de son conseil;

2° que les parties n'ont pas le droit de se faire assister d'avoués ni d'avocats. Arg. art. 877 C. pr. Toutefois, le ministère des conseils n'étant pas ici prohibé par un texte formel, il ne paraît pas possible d'attacher au mépris de cette prohibition la sanction de la nullité. Arg. art. 1030 C. pr.

La séance consacrée à l'essai de conciliation doit être tenue au palais de justice, dans le cabinet du président du tribunal. Au cas où l'une des parties justifie de l'impossibilité de se rendre en ce lieu, le président doit en désigner un autre, au besoin le domicile même de la partie, où il procédera à l'essai de conciliation après s'y être transporté.

Et toutefois, il faut que le lieu désigné soit situé dans le ressort du tribunal, car le président, ainsi que nous l'avons dit tout à l'heure, n'a plus aucun pouvoir pour les actes de son ministère en dehors de ce ressort. Qu'arrivera-t-il donc, si la partie qui est dans l'impossibilité de se transporter réside en dehors du ressort du tribunal? Si c'est le défendeur, la loi dit que le président pourra donner commission rogatoire pour l'entendre (nouvel art. 238, première partie). Cette commission rogatoire sera donnée au président du tribunal dans le ressort duquel le défendeur réside : c'est lui qui procédera à l'essai de conciliation, après s'être transporté au besoin au domicile du défendeur. Mais la loi n'accorde pas la même faculté, au cas où c'est le demandeur qui se trouve empêché de se transporter, et il en résulte que le demandeur pourra alors être placé dans l'impossibilité d'aller plus loin, faute de pouvoir remplir la formalité du préliminaire de conciliation.

696. Si le magistrat échoue dans sa mission de conciliateur, ou ne peut la remplir parce que le défendeur fait défaut, il rend une deuxième ordonnance par laquelle il permet au demandeur de saisir le tribunal. C'est le *permis de citer*. La loi autorise toutefois le président à suspendre la délivrance de ce permis pendant un délai qui ne peut excéder vingt jours, afin de donner au demandeur le temps de réfléchir et de s'arrêter. A l'expiration du délai fixé, les parties comparaisent de nouveau devant le président qui est obligé d'accorder la permission de citer si le demandeur persiste (1). Celui-ci doit mettre cette autorisation à profit dans un délai de vingt jours, à peine de perdre le bénéfice des mesures conservatoires qui auraient été prescrites en sa faveur et dont nous parlerons bientôt. On voit qu'il y a deux délais de vingt jours, un, pendant lequel la permission de citer peut se trouver suspendue en vertu de l'ordre du président du tribunal, et l'autre, que le

(1) Dans la séance du sénat du 10 décembre 1885 (Journ. offic. du 11, Débats parlam. p. 1279), M. Léon Renault entend la chose autrement. Selon lui, le président doit, s'il ne peut réussir à concilier les parties ou si le défendeur fait défaut, rendre immédiatement l'ordonnance permettant de citer, sauf à spécifier que le demandeur ne pourra pas user de cette permission pendant un délai qu'il détermine et qui ne peut excéder vingt jours. Maintenant, les vingt jours, accordés au demandeur pour saisir le tribunal, courraient à partir de l'expiration du délai pendant lequel le président a interdit le droit de citer. Tel n'est pas à notre avis le sens de l'art. 238 al. 6. L'interprétation que nous adoptons est beaucoup plus conforme au texte. C'est d'ailleurs celle que donne M. Labiche dans son rapport au sénat.

demandeur doit mettre à profit pour user de l'autorisation de citer qu'il a obtenue.

Par le seul fait de l'ordonnance permettant de citer, la femme se trouve autorisée, quel que soit son rôle dans l'instance, à accomplir toutes mesures conservatoires et à ester en justice. Cela revient à dire que la femme peut ici ester en justice sans autorisation, puisque le président du tribunal ne peut pas se dispenser de rendre l'ordonnance qui emporte l'autorisation.

Tout ce que nous venons de dire résulte des textes suivants qui règlent en même temps certains points de détail.

ART. 235. *Le juge, après avoir entendu le demandeur, et lui avoir fait les observations qu'il croit convenable, ordonne au bas de la requête que les parties comparaitront devant lui au jour et à l'heure qu'il indique, et commet un huissier pour notifier la citation.*

ART. 237. *La requête et l'ordonnance sont signifiées en tête de la citation donnée à l'époux défendeur trois jours au moins avant le jour fixé pour la comparution, outre les délais de distance, le tout à peine de nullité. Cette citation est délivrée par huissier commis et sous pli fermé.*

Cette dernière disposition a pour but de mettre un frein à la curiosité des concierges, gens de service ou voisins auxquels la citation pourra être délaissée en l'absence du défendeur. L'huissier ne fermera l'enveloppe qu'au moment de la remettre à la personne même ou à son domestique ou au concierge ou au voisin, et après avoir rempli la formalité du *parlant* à.

ART. 238. *Au jour indiqué le juge entend les parties en personne; si l'une d'elles se trouve dans l'impossibilité de se rendre auprès du juge, ce magistrat détermine le lieu où sera tentée la conciliation, ou donne commission pour entendre le défendeur; en cas de non-conciliation ou de défaut, il rend une ordonnance qui constate la non-conciliation ou le défaut et autorise le demandeur à assigner devant le tribunal... — Par le fait de cette ordonnance, la femme est autorisée à faire toutes procédures pour la conservation de ses droits et à ester en justice jusqu'à la fin de l'instance et des opérations qui en sont les suites... — Le juge, suivant les circonstances, avant d'autoriser le demandeur à citer, peut ajourner les parties à un délai qui n'excède pas vingt jours, sauf à ordonner les mesures provisoires nécessaires. L'époux demandeur en divorce devra user de la permission de citer qui lui a été accordée par l'ordonnance du président, dans un délai de vingt jours à partir de cette ordonnance. — Faute par l'époux demandeur d'avoir usé de cette permission dans ledit délai, les mesures provisoires ordonnées à son profit cesseront de plein droit.*

§ III. Procédure sur le fond et jugement définitif.

I. Généralités.

697. Aux termes de l'art. 239 al. 1 : « *La cause est instruite et jugée dans la forme ordinaire, le ministère public entendu* ». Voilà la disposition capitale de la loi nouvelle. La procédure ordinaire est substituée dans les instances en divorce à la procédure exceptionnelle établie par le code civil et maintenue par la loi du 27 juillet 1884, qui n'était plus en rapport avec les besoins de la pratique.

Il en résulte que, sauf les règles particulières édictées par la

loi du 18 avril 1886 et celles qui en sont la conséquence directe et nécessaire, il n'y a d'autres principes à appliquer que ceux établis par le code de procédure civile pour les instances ordinaires, ni d'autres nullités que celles tirées de l'absence d'une formalité substantielle, ou expressément édictées par la loi.

D'ailleurs, la procédure à suivre est la même, quelle que soit la cause pour laquelle le divorce est demandé. L'art. 261, qui établissait une procédure d'une simplicité extrême pour le cas où la demande en divorce était fondée sur la condamnation du conjoint à une peine afflictive et infamante, est du nombre de ceux qui ont été abrogés par l'art. 4 de la loi nouvelle. La seule particularité que présente désormais cette cause de divorce au point de vue de la procédure, c'est qu'il ne peut y avoir de sursis au prononcé du jugement (nouvel art. 246 al. 1).

698. « *Le demandeur peut, en tout état de cause, transformer sa demande en divorce en demande en séparation de corps* » (art. 239 al. 2). C'est une application du principe que le demandeur est toujours admis à restreindre sa demande. Ce droit lui appartient même en cause d'appel. Bordeaux, 13 février 1889, S., 89. 2. 240, D., 91. 2. 44, et Cass., 5 juillet 1892, S., 92. 1. 504.

Mais en sens inverse, l'époux demandeur en séparation de corps ne serait pas admis à transformer sa demande en une demande de divorce. Ce serait un moyen de soustraire la demande en divorce à l'essai de conciliation qui lui est propre. Cass., 22 février 1888, S., 88. 1. 374, D., 88. 1. 223, et Paris, 8 mars 1890, D., 91. 2. 131.

II. Incidents relatifs à la preuve.

699. La preuve des faits sur lesquels est basée la demande en divorce reste soumise aux règles du droit commun. Il y a cependant certaines particularités à noter en ce qui concerne l'aveu et la preuve testimoniale.

700. I. *Aveu.* L'aveu de l'adversaire, qui, dans les procès ordinaires, fournit la preuve la plus convaincante, perd presque toute sa force dans les procès en divorce, comme dans tous ceux où le consentement mutuel des parties ne peut pas remplacer la sentence du juge. Cet aveu en effet est suspect, parce qu'il a peut-être été concerté entre les parties. Notre loi n'admet pas le divorce par consentement mutuel; or rien ne serait plus facile aux époux que d'y parvenir par un moyen détourné, si l'aveu de l'adversaire, conservant ici sa puissance ordinaire, devait forcer la conviction du juge. L'un des époux demanderait le divorce contre l'autre, en alléguant l'existence de l'une des causes admises par la loi; le défendeur reconnaîtrait par un aveu l'exactitude des faits allégués, et tout serait dit : les faits qui servent de base à la demande étant prouvés, le juge n'aurait plus qu'à prononcer le divorce, contresignant ainsi l'indigne comédie qui a été jouée devant lui!

Est-ce à dire que l'aveu de l'époux défendeur doit toujours être considéré comme non avénu? Nous ne le croyons pas. Cet aveu peut se produire dans des circonstances telles qu'il paraisse mériter un certain crédit. Ainsi le défendeur avoue sur certains chefs de la demande et conteste énergiquement sur les autres; il a d'ailleurs tout intérêt, on le sup-

pose, à faire rejeter la demande en divorce : par exemple la demande est formée contre un mari sans fortune par une femme riche, et la prononciation du divorce aura pour résultat, en faisant perdre au mari la jouissance des biens de la femme, de le priver de toute ressource. Pourquoi le juge ne pourrait-il pas, en pareil cas, tenir quelque compte de l'aveu? En définitive, pour être dépouillé en grande partie de la force probante qu'il possède ordinairement, l'aveu du défendeur n'est pas ici absolument sans valeur, et le juge pourra y avoir tel égard que de raison. Quant aux aveux du demandeur, ils tendront ordinairement à atténuer les torts du défendeur : ainsi, s'il s'agit de sévices, le défendeur alléguera qu'il a été provoqué par des paroles injurieuses du demandeur, et celui-ci reconnaitra par un aveu l'exactitude de cette allégation. En pareil cas, l'aveu sera rarement suspect, parce qu'il fournit une arme contre son auteur, en ce sens qu'il diminue ses chances de succès, et rien ne paraît s'opposer à ce qu'il produise ses effets ordinaires. En somme, il n'y a pas lieu en général de se défier de l'aveu du demandeur, parce qu'il lui est préjudiciable. Au contraire, l'aveu du défendeur est suspect, parce qu'il peut être le résultat d'un concert intéressé de part et d'autre, mais le juge peut cependant en tenir compte dans une mesure que la loi laisse à sa prudence le soin de fixer. Aussi l'ancien art. 244 ordonnait-il qu'il fût dressé procès-verbal des aveux de l'une et de l'autre partie.

* Que dire du serment? Le serment décisoire, qui a un caractère transactionnel et lie les mains au juge, doit certainement être écarté comme moyen de preuve dans les procès en divorce. Peut-être n'en est-il pas de même du serment supplétoire qui ne lie pas le juge et ne constitue qu'un moyen d'instruction.

701. II. Preuve par témoins. Souvent les faits qui servent de fondement à la demande en divorce devront être prouvés par témoins. Alors le tribunal ordonnera qu'il soit procédé à une *enquête*. D'après les règles du droit commun, l'enquête est faite par un juge commissaire. Ce juge reçoit les dépositions des témoins et en dresse un procès-verbal qui, plus tard, est lu à l'audience. Le tribunal n'entend donc pas les témoins, il entend seulement la lecture de leurs dépositions. Ce mode de procéder a un inconvénient. Il ne permet pas au tribunal de tenir compte d'un élément qui cependant a une grande importance pour déterminer la valeur des témoignages : l'attitude de chaque témoin, le jeu de sa physionomie. Sans compter que le procès-verbal d'enquête ne traduira pas toujours d'une manière exacte la pensée que les témoins ont voulu exprimer. Aussi le législateur du code civil, et après lui le législateur de 1884, avait-il décidé que l'enquête en matière de divorce se ferait devant le tribunal tout entier, comme cela a lieu en matière sommaire (V. art. 253). Le législateur de 1886 en est revenu au droit commun. Le nouvel art. 245 al. 1 porte : « *Lorsqu'il y a lieu à enquête, elle est faite conformément aux dispositions des articles 252 et suivants du Code de procédure civile* ». Aujourd'hui l'enquête en matière de divorce est donc faite par un juge commissaire. Il paraît que l'ancien mode de procéder entraînait une perte de temps considérable.

702. D'après les règles du droit commun, les parents en ligne directe de l'une ou de l'autre des parties sont *incapables* d'être

témoins; ils ne peuvent être cités ni entendus (C. pr., art. 268). Les parents en ligne collatérale, jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement et les domestiques sont seulement *reprochables* : le témoin reproché est entendu et il est dressé procès-verbal de sa déposition, mais elle n'est pas lue à l'audience (C. pr., art. 284 et 291). Ces règles devaient nécessairement recevoir exception en matière de divorce. Presque toujours les faits servant de base aux demandes en divorce se sont accomplis dans la demeure des époux; ce sont des scènes d'intérieur, qui n'ont d'autres témoins que les personnes de la maison. Il fallait bien permettre au demandeur d'user de ces témoignages, sous peine de le mettre dans l'impossibilité d'effectuer la preuve qui est à sa charge : *quoniam quæ domi geruntur non facile per alienos testes possunt comprobari*. Les parents en ligne directe des époux ne sont donc pas incapables d'être témoins, sauf exception pour les enfants et descendants qu'on ne pouvait sans impiété mêler à un pareil débat (Poitiers, 18 mai 1890, S., 91. 2. 60); leurs parents collatéraux et leurs domestiques ne sont pas susceptibles d'être reprochés. V. nouvel art. 245 al. 2.

* Telle était certainement la pensée du législateur de 1886, conforme sur ce point à celle du législateur de 1884 et du code civil. Et toutefois le code civil avait exprimé cette pensée dans une formule peu satisfaisante, que le législateur de 1884 s'était cependant appropriée. Le texte de l'ancien art. 251 donnait à entendre que les enfants et descendants étaient seulement *reprochables*; il aurait donc fallu recevoir leur déposition, sauf à n'en pas donner lecture à l'audience, tandis qu'on avait certainement voulu dire qu'ils étaient *incapables* et que, par conséquent, ils ne devaient pas être entendus. C'est probablement pour ce motif que le législateur de 1886 a modifié la formule. Le nouvel art. 245 al. 2 dit : « Les parents, à l'exception des descendants, et les domestiques des époux peuvent être entendus comme témoins ». Mais cette rédaction n'est pas, elle non plus, à l'abri de la critique. Ne semble-t-elle pas impliquer, tout d'abord, que, d'après les règles du droit commun, les parents et les domestiques ne peuvent pas être entendus comme témoins? Or cette proposition ne contiendrait qu'une bien petite part de vérité. Elle ne serait exacte qu'en ce qui concerne les parents en ligne directe, que l'art. 268 C. pr. déclare incapables d'être témoins; quant aux autres parents et aux domestiques, ils sont seulement reprochables et doivent par conséquent être entendus. En second lieu, la formule légale ne laisse-t-elle pas un doute sur le point de savoir si les parents collatéraux et les domestiques ne peuvent pas être reprochés dans les procès en divorce, conformément aux règles du droit commun? Dire qu'ils pourront être entendus, ce n'est pas dire qu'ils ne pourront pas être reprochés, et cependant c'était certainement la pensée du rédacteur de l'article et la volonté du législateur. Cela prouve qu'il est difficile de bien rédiger un texte de loi, et on a l'occasion de le constater plus souvent aujourd'hui que jamais.

703. Par cela même qu'elle déroge au droit commun, la disposition que nous venons d'analyser doit être interprétée restrictivement. *Exceptio est strictissimæ interpretationis*. La jurisprudence nous paraît avoir violé ce principe en déclarant admissible le témoignage de personnes reprochées pour des causes du droit commun, autres que la parenté ou la domesticité. C'est étendre en dehors de ses termes une disposition dont la nature exceptionnelle n'est pas contestable. L'extension est d'autant moins admissible que les motifs qui ont porté le législateur à supprimer la cause de reproche fondée sur la

parenté ou sur la domesticité, n'existent pas pour les autres causes de reproche, consacrées par le droit commun, que la jurisprudence refuse d'admettre.

III. Demandes reconventionnelles.

704. A la demande en divorce qui est formée contre lui, le défendeur peut répondre par une demande reconventionnelle en divorce. A quelles règles de forme cette demande sera-t-elle soumise? L'art. 239 al. 3 tranche la controverse qui s'était élevée à ce sujet. Il décide qu'on appliquera le droit commun, d'après lequel les demandes reconventionnelles peuvent être formées par un simple acte d'avoué à avoué : « *Les demandes reconventionnelles en divorce peuvent être introduites par un simple acte de conclusions* ». C'est la solution contraire qui triomphait dans la doctrine. On admettait généralement que la demande reconventionnelle en divorce était soumise quant à la forme aux mêmes règles que la demande principale, que par conséquent elle devait être précédée de l'essai de conciliation prescrit pour la demande principale. Mais que pouvait-on espérer d'un nouveau essai de conciliation, le premier n'ayant pas réussi? C'était du temps et de l'argent dépensés en pure perte.

En sens inverse, l'époux défendeur à une demande en séparation de corps ne pourrait pas former par un simple acte une demande reconventionnelle en divorce. Ce serait un moyen d'échapper à l'essai de conciliation spécial à la demande en divorce. Cpr. Dijon, 27 juillet 1887, S., 88. 2. 17.

Le défendeur à une demande en divorce peut-il former par un simple acte une demande reconventionnelle en séparation de corps? Après quelques hésitations la jurisprudence paraît se former définitivement sur cette question dans le sens de l'affirmative. Riom, 1^{er} février 1888, S., 90. 2. 207, D., 90. 2. 158, et Paris, 27 juin 1888, S., 91. 2. 62. Ce dernier arrêt juge que le divorce peut, en pareil cas, être prononcé au profit de l'époux demandeur, et la séparation de corps au profit de l'autre époux. Les déchéances établies par les art. 299 et 386 seront ainsi subies par l'un et l'autre époux.

* **705.** Le demandeur en divorce a succombé en première instance; il interjette appel. L'intimé peut-il lui répondre par une demande reconventionnelle en divorce? L'art. 248 al. 4 (rédaction nouvelle de la loi du 6 février 1893) répond : « *Les demandes reconventionnelles peuvent se produire en appel sans être considérées comme demandes nouvelles* ». Ce texte ne fait qu'appliquer le droit commun consacré par l'art. 464 du code de procédure civile, qui défend de former en cause d'appel aucune demande nouvelle, à moins qu'elle ne soit la défense à l'action principale. Tel est précisément le cas du défendeur qui, en appel, répond à la demande en divorce dirigée contre lui par une autre demande en divorce dirigée contre son adversaire, ajoutons : ou par une demande en séparation de corps. — Si la demande principale est une demande en séparation de corps, le défendeur, en vertu du même principe, peut, en appel, y répondre par une demande reconventionnelle en séparation de corps (Poitiers, 2 février 1891, S., 92. 2. 143, D., 92. 2. 216). Mais il ne pourrait pas riposter par une demande reconventionnelle en divorce. Cette demande, toute différente de l'action principale, constituerait une demande nouvelle. Pau, 26 janvier 1885, S., 86. 2. 210.

Le principe que les demandes reconventionnelles en divorce peuvent se produire en appel sans être considérées comme demandes nouvelles, s'applique même au divorce par conversion. En d'autres termes. l'un des époux ayant succombé en première instance sur

sa demande en conversion et ayant interjeté appel de cette décision, l'autre époux peut reconventionnellement demander lui aussi la conversion. Quelle sera l'utilité de cette demande reconventionnelle, puisqu'elle ne pourra, comme la demande principale, aboutir qu'à la transformation pure et simple du jugement de séparation de corps en jugement de divorce? La cour prononcera peut-être, sur la demande reconventionnelle, la conversion qu'elle eût refusé de prononcer sur la demande principale, parce que tous les torts étaient du côté de l'époux qui avait formé cette demande. Cpr. Montpellier, 4 déc. 1889, D., 91. 2. 53.

IV. *Huis clos.*

706. Le tribunal peut interdire la publicité des débats si elle doit entraîner ou scandale ou des inconvénients graves. « *Les tribunaux peuvent ordonner le huis clos* », dit l'art. 239 al. 4. D'après le code civil, dont le système avait été accepté sur ce point par le législateur de 1884, le huis clos était de droit, au moins au début de la procédure (anciens art. 241 à 244). Sur ce point comme sur beaucoup d'autres, le législateur de 1886 en revient au droit commun. Cpr. C. pr., art. 87.

V. *Interdiction de publier les débats par la voie de la presse.*

707. L'alinéa final du nouvel art. 239 consacre l'innovation introduite par l'art. 3 de la loi du 27 juillet 1884 en ce qui concerne la publication des débats par la voie de la presse : « *La reproduction des débats par la voie de la presse, dans les instances en divorce, est interdite, sous peine de l'amende de cent à deux mille francs, édictée par l'article 39 de la loi du 30 juillet 1881* ». La curiosité publique et les journaux judiciaires en souffriront peut-être; mais les familles, qui ont intérêt à ne pas étaler au grand jour le spectacle de leurs discordes intestines, et la moralité publique y gagneront. Tel a été du moins l'espoir du législateur. D'ailleurs l'interdiction ne porte que sur la reproduction des débats, et non par conséquent sur celle du jugement.

VI. *Jugement ; sursis.*

708. L'affaire est terminée quant aux plaideurs : ils ont épuisé la série des incidents relatifs à la preuve, les plaidoiries sont faites, il ne reste plus que le jugement à rendre. Si le tribunal estime qu'il n'y a pas lieu de faire droit à la demande, rien ne l'autorise à suspendre sa décision; il la rendra sans autre délai que celui nécessaire pour délibérer. Si au contraire la demande lui paraît justifiée, il n'est pas obligé de prononcer le divorce immédiatement, du moins au cas où la demande en divorce est fondée soit sur l'adultère, soit sur des excès, sévices ou injures graves. La loi l'autorise à surseoir pendant un certain temps qui ne peut excéder six mois. Pourquoi donc? On espère que les époux mettront à

profit le délai fixé par le tribunal, pour se réconcilier. C'est bien peu probable ; mais, pour obtenir un résultat qu'elle souhaite ardemment, la loi permet de tenter même l'impossible. A l'expiration du délai d'épreuve, si les époux ne se sont pas réconciliés, le tribunal, sur la demande de l'un ou de l'autre, est obligé de prononcer le divorce, sans pouvoir ordonner un autre ajournement. La faculté d'ajournement n'appartient qu'au juge de première instance.

Tout cela résulte du nouvel art. 246 ainsi conçu : « Lorsque la demande en divorce a été formée pour toute autre cause que celle qui est prévue par l'article 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 comparaitre devant le tribunal dans le délai de la loi pour entendre prononcer le jugement de divorce ».

En comparant ce texte avec les anciens art. 259 et 260 on voit : 1^o que la faculté d'ajournement, qui n'était primitivement accordée au juge que dans les demandes en divorce pour cause d'excès, sévices ou injures graves, est étendue aux demandes en divorce pour cause d'adultère. Le seul cas excepté, sans doute parce qu'aucun espoir de réconciliation ne paraît possible, est donc celui où la demande en divorce est fondée sur une condamnation à une peine afflictive et infamante ; 2^o que le délai de l'ajournement de la sentence, qui était autrefois d'un an invariablement, n'est plus que de six mois *au maximum*, ce qui implique pour le juge la faculté de rester au-dessous de cette limite ; 3^o qu'à l'expiration du délai fixé, chacun des époux peut requérir la prononciation du divorce, tandis que, autrefois, le demandeur seul avait ce droit.

708 bis. Aux termes du nouvel art. 249 : « Le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce n'est pas susceptible d'acquiescement ». Avant la loi du 18 avril 1886, à laquelle nous devons le texte précité, la question était controversée. On dit, pour justifier la solution à laquelle le législateur s'est arrêté, que notre loi n'admet pas le divorce par consentement mutuel, et que ce principe serait violé si la partie perdante pouvait valablement rendre définitif par un acquiescement, c'est-à-dire par un acte émanant de sa libre volonté, la sentence judiciaire de divorce, que la loi lui permet d'attaquer. A notre avis, c'est la solution contraire que le législateur aurait dû consacrer. Le défendeur peut acquiescer tacitement en négligeant d'interjeter appel ; pourquoi lui interdire d'acquiescer expressément ? Le principe que le divorce ne peut pas résulter de la volonté des parties est tout à fait hors de cause ; car, après l'acquiescement, le divorce n'en sera pas moins l'œuvre de la justice qui l'a prononcé. Le défendeur a tout simplement renoncé à l'exercice d'une voie de recours, établie par la loi dans son intérêt, et dont nul ne pouvait le forcer à se servir. Il s'est ainsi incliné respectueusement devant l'œuvre de la justice, plutôt qu'il ne l'a sanctionnée. Sa volonté n'est donc pour rien dans l'admission du divorce.

L'art. 249 ne distinguant pas, on doit en conclure qu'il proscriit non seulement l'acquiescement exprès, mais aussi l'acquiescement tacite résultant de l'exécution du jugement. Caen, 19 février 1889, S., 90. 2. 217. En vertu du même principe, l'époux défendeur qui a interjeté appel du jugement prononçant le divorce ne peut pas se désister de son appel, car il acquiescerait ainsi tacitement au jugement. Il ne peut pas non plus, en faisant défaut sur l'appel, mettre le juge dans l'impossibilité d'examiner si le divorce a été légalement prononcé. Cass., 23 octobre 1889, S., 90. 1. 61.

Ce que l'art. 249 dit du jugement ou arrêt prononçant le divorce ne doit pas être étendu au jugement ou arrêt rejetant la demande en divorce. Ce jugement ou cet arrêt serait donc susceptible d'acquiescement, et, par voie de conséquence, l'époux demandeur qui aurait interjeté appel du jugement pourrait se désister de cet appel. Le législateur voit

d'un œil favorable la renonciation à l'action en divorce. Nancy, 17 janvier 1891, D., 92. 2. 56, S., 91. 2. 112, et Cass., 29 janvier 1890, S., 93. 1. 181.

L'art. 249 n'est pas applicable à la séparation de corps (*infra* n. 778).

§ IV. Voies de recours contre les jugements ou arrêts en matière de divorce.

709. Les voies de recours contre les jugements ou arrêts en matière de divorce sont au nombre de quatre : deux ordinaires, l'opposition et l'appel ; deux extraordinaires, le pourvoi en cassation et la requête civile.

I. Opposition.

710. On désigne sous le nom d'*opposition* une voie de recours établie par la loi pour attaquer un jugement rendu *par défaut*, c'est-à-dire contre un plaideur défaillant, contre un plaideur qui n'a pas accepté le débat ou qui l'a déserté après l'avoir accepté. On oppose le jugement *par défaut* au jugement *contradictoire*, ce dernier rendu contre un plaideur qui s'est défendu jusqu'au bout. Il est désirable que les décisions par défaut soient aussi rares que possible en matière de divorce. C'est pourquoi le nouvel art. 247 al. 1 dispose : « 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 ».

Remarquez que le tribunal ne doit pas ordonner la publication dans les journaux du texte de l'assignation : ce serait peut-être contraire à la disposition qui interdit la publicité des débats (art. 239 al. final), mais seulement l'insertion d'un avis invitant le défendeur à se rendre au greffe pour y prendre connaissance d'une demande formée contre lui, sans même qu'il soit nécessaire de spécifier qu'il s'agit d'une demande en divorce. C'est précisément dans cette vue que l'on a modifié la rédaction primitive portant que le tribunal pouvait « ordonner toute publicité par la voie des journaux qu'il désigne ».

Quelquefois cette précaution demeurera inutile. Alors force sera bien d'en arriver à une décision par défaut. Mais au moins faut-il faire le possible pour que cette décision parvienne à la connaissance du défendeur, afin qu'il puisse se pourvoir en temps utile par voie d'opposition. Voilà pourquoi la loi dispose : « Le » jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce par défaut est signi- » fié par huissier commis. — Si cette signification n'a pas été faite » à personne, le président ordonne sur une simple requête la publi- » cation du jugement par extrait dans les journaux qu'il désigne » (nouvel art. 247 al. 2 et 3).

711. Maintenant, dans quel délai l'opposition pourra-t-elle être formée ? D'après les règles du droit commun, l'opposition est

recevable dans la huitaine à compter de la signification à avoué, lorsque le défaut est *contre avoué*, c'est-à-dire contre un plaideur qui avait constitué avoué, et jusqu'à l'exécution du jugement, au cas de défaut *contre partie*, c'est-à-dire contre un plaideur qui n'a pas constitué avoué (C. pr., art. 157 et 158). Ces règles sont profondément modifiées en matière de divorce. Le nouvel art. 247 *in fine* dispose : « *L'opposition est recevable dans le mois de la signification, si elle a été faite à personne, et dans le cas contraire, dans les huit mois qui suivent le dernier acte de publication* ». Ce délai de huit mois n'a pas été fixé arbitrairement ; c'est le plus long délai que le code de procédure accorde pour les ajournements. (C. pr., art. 73).

On a fait observer que ce délai, qui se justifie tant bien que mal lorsque, le domicile du défendeur étant inconnu, la signification a été adressée au procureur de la république, paraît démesurément long au cas où, le défendeur étant sur les lieux, la signification a été faite à son domicile, sans que l'huissier ait pu parler à sa personne. Le rapporteur de la loi a répondu qu'il se pouvait que la copie laissée à un concierge, à un domestique, fût détournée et ne parvint pas au destinataire, et qu'on ne pouvait prendre trop de précautions pour éviter une surprise, que d'ailleurs le demandeur ne reste pas enchaîné par le délai de huit mois, attendu qu'il peut « poursuivre l'exécution du jugement obtenu par un commandement, par une saisie, par la liquidation de ses reprises, etc., et amener ainsi le défendeur à faire opposition ».

* 711 *bis*. D'après le code civil, maintenu sur ce point par la loi du 27 juillet 1884, la voie de l'opposition n'était admise en matière de divorce que contre les arrêts (art. 265), jamais contre les jugements (arg. art. 263). Cette singularité, que la loi nouvelle fait disparaître, recevait une explication historique. A l'époque de la confection du code civil, on était encore sous l'empire de l'ordonnance de 1677 qui n'admettait l'opposition qu'en cause d'appel.

II. Appel.

712. « *L'appel est recevable pour les jugements contradictoires dans les délais fixés par les articles 443 et suivants du code de procédure civile. — S'il s'agit d'un jugement par défaut, le délai ne commence à courir qu'à partir du jour où l'opposition n'est plus recevable* » (nouvel art. 248 al. 1 et 2). C'est, de tous points, le droit commun.

Mais voici une dérogation : le délai de l'appel, et non pas seulement l'appel interjeté, est suspensif de l'exécution du jugement, au moins en ce qui concerne la transcription de ce jugement sur les registres de l'état civil (arg. du nouvel art. 252 al. 1). Autrement il aurait pu arriver que le demandeur, qui a obtenu gain de cause en première instance, fit transcrire le jugement sur les registres de l'état civil et contractât un nouveau mariage, puis que, sur l'appel interjeté à la dernière heure par le défendeur, le jugement prononçant le divorce fût réformé, et alors on aurait eu

le spectacle d'un même individu engagé dans les liens d'un double mariage, sans qu'il fût possible de le poursuivre comme bigame.

« *En cas d'appel, la cause s'instruit à l'audience ordinaire et* » comme affaire urgente » (nouvel art. 248 al. 3).

D'après le décret réglementaire du 30 mars 1808, les instances en divorce paraissent devoir être jugées sur l'appel en audience solennelle. Il fut modifié sur ce point par un décret du 30 avril 1885 qui décida que les causes de divorce seraient portées en appel à l'audience ordinaire. Le texte précité (art. 248 al. 3) confirme cette disposition.

III. *Pourvoi en cassation.*

713. « *Le délai pour se pourvoir en cassation court du jour de la* » signification à partie, pour les arrêts contradictoires; et, pour les » arrêts par défaut, du jour où l'opposition n'est plus recevable. — » *Le pourvoi est suspensif en matière de divorce et en matière de* » séparation de corps » (nouvel art. 248 in fine, L. 6 février 1893).

Le délai du pourvoi est de deux mois. C'est le droit commun, et on doit l'appliquer par cela seul que la loi n'y déroge pas. Notre texte ne fait qu'une application de ce même droit commun, en tant qu'il détermine le point de départ du délai. Puisqu'on gardait le silence sur le premier point, on aurait aussi bien fait de le garder sur le second. L'article ajoute que le pourvoi est suspensif. Ici le législateur déroge au droit commun. Il le fallait bien. Autrement l'époux qui a obtenu l'arrêt prononçant le divorce aurait pu le faire transcrire immédiatement sur les registres de l'état civil, puis contracter un nouveau mariage, et ce mariage se serait trouvé nul si l'arrêt prononçant le divorce avait été cassé, car la cassation d'un arrêt entraîne l'annulation de tout ce qui a été fait en exécution de l'arrêt cassé. Cass., 20 juin 1887, S., 87. 1. 403, et 30 août 1882, S., 84. 1. 220, D., 88. 1. 298.

Bien entendu, le pourvoi n'est suspensif qu'autant qu'il a été formé dans le délai légal. Douai, 18 juillet et 9 août 1892, S., 93. 2. 41.

* D'ailleurs l'effet suspensif s'applique à tous les arrêts qui peuvent être frappés d'un pourvoi au cours d'une procédure de divorce, et notamment à l'arrêt interlocutoire ordonnant une enquête. *Lex non distinguit.* Cass., 23 nov. 1891, S., 92. 1. 18, D., 92. 1. 291, et Douai, 17 juin 1891, S., 93. 2. 14. S'il en était autrement, il pourrait arriver que le divorce fût prononcé et suivi d'un nouveau mariage contracté par l'un des époux, puis que l'arrêt interlocutoire ordonnant l'enquête fût cassé : ce qui entraînerait par voie de conséquence la nullité du divorce et du nouveau mariage qui l'a suivi.

* Un arrêt de la cour de Besançon du 1^{er} juin 1885 (D., 86. 2. 64, S., 86. 2. 131) décide que l'effet suspensif du pourvoi s'applique non seulement à l'exécution de la disposition principale de l'arrêt, celle qui prononce le divorce, mais aussi à l'exécution des mesures qu'il ordonne pour régler la situation nouvelle que le divorce va faire aux parties, telles que la liquidation des reprises de la femme et la garde des enfants. En ce qui concerne la liquidation des reprises de la femme, la décision nous paraît bien rendue. Cette mesure a un caractère définitif, et son exécution est nécessairement liée à celle de la décision principale. Mais, en faisant l'application du même principe à la décision relative à la garde des enfants, la cour nous paraît avoir oublié que les décisions de ce genre ont un caractè-

tère essentiellement provisoire (*infra* n. 753) et que par conséquent leur exécution est indépendante de l'exécution de la disposition principale, celle qui prononce le divorce ; elle ne doit donc pas être suspendue par le pourvoi en cassation.

L'effet suspensif est attaché non seulement au pourvoi formé, mais aussi au délai du pourvoi. En effet le premier acte d'exécution du jugement ou arrêt qui prononce le divorce est la transcription sur les registres de l'état civil, nécessaire pour rendre le divorce irrévocable ; or cette transcription ne peut être requise qu'à dater du jour où la décision prononçant le divorce est devenue définitive (art. 252 al. 1), par conséquent à dater de l'expiration du délai accordé pour le pourvoi en cassation, car jusque-là tout peut être remis en question par l'exercice de cette voie de recours.

IV. Requête civile.

714. Une disposition du projet de loi présenté par le gouvernement portait : « Le jugement ou l'arrêt ne peut être attaqué par la voie de la requête civile ». La commission a cru devoir supprimer cet alinéa. Il en résulte que les décisions judiciaires en matière de divorce peuvent être attaquées par la voie de la requête civile, conformément aux règles du droit commun. Nous le regrettons ; car il pourra arriver ainsi qu'un divorce, qui paraissait être devenu irrévocable par la transcription sur les registres de l'état civil de la décision judiciaire qui le prononce, soit déclaré non venu à la suite d'une requête civile sur laquelle cette décision aura été rétractée, ce qui sera particulièrement grave au cas où l'un des époux aurait contracté un nouveau mariage. Il est impossible ici d'obliger le demandeur à attendre, pour faire opérer la transcription prescrite par l'art. 251, l'expiration du délai accordé pour intenter la requête civile, car ce délai n'a pas un point de départ fixe : au cas de dol, par exemple, il court du jour où le dol a été découvert.

§ V. Exécution du jugement qui prononce le divorce.

715. L'exécution du jugement qui prononce le divorce doit être précédée de mesures de publicité, que le nouvel art. 250 organise dans les termes suivants : « *Extrait du jugement ou de l'arrêt qui prononce le divorce est inséré aux tableaux exposés tant dans l'auditoire des tribunaux civils et de commerce que dans les chambres des avoués et des notaires. — Pareil extrait est inséré dans l'un des journaux qui se publient dans le lieu où siège le tribunal, ou, s'il n'y en a pas, dans l'un de ceux publiés dans le département* ».

En brisant le mariage, le divorce brise le régime matrimonial adopté par les époux. Les tiers qui entreront désormais en relations d'affaires avec eux, sont intéressés à connaître ce changement, et c'est précisément pour les en informer que la loi prescrit les mesures de publicité dont nous venons de parler. Elles deviennent inutiles, si les époux négligent

de faire transcrire, dans le délai légal, le jugement prononçant le divorce, car alors le divorce est non avenu. Aussi eût-il été préférable peut-être de n'ordonner la publicité qu'après la transcription. La pensée du législateur semble bien être qu'elle doit avoir lieu auparavant. Il a d'ailleurs omis d'assurer l'observation de cette formalité par une sanction.

L'art. 66 C. co., qui sur plusieurs points fait double emploi avec celui-ci, exige en outre, au cas d'époux dont l'un est commerçant, que le jugement ou l'arrêt de divorce soit lu en audience publique.

716. Aux termes de l'art. 251 : « *Le dispositif du jugement ou de l'arrêt est transcrit sur les registres de l'état civil du lieu où le mariage a été célébré. — Mention est faite de ce jugement ou arrêt en marge de l'acte de mariage, conformément à l'article 49 du Code civil. Si le mariage a été célébré à l'étranger, la transcription est faite sur les registres de l'état civil du lieu où les époux avaient leur dernier domicile, et mention est faite en marge de l'acte de mariage s'il a été transcrit en France* ».

L'art. 252 ajoute : « *La transcription est faite à la diligence de la partie qui a obtenu le divorce ; à cet effet la décision est signifiée, dans un délai de deux mois, à partir du jour où elle est devenue définitive, à l'officier de l'état civil compétent, pour être transcrite sur les registres. A cette signification doivent être joints les certificats énoncés en l'article 548 du Code de procédure civile, et, en outre, s'il y a eu arrêt, un certificat de non pourvoi. Cette transcription est faite par les soins de l'officier de l'état civil, le cinquième jour de la réquisition, non compris les jours fériés, sous les peines édictées par l'article 50 du Code civil. — A défaut, par la partie qui a obtenu le divorce, de faire la signification dans le premier mois, l'autre partie a le droit, concurremment avec elle, de faire cette signification dans le mois suivant. — A défaut par les parties d'avoir requis la transcription dans le délai de deux mois, le divorce est considéré comme nul et non avenu* ». A moins cependant que le défaut de transcription ne soit le résultat de la force majeure (Paris, 30 mai 1888, S., 88. 2. 197), ou de la faute de l'officier de l'état civil (*infra* n. 719 *ter*).

717. Ces textes, œuvre du législateur de 1886, réalisent une double innovation.

718. La première tient à la forme. D'après le code civil et la loi du 27 juillet 1884, le divorce était prononcé par l'officier de l'état civil, en exécution de la décision judiciaire qui l'autorisait. Aujourd'hui c'est la justice qui prononce le divorce, et sa décision est transcrite sur les registres de l'état civil et mentionnée en marge de l'acte de mariage. Nous disons que cette innovation tient à la forme plutôt qu'au fond. Et en effet, dans l'un

comme dans l'autre système, le divorce est en réalité l'œuvre du juge, mais cette œuvre a besoin d'être complétée par celle de l'officier de l'état civil. Qu'importe que le rôle de celui-ci consiste, comme sous le code civil et la loi de 1884, à prononcer le divorce, ou bien, comme aujourd'hui, à enregistrer purement et simplement la décision du juge, du moment que, dans l'un et l'autre cas, il joue un rôle purement passif, obligé qu'il est de déférer à la réquisition qui lui est adressée soit pour la prononciation du divorce, soit pour la transcription et la mention ?

Maintenant, les avis sont extrêmement partagés sur le mérite de l'innovation dont nous venons de parler. Le rapporteur de la loi au sénat, M. Labiche, n'en était pas partisan. Il vantait le système du code civil, qui est conforme à cette règle de droit et de raison : *Nil tam naturale est quam eodem genere quiddam dissolvere quo colligatum est*. C'est l'officier de l'état civil qui noue le lien du mariage, c'est lui qui doit le dénouer. — Il a été répondu au rapporteur que l'intervention de l'officier de l'état civil dans la prononciation du divorce se justifie parfaitement dans une législation qui, comme celle du code civil, admet le divorce par consentement mutuel : il est naturel en effet que le consentement donné par les parties pour dissoudre le mariage soit exprimé dans la même forme que celui destiné à créer le lien du mariage ; et comme il convient que la forme du divorce soit toujours la même, le législateur du code civil avait été conduit à généraliser ce mode de procéder. Mais ce système ne s'impose nullement dans une législation qui proscrit le divorce par consentement mutuel, d'autant plus qu'il semble porter atteinte à la dignité de la justice, dont le rôle, prépondérant dans la réalité, ne doit pas être effacé en apparence. La justice ne prononce-t-elle pas les nullités de mariage ? Alors pourquoi ne prononcerait-elle pas aussi les divorces ? D'ailleurs, le système du code civil, accepté par la loi de 1884, donnait lieu dans la pratique à des difficultés graves, les officiers de l'état civil n'osant pas prendre sur eux de résoudre certaines questions de domicile, de résidence, de compte de mobilier... pour lesquelles ils se croyaient obligés d'en référer au parquet. Enfin il paraît que la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil était souvent l'occasion de scènes burlesques ou scandaleuses.

719. La seconde innovation est beaucoup plus grave, parce qu'elle touche au fond du droit. Sous le code civil et sous la loi du 27 juillet 1884, l'époux qui avait obtenu la décision judiciaire autorisant le divorce pouvait rendre cette décision inefficace en négligeant de faire prononcer le divorce dans le délai légal, et forcer ainsi son conjoint au rétablissement de la vie commune. Aujourd'hui chaque époux peut, le jugement ou arrêt de divorce une fois prononcé, le rendre efficace en requérant dans le délai légal la transcription ; l'époux contre lequel le divorce a été prononcé ne peut donc plus, par le fait de son conjoint, se voir imposer le rétablissement de la vie commune. Et toutefois, pendant le premier mois, l'époux qui a obtenu le divorce peut seul requérir la transcription.

Cette innovation n'a pas passé sans difficulté. Elle a été vivement combattue par M. Paris, qui, d'abord, a opposé une fin de non-recevoir résultant de ce que la loi nouvelle était seulement une loi de procédure et ne devait pas par suite résoudre une question de fond. Puis l'honorable sénateur a fait remarquer que, même à l'époque où les plus grandes

facilités étaient accordées pour le divorce, l'époux qui l'avait obtenu pouvait seul s'en prévaloir; que d'ailleurs le législateur doit favoriser toute combinaison tendant à rendre le divorce plus rare; or il se peut que l'époux qui a obtenu le divorce, satisfait de sa victoire, ou voulant déférer aux sollicitations de sa famille, consente à ne pas user de son triomphe et à faire grâce à son conjoint. Pourquoi permettre à celui-ci de paralyser ce bon vouloir en rendant par son fait le divorce irrévocable?

Il a été répondu que la disposition nouvelle n'était que la conséquence de ce principe qu'un jugement appartient à toutes les parties en cause; chacune d'elles peut donc s'en prévaloir. Ce principe a toujours été appliqué en matière de séparation de corps. L'époux qui a obtenu la séparation ne peut pas imposer à l'autre le rétablissement de la vie commune. Pourquoi en serait-il autrement en matière de divorce? Que l'époux demandeur puisse se rétracter tant que le jugement définitif de divorce n'a pas encore été prononcé, soit. Mais doit-il avoir encore ce droit, quand il a infligé à son conjoint l'humiliation suprême d'une défaite irrévocable? S'il est allé jusqu'au bout, n'est-il pas juste qu'il en subisse les conséquences et que son conjoint puisse venir lui dire : « Votre pardon, je n'en veux pas, il arrive trop tard ». Désormais le consentement mutuel des époux sera donc nécessaire, pour que le jugement de divorce demeure inefficace : il faudra qu'ils laissent l'un et l'autre passer le délai légal sans requérir la transcription et l'inscription.

719 bis. Le mandat *ad litem*, donné à un avoué pour suivre une instance en divorce, ne comprend pas le pouvoir de faire transcrire le jugement de divorce. Si l'avoué de l'une des parties a opéré cette transcription sans un mandat spécial, qui d'ailleurs peut être simplement verbal, la transcription est nulle, et le divorce non avenu, si le délai légal de la transcription est expiré. Autrement un avoué pourrait, en transcrivant contre le gré de son client, mettre les parties dans l'impossibilité de rendre le divorce non avenu conformément à l'art. 252 *in fine*. Nancy, 14 janvier 1888, S., 88. 2. 53.

719 ter. Concentrons maintenant notre attention sur l'époque à laquelle la transcription doit être effectuée par l'officier de l'état civil et sur la déchéance résultant du défaut de transcription.

Sur le premier point, la loi dit que l'officier de l'état civil doit effectuer la transcription le cinquième jour de la réquisition, non compris les jours fériés. On ne compte pas non plus le jour de la signification, d'après la règle *Dies a quo non computatur in termino*. Ainsi, la réquisition de transcription ayant été signifiée à l'officier de l'état civil un mardi, la transcription devra être effectuée le lundi suivant, ni plus tôt, ni plus tard. Comme on le verra bientôt, c'est la transcription qui marque le moment de la dissolution du mariage, et la loi n'a pas voulu que l'officier de l'état civil pût arbitrairement avancer ou retarder ce moment en transcrivant à un moment quelconque du délai qui lui est imparti.

En ce qui concerne la déchéance résultant du défaut de transcription, nous remettons d'abord le texte sous les yeux du lecteur : « A défaut par les parties d'avoir requis la transcription dans le » délai de deux mois, le divorce est considéré comme nul et non » avenu ».

Le délai de deux mois court à compter du jour où la décision prononçant le divorce est devenue définitive (art. 252 al. 1), par conséquent à compter de l'expiration des délais accordés pour

l'exercice des voies de recours, et, au cas de pourvoi en cassation, si le pourvoi a été rejeté, à compter du rejet. *Riom*, 7 août 1889, sous cass., D., 91. 1. 277.

Faute d'avoir requis la transcription dans le délai de deux mois, les époux sont déchus du bénéfice du jugement ou arrêt de divorce.

Cette déchéance était nécessaire. On ne pouvait pas autoriser les époux divorcés à rester indéfiniment dans la situation de deux personnes mariées avec faculté de répudiation réciproque et arbitraire. Notre disposition fournit en outre aux époux entre lesquels le divorce a été prononcé un moyen de revenir en arrière. Par un accord tacite, ils peuvent rendre le divorce non avvenu.

La déchéance est attachée par la loi au défaut de réquisition de la transcription dans les deux mois. Voyez le texte. Il suffit donc que la transcription ait été requise dans le délai pour que la déchéance ne soit pas encourue. Et il importerait peu que l'officier de l'état civil eût laissé passer le cinquième jour à dater de la réquisition sans opérer la transcription. La négligence de l'officier de l'état civil ne peut pas être la source d'une déchéance pour les époux; elle ferait seulement encourir à cet officier la responsabilité pénale édictée par notre texte, celle de l'art. 50. C'est la seule sanction établie par la loi et l'interprète ne peut pas en ajouter d'autre. *Riom*, 7 août 1889, sous cass., 5 août 1890, D., 91. 1. 277. Sans préjudice, bien entendu, des dommages et intérêts auxquels pourra être condamné l'officier de l'état civil négligent, par application de l'art. 1382.

Il reste à savoir comment devra être réparée la négligence de l'officier de l'état civil qui, régulièrement requis, aurait laissé passer le cinquième jour à dater de la réquisition sans effectuer la transcription. Il nous paraît que la transcription ne pourrait désormais être effectuée qu'en vertu d'un jugement. C'est ce qui résulte par argument de l'avis du conseil d'Etat du 12 brumaire de l'an XI.

Mais voici une difficulté. L'un des époux est mort depuis que la transcription a été requise et avant qu'elle ait été effectuée. Cet événement exercera-t-il quelque influence sur le sort du divorce? Les auteurs distinguent. Si la mort est survenue après l'expiration du cinquième jour à dater de la réquisition, par conséquent à une époque où la transcription aurait dû être effectuée, si l'officier de l'état civil se fût conformé aux prescriptions de la loi, le divorce n'en sera pas moins irrévocable. Mais au contraire le divorce sera non avvenu, si la mort est survenue avant le cinquième jour à dater de la réquisition, par conséquent à une époque où la transcription, non seulement n'était pas effectuée, mais ne devait pas l'être. On argumente en ce sens de l'art. 244 al. final, aux termes duquel : « L'action » en divorce s'éteint... par le décès de l'un des époux survenu avant que le jugement soit » devenu irrévocable par la transcription sur les registres de l'état civil ».

Mais de deux choses l'une.

Ou bien il faut considérer ce texte comme faisant allusion au fait matériel de la transcription, et alors la mort de l'un des deux époux survenue avant la transcription rendra le divorce nul et non avvenu dans tous les cas sans distinction.

Ou bien la loi fait allusion à la réquisition de transcription, et alors la mort, survenue après cette réquisition et avant qu'il y ait été donné suite, sera dans tous les cas sans influence sur le sort du divorce.

C'est vers cette dernière solution que nous inclinierions.

720. Au lendemain de la loi, s'est élevée une question qu'il était facile de prévoir. La loi nouvelle devait-elle s'appliquer aux divorces qui, au moment de sa promulgation, se trouvaient autorisés par une décision judiciaire passée en force de chose jugée, mais n'avaient point encore été prononcés par l'officier de l'état civil? En d'autres termes, supposons qu'une décision judiciaire irrévocable, autorisant le divorce, ait été rendue sous l'empire de la loi du 27 juillet 1884; au moment de la promulgation de la loi du 18 avril

1886, l'époux qui avait obtenu ce jugement ne l'avait point encore exécuté en faisant prononcer le divorce par l'officier de l'état civil, mais les délais n'étaient point expirés. Fallait-il, pour rendre ce jugement efficace, se référer aux prescriptions de la loi sous l'empire de laquelle il avait été rendu, ce qui conduisait à dire que le divorce devait être prononcé par l'officier de l'état civil, sur la réquisition de l'époux qui l'avait obtenu? Ou bien au contraire y avait-il lieu de procéder conformément aux prescriptions de la loi nouvelle, d'après laquelle le jugement est rendu efficace par la transcription sur les registres de l'état civil, effectuée à la requête de l'un ou de l'autre des époux?

A première vue, il semble que ce soit la loi nouvelle qui doit être appliquée. L'art. 7 de cette loi ne dit-il pas que : « *La présente loi s'appliquera aux instances de divorce commencées sous l'empire de la loi du 27 juillet 1884* » : ce qui n'est qu'une application du principe général en vertu duquel les lois de procédure rétroagissent.

Mais, avec la réflexion, on revient vite de cette première impression. L'art. 7 parle d'une instance *commencée*. Ce n'est pas notre hypothèse. En effet l'instance en divorce est *terminée* : elle a été couronnée par un jugement définitif; il s'agit d'exécuter ce jugement, et, naturellement, il doit être exécuté suivant sa teneur. Or que porte son dispositif? *Que le divorce est admis, et qu'en conséquence les parties sont autorisées à se retirer devant l'officier de l'état civil pour faire prononcer le divorce*. C'était la formule généralement adoptée. Donc il ne peut être question de faire transcrire ce jugement sur les registres de l'état civil : ce serait faire autre chose que ce qu'il ordonne. En vain l'officier de l'état civil requis de prononcer le divorce opposerait-il qu'il ne saurait procéder à une cérémonie que la loi a abolie. Il ne peut refuser d'exécuter une décision judiciaire régulièrement rendue sous la loi alors en vigueur et passée en force de chose jugée. La cérémonie de la prononciation du divorce est abolie, oui; mais seulement pour les divorces que les tribunaux prononceront à l'avenir, non pour ceux sur lesquels ils avaient déjà statué. C'est d'ailleurs en ce sens que la question a été résolue par une circulaire du garde des sceaux en date du 22 avril 1886. Cpr. tribunal de Fontainebleau, 17 nov. 1886, S., 87. 2. 221.

721. Aux termes de l'art. 252 *in fine* : « *Le jugement [ou arrêt] dûment transcrit remonte, quant à ses effets entre époux, au jour de la demande* ». C'est une dérogation au droit commun; car, si la rétroactivité est naturellement attachée aux jugements *déclaratifs*, c'est-à-dire à ceux qui ne font que constater l'existence du droit réclamé, il en est autrement des jugements *attributifs*, c'est-à-dire de ceux qui établissent un ordre de choses nouveau, qui créent une situation nouvelle aux parties, comme il arrive pour le jugement prononçant un divorce. En l'absence d'un texte, le divorce n'aurait donc pu produire ses effets qu'à dater du jour de sa prononciation devenue irrévocable. C'était la solution admise par tout le monde sous l'empire du code civil et de la loi du 27 juillet 1884. D'ailleurs à cette époque le divorce n'était pas prononcé par le juge, mais par l'officier de l'état civil, et si les jugements rétroagissent, il n'en est pas de même des actes de l'état civil.

Malgré la généralité des termes de l'art. 252 *in fine*, il nous paraît certain que le législateur n'a en vue que les effets du divorce relatifs aux biens des époux, et non ceux relatifs à leurs personnes. La femme ne pourrait donc pas invoquer la rétroactivité édictée par notre texte, pour échapper aux conséquences

pénales de l'adultère qu'elle aurait commis pendant le cours de l'instance en divorce (cpr. Limoges, 26 nov. 1887, S., 89. 2. 129, D., 89. 2. 40), pas plus qu'on ne pourrait invoquer cette même rétroactivité contre elle à l'effet de la priver de l'action en nullité résultant du défaut d'autorisation pour les actes par elle accomplis durant la litispendance. Cass., 18 avril 1893, Gaz. des trib. du 6 mai 1893.

Quel est le fondement de la rétroactivité édictée par l'art. 252 *in fine* ? « La disposition a pour objet, dit le rapporteur de la loi au sénat, M. Labiche, d'enlever aux époux la faculté de modifier en ce qui les concerne le patrimoine de la communauté, en avançant ou en retardant suivant certaines combinaisons le moment où la décision du juge sera définitive », notamment « de priver le » mari des moyens de modifier arbitrairement le patrimoine de la » communauté pendant la durée de l'instance ». Cass., 18 avril 1893, Gaz. des trib. du 6 mai 1893.

Voici quelques conséquences du principe de rétroactivité que nous venons d'établir.

1° Si les époux étaient communs en biens, la communauté doit être liquidée d'après l'état de choses existant lors de la demande.

2° La pension alimentaire, payée par le mari à la femme pendant l'instance en divorce, ne doit pas rester à la charge de la communauté, mais bien à la charge personnelle de la femme. Il y aura lieu d'en déduire le montant sur les fruits et intérêts des reprises de la femme, qui lui sont dus à compter de la demande. C'est une simple avance qui a été faite à la femme sur son revenu. Cass., 7 janvier 1890, D., 91. 1. 236.

3° Les obligations et aliénations, consenties par le mari comme chef de la communauté durant la litispendance, sont sans effet par rapport à la femme.

D'ailleurs c'est seulement quant à ses effets *entre époux* que le jugement de divorce rétroagit. La rétroactivité n'a pas lieu à l'égard des tiers : ce qui est très juste, les tiers ignorant le plus souvent l'existence de la demande en divorce, que la loi ne soumet à aucune mesure de publicité, qu'elle semble même vouloir couvrir d'un voile, puisqu'elle interdit la publicité des débats par la voie de la presse. Il en résulte notamment que la communauté sera tenue des conséquences des obligations et des aliénations consenties par le mari comme chef de la communauté durant la litispendance. Et toutefois, la femme pourrait faire annuler à l'encontre des tiers les obligations et aliénations qu'elle prouverait avoir

été consenties par le mari en fraude de ses droits (art. 243, *infra* n. 729).

Il reste à préciser l'époque à laquelle le jugement rétroagit. La loi dit : *au jour de la demande*, ce qui signifie, à notre avis : *au jour où a été lancée la citation à comparaître devant le tribunal compétent*. Jusque-là, en effet, la demande n'est pas encore formée, elle n'est que projetée.

Cette solution n'est pas en contradiction avec celle que nous donnons au n. 691, sur le point de savoir à quel moment la compétence du tribunal est définitivement arrêtée. On comprend que la procédure du divorce ne doit pas être scindée, qu'une partie de cette procédure ne puisse pas se dérouler devant un tribunal, et l'autre devant un tribunal différent. La compétence doit être définitivement réglée d'après l'état de choses existant au jour où a été accompli le premier acte régulier de la procédure, par conséquent à une époque antérieure à la demande (*supra* n. 691). Mais les effets du jugement qui prononce le divorce ne rétroagiront qu'au jour de la demande.

SECTION II

MESURES PROVISOIRES ET CONSERVATOIRES

N° 1. Mesures provisoires.

I. Diverses catégories de mesures provisoires.

722. Les mesures provisoires peuvent être divisées en quatre catégories : 1° celles que le président du tribunal peut ordonner au moment où il reçoit la requête de l'époux demandeur en divorce ; 2° celles ordonnées par ce même magistrat à l'issue de l'essai de conciliation, lorsqu'il demeure infructueux ; 3° les mesures provisoires qui sont de la compétence du tribunal ; 4° enfin celles qui rentrent dans l'office du président du tribunal statuant comme juge des référés.

1. Mesures provisoires de la première catégorie.

723. A partir du moment où la citation en conciliation est lancée, il se peut que la cohabitation devienne intolérable pour les époux ou même dangereuse. Aussi la loi permet-elle de la faire cesser. A cet effet l'époux demandeur, quel qu'il soit, peut solliciter du président du tribunal, au moment où il comparait devant lui pour obtenir l'ordonnance permettant de citer, l'autorisation de résider séparément de son conjoint. Si c'est la femme, le président du tribunal fixera le lieu de sa résidence provisoire ; il jouit, pour la détermination de ce lieu, d'un pouvoir discrétionnaire. Il en sera autrement, si c'est le mari qui est demandeur, car le mari a le droit de fixer sa résidence où il veut ; il suffira donc de l'autoriser à quitter sa femme.

Tout cela résulte du nouvel art. 236 ainsi conçu : « *Le juge peut, par l'ordonnance* » *permettant de citer, autoriser l'époux demandeur à résider séparément, en indiquant,* » *s'il s'agit de la femme, le lieu de la résidence provisoire* ».

La résidence assignée à la femme forme pour elle un domicile provisoire où doivent lui être signifiés les actes de la procédure. Chambéry, 19 juillet 1887, S., 90. 2. 217, D., 88. 2. 89.

Il se peut que l'époux demandeur, soit le mari, soit la femme, ait un intérêt majeur à ne pas quitter le lieu du domicile conjugal. Peut-il dans ce cas obtenir du président du tribunal l'autorisation de rester à ce domicile, l'autre époux devant le quitter? Par exemple la femme, demanderesse en divorce, exerce au lieu du domicile conjugal l'industrie de tailleuse de robes, à laquelle son mari ne participe pas. Le président du tribunal peut-il ordonner, sur sa demande, qu'elle restera au domicile conjugal et que son mari devra le quitter? Que ce droit appartienne au président du tribunal comme juge des référés, on n'en peut guère douter (arg. art. 806 C. pr.). D'ailleurs le référé implique un débat contradictoire, et la décision du juge est susceptible d'appel. Autant de garanties pour l'époux défendeur. Mais il peut paraître douteux, vu le silence de la loi et malgré l'affirmation contraire du rapporteur de la commission du sénat, que le président puisse rendre une semblable décision en vertu des pouvoirs que lui confère l'art. 236. En effet l'époux défendeur pourrait ainsi se trouver contraint de quitter le domicile conjugal sans avoir été mis en mesure de se faire entendre, et il n'aurait, comme on le verra bientôt, aucune voie de recours contre cette décision. La jurisprudence ne s'est pas arrêtée devant ces raisons. V. cep. Paris, 25 février 1885, S., 85. 2. 87, et Cass., 18 janv. 1892. D., 92. 1. 124. S., 92. 1. 68.

Tout ce qui concerne la résidence des époux pendant le cours de l'instance peut être réglé d'un commun accord entre eux. Cass., 6 février 1889, S., 91. 1. 379.

Rien ne s'oppose d'ailleurs à ce que les époux continuent à vivre ensemble pendant la durée de l'instance, si tel est leur bon plaisir. Arg. art. 246 al. 2. Mais dans la pratique ils n'useront guère de cette faculté; d'autant plus que le demandeur en divorce peut craindre que sa longanimité ne compromette le succès de son action. Le tribunal penserait peut-être que la vie commune n'est pas aussi intolérable qu'il le prétend, puisqu'il l'a continuée pendant toute la durée du procès, alors qu'il ne tenait qu'à lui de la faire cesser.

Bien que la loi ne le dise pas, le président du tribunal peut aussi, par cette première ordonnance, statuer provisoirement sur la garde des enfants et sur la remise des effets personnels. Arg. des mots à nouveau de l'art. 238 al. 2. Mais la loi lui refuse le droit d'accorder à ce moment une pension alimentaire et à plus forte raison une provision *ad litem*. Arg. art. 238 al. 2 *in fine*. Paris, 12 janv. 1889, S., 91. 2. 51. Cpr. *infra*, n. 725.

2. Mesures provisoires de la deuxième catégorie.

724. Au moment où les parties comparaissent devant lui pour l'essai de conciliation, le président du tribunal, peut, par l'ordonnance même qui clot la séance (c'est la seconde : celle-là est contradictoire) « *statuer à nouveau, s'il y a lieu, sur la résidence de l'époux* » *demandeur, sur la garde des enfants, sur la remise des effets per-* » *sonnels, et il a la faculté de statuer également, s'il y a lieu, sur*

» *la demande d'aliments* » (nouvel art. 238 al. 2). La rédaction de la partie finale de cette disposition semble bien annoncer que le président est appelé pour la première fois à statuer sur la demande d'aliments, ainsi que nous l'avons noté tout-à-l'heure.

3. *Mesures provisoires de la troisième catégorie.*

725. « *Lorsque le tribunal est saisi, les mesures provisoires prescrites par le juge peuvent être modifiées ou complétées au cours de l'instance, par jugement du tribunal, sans préjudice du droit qu'a toujours le juge de statuer, en tout état de cause, en référé, sur la résidence de la femme* » (nouvel art. 238 al. 5).

Le tribunal n'a pas qualité pour réformer les décisions qui auraient été rendues par le président. Il serait contraire à toutes les règles d'ériger le tribunal en juge d'appel des décisions de son président. Il est seulement appelé à modifier ou à compléter ces décisions, lorsque le besoin s'en fait sentir à raison des faits nouveaux qui sont survenus.

La disposition de l'art. 238 al. 5 est complétée par celle de l'art. 240, qui fait sur plusieurs points double emploi avec elle : « *Le tribunal peut, soit sur la demande de l'une des parties intéressées, soit sur celle de l'un des membres de la famille, soit sur les réquisitions du ministère public, soit même d'office, ordonner toutes les mesures provisoires qui lui paraissent nécessaires dans l'intérêt des enfants. — Il statue aussi sur les demandes relatives aux aliments pour la durée de l'instance, sur les provisions et sur toutes les autres mesures urgentes* ».

Le tribunal a toute latitude pour ordonner les mesures que réclame l'intérêt des enfants. Ainsi il peut en confier la garde soit au père, soit à la mère, soit même à une tierce personne. Mais, toutes choses égales d'ailleurs, il semble que la garde doive être confiée au père, qu'il soit demandeur ou défendeur à l'action en divorce, car c'est à lui qu'appartient l'exercice de la puissance paternelle pendant le mariage (art. 373), et le mariage continue à produire ses effets légaux pendant l'instance en divorce.

L'époux auquel la garde des enfants n'a point été confiée, ou chaque époux, si les enfants ont été confiés aux soins d'une tierce personne, a le droit de surveiller l'entretien et l'éducation desdits enfants et de recourir aux tribunaux pour obtenir la répression des abus qui seraient commis. Chaque époux doit contribuer proportionnellement à ses facultés aux frais de l'entretien et de l'éducation des enfants. Arg. ancien art. 303.

Les diverses mesures commandées par l'intérêt des enfants peuvent être ordonnées par

le tribunal soit d'office, soit sur la réquisition du ministère public ou de l'une des parties ou de l'un des membres de la famille. La loi n'établit aucune limitation quant au degré, et par conséquent un parent éloigné ou un allié peut mettre en mouvement l'action du tribunal. Il en était autrement d'après l'ancien art. 267 du code civil, qui accordait l'initiative des mesures à prendre à *la famille* c'est-à-dire, suivant l'opinion générale, au conseil de famille.

Quels sont les moyens de coercition qui peuvent être employés pour assurer l'exécution de la décision du tribunal en ce qui concerne les enfants? Le concours de la force publique peut être requis, c'est incontestable. Plusieurs décisions judiciaires ont, en outre, soit autorisé la saisie des revenus de l'époux récalcitrant, soit prononcé contre lui une condamnation à des dommages et intérêts : tant par chaque jour de retard apporté à l'exécution de la sentence. Mais la légalité de ces deux moyens soulève des objections graves.

Enfin la loi dit que le tribunal statue sur les demandes relatives aux aliments, *sur les provisions* et sur toutes les autres mesures urgentes. *Sur les provisions*, par conséquent sur la provision *ad litem*, destinée à subvenir aux frais du procès, dont il peut y avoir lieu de faire l'avance, aussi bien que sur la provision alimentaire. Le tribunal est seul compétent pour statuer sur la provision *ad litem*. Le président n'a pas ce droit, l'art. 238 al. 2 l'autorisant seulement à statuer sur les demandes d'aliments. C'est qu'en effet la provision *ad litem* est d'une nécessité moins urgente que la provision alimentaire.

Ordinairement c'est le mari qui se voit condamné à payer à la femme une provision alimentaire et une provision *ad litem*. Exceptionnellement, le mari pourrait réclamer cette double provision à sa femme, si toutes les ressources se trouvaient du côté de celle-ci et qu'elle en eût la libre disposition en vertu de ses conventions matrimoniales.

4. Mesures provisoires de la quatrième catégorie.

726. Certaines mesures provisoires, dont le besoin se fait sentir pendant la durée de l'instance en divorce, sont de la compétence du président du tribunal statuant comme juge des référés. Ce sont celles qui présentent un caractère d'urgence. La loi en indique une dans l'art. 238 al. 5 *in fine* que nous avons déjà cité : « *sans* » *préjudice du droit qu'a toujours le juge de statuer, en tout état de cause, en référé, sur la résidence de la femme* ».

On a induit à tort de ce texte par un argument *a contrario* que le président du tribunal n'a pas le droit de statuer comme juge des référés sur les autres mesures provisoires urgentes, par exemple sur la garde des enfants quand elle présente un caractère d'urgence. Pau, 10 août 1887, S., 89. 2. 29. Cpr. Paris, 12 mars 1891, D., 92. 2. 567, et Bordeaux, 3 juin 1892, D., 92. 2. 524. Un texte bien formel serait nécessaire pour qu'on pût admettre une dérogation de cette importance et si peu justifiée aux règles du droit commun consacrées par l'art. 806 C. pr. La loi n'a parlé dans l'art. 238 al. 5 *in fine* que de la résidence de la femme, parce que ce sera ordinairement la seule mesure provisoire qui présentera un caractère d'urgence pendant la durée de l'instance.

L'obligation pour la femme de conserver la résidence qui lui a

été assignée reçoit une double sanction : « *La femme est tenue de justifier de sa résidence dans la maison indiquée, toutes les fois qu'elle en est requise; à défaut de cette justification, le mari peut refuser la provision alimentaire, et, si la femme est demanderesse en divorce, la faire déclarer non recevable à continuer ses poursuites* » (nouvel art. 241). C'est extrêmement rigoureux. Aussi va-t-il de soi qu'il ne faut pas enchérir encore sur la sévérité de la loi. Quand elle dit que la femme pourra être déclarée non recevable à continuer ses poursuites, cela signifie tout simplement que les poursuites de la femme pourront être suspendues pendant tout le temps qu'elle restera hors de la résidence qui lui a été assignée, mais non qu'elle pourra être déclarée non recevable dans toute poursuite ultérieure. C'est seulement un refus d'audience, qui peut lui être infligé à titre de peine pendant tout le temps que durera sa résistance à l'ordre du juge, mais non la perte de son action.

II. *Voies de recours contre les décisions ordonnant des mesures provisoires.*

727. Nulle voie de recours n'est admise contre les mesures provisoires ordonnées par le président du tribunal au moment où il reçoit la requête de l'époux demandeur. En effet la loi n'en organise aucune, et on ne peut songer à celles qu'elle établit contre les ordonnances de référé, le président ne statuant pas ici comme juge des référés. D'ailleurs il n'y a pas à cela grand inconvénient, l'effet de ces mesures ne pouvant se prolonger au delà d'un temps très court.

Il en est autrement des mesures provisoires prescrites par le président du tribunal dans l'ordonnance qui couronne l'essai de conciliation, et qui constate, comme on le sait, la non-conciliation ou le défaut et autorise le demandeur à assigner devant le tribunal. Le nouvel art. 238 al. 3 dispose que cette ordonnance est exécutoire par provision, et qu'elle est susceptible d'appel dans les délais fixés par l'art. 809 C. pr., c'est-à-dire dans le délai de quinzaine.

* Supposons que l'appel ait été interjeté. Avant que la cour ait statué, le demandeur a usé de l'autorisation que le président du tribunal lui a donnée de citer : il a saisi le tribunal de sa demande en divorce. Que va devenir l'appel pendant devant la cour? La difficulté vient de ce que le tribunal est désormais maître de la situation en ce qui concerne les mesures provisoires : garde des enfants, demande d'aliments... (art. 238 al. 5). De sorte que la décision de la cour semble offrir bien peu d'intérêt, puisque, quelle qu'elle soit, elle pourra être modifiée, sinon réformée, par le tribunal, investi du pouvoir d'ordonner de nouvelles mesures provisoires aussi souvent que les circonstances lui paraîtront l'exiger. Faut-il en conclure que la cour est dessaisie? A l'appui de l'affirmative, on a invoqué les discussions qui se sont produites lors de la confection de la loi. M. Batbie ayant posé la question suivante : « Comment ferez-vous, si le tribunal est saisi et que la

cour n'ait pas statué? », le rapporteur a répondu : « Dans ce cas la cour est dessaisie ». Et comme on lui objectait que cela n'allait pas tout seul et qu'il serait bon de l'exprimer, l'alinéa 3 de l'art. 238 fut renvoyé à la commission qui proposa d'y ajouter ces mots : « tant que le tribunal n'a pas été saisi de la demande principale. Dans ce cas la cour se « trouvera dessaisie ». Critiquée par M. Dauphin, la nouvelle rédaction fut de nouveau renvoyée à la commission, qui, dans la rédaction définitive, supprima comme inutile (1) la phrase qu'elle n'avait consenti à ajouter que par esprit de conciliation. De tout cela, il résulte bien, dit-on, que la cour est dessaisie, lorsqu'elle n'a pas encore statué sur l'appel de l'ordonnance du président au moment où le tribunal est saisi. Et si l'on admet cette solution, on est conduit logiquement à décider que l'appel ne peut plus être utilement interjeté une fois que le tribunal est saisi de la demande en divorce, ainsi que l'ont jugé sept arrêts de cours d'appel, dont le dernier est de la cour de Bordeaux (3 juin 1892, D., 92. 2. 524).

* Dans les précédentes éditions, nous faisons nos réserves au sujet de ces solutions. D'abord, disions-nous, la discussion, qui s'est élevée au sujet de la question proposée et que nous venons de retracer en partie, a été d'une obscurité compacte; il est donc difficile d'en tirer un argument de quelque valeur. Ensuite un texte paraîtrait absolument nécessaire pour qu'une juridiction régulièrement saisie pût ainsi se trouver dessaisie de plein droit, ou pour qu'un plaideur fût privé du droit d'interjeter appel que la loi lui accorde par une disposition formelle conçue en termes généraux et absolus (art. 238 al. 3). Enfin comment admettre que le demandeur en divorce puisse, en saisissant le tribunal au moment qu'il lui plaira de choisir, faire tomber l'appel pendant devant la cour ou mettre obstacle à ce que l'appel soit interjeté? De là nous tirions cette double conclusion : d'une part que la cour doit statuer sur l'appel, bien que le tribunal ait été saisi avant qu'elle ait pu rendre sa décision, à moins que l'époux défendeur ne se désiste de son appel; d'autre part que l'appel peut être utilement interjeté quand le tribunal est déjà saisi de la demande en divorce. Sauf au tribunal, dans l'un et l'autre cas à modifier, non à réformer, quand besoin sera à raison de circonstances nouvelles, la décision de la cour. Aujourd'hui cette opinion peut invoquer la haute autorité de la cour de cassation. L'arrêt du 29 juin 1892 (D., 92. 1. 553) fixera, nous l'espérons, la jurisprudence qui paraissait se former en sens contraire. V. la note de M. de Loynes qui accompagne cet arrêt.

Il reste les mesures provisoires ordonnées par le tribunal et celles ordonnées par le président du tribunal statuant comme juge des référés. La loi ne s'étant pas expliquée sur les voies de recours dont elles sont susceptibles, nous en concluons qu'il y aurait lieu d'appliquer de tous points les règles du droit commun.

N° 2. Mesures conservatoires.

728. Aux termes du nouvel art. 242 : « *L'un ou l'autre des époux peut, dès la première ordonnance, et sur l'autorisation du juge, donnée à charge d'en référer, prendre pour la garantie de ses droits des mesures conservatoires, notamment requérir l'apposition des scellés sur les biens de la communauté. — Le même droit appartient à la femme même non commune, pour la conservation de ceux de ses biens dont le mari a l'administration ou la jouissance. — Les scellés sont levés à la requête de la partie la plus diligente,*

(1) Il se peut très bien, comme le remarque avec raison M. de Loynes, dans la note que nous citerons tout à l'heure, que plusieurs des membres de la commission aient voté le rejet de la phrase additionnelle parce qu'ils la considéraient comme contraire aux principes et que la même pensée ait inspiré ceux qui ont voté la loi : ce qui enlève beaucoup de force à l'argument.

» les objets et valeurs sont inventoriés et prisés, l'époux qui est en possession en est constitué gardien judiciaire, à moins qu'il n'en soit décidé autrement ».

Ce texte reproduit en l'améliorant l'ancien art. 270 : il résout plusieurs difficultés auxquelles la disposition de ce dernier article avait donné naissance.

D'abord il autorise les mesures conservatoires au profit de l'un ou de l'autre époux : l'art. 270 ne parlait que de la femme.

Ensuite il permet à la femme d'avoir recours aux mesures conservatoires, sous quelque régime qu'elle soit mariée ; l'ancien texte ne parlait que de la femme commune en biens, et des doutes s'étaient élevés sur le point de savoir s'il pouvait être invoqué par la femme mariée sous un régime d'où la communauté était exclue.

On discutait aussi sur le point de savoir si la femme avait besoin d'une autorisation pour faire apposer les scellés ; le nouveau texte consacre la solution affirmative admise par la jurisprudence.

Enfin ce même texte résout une dernière difficulté. L'ancien art. 270 ne parlait que de l'apposition des scellés, et des doutes s'étaient élevés sur le point de savoir si la femme pouvait avoir recours à d'autres mesures conservatoires, telles que des saisies-arrêts entre les mains des débiteurs du mari. Le nouveau texte résout la question dans un sens conforme au vœu que nous exprimions dans notre commentaire de la loi du 27 juillet 1884 sur le divorce, n. 94 ; il laisse au juge le soin de déterminer les mesures conservatoires à appliquer. V. cep. Cass., 26 mars 1889, S., 90. 1. 253, D., 89. 1. 444 ; Riom, 21 déc. 1891, S., 92. 2. 4 ; Lyon, 25 mai 1892, D., 92. 2. 535, et Paris, 13 avril 1889, D., 92. 2. 552. Ces arrêts décident que le tribunal ne peut pas nommer un séquestre chargé d'administrer à la place du mari soit les biens dotaux, soit les biens de la communauté. Un texte formel paraîtrait nécessaire pour que le mari pût ainsi être dépouillé d'un droit d'administration qui lui appartient en vertu de la loi.

729. Aux termes du nouvel art. 243 : « Toute obligation contractée par le mari à la charge de la communauté, toute aliénation par lui faite des immeubles qui en dépendent, postérieurement à la date de l'ordonnance dont il est fait mention en l'article 235, sera déclarée nulle, s'il est prouvé d'ailleurs qu'elle ait été faite ou contractée en fraude des droits de la femme ». Ce texte reproduit exactement l'ancien art. 271. Il formule une application particulière du principe général qui permet à un créancier d'attaquer les actes faits par son débiteur en fraude de ses droits (art. 1167).

* Le projet, adopté par le conseil d'Etat en l'an X, contenait une disposition beaucoup plus rigoureuse, celle de l'art. 41, ainsi conçu : « A compter du jour de la demande en divorce, le mari ne pourra plus contracter de dettes à la charge de la communauté, ni disposer des immeubles qui en dépendent : toute aliénation qu'il en fera sera nulle de droit ». Les obligations contractées à la charge de la communauté, et les aliénations d'immeubles communs, consenties par le mari, le tout postérieurement à la demande en divorce, étaient donc présumées frauduleuses, et c'est pourquoi elles étaient déclarées nulles de droit. Sur les observations du tribunal, le conseil d'Etat renonça à cette disposition. Mais il refusa de consacrer celle que le tribunal proposait pour la remplacer, et préféra en revenir au droit commun, dont l'art. 271, tel qu'il a été définitivement rédigé, n'est en somme que l'expression ; on l'a formellement dit au conseil d'Etat. Il en résulte que l'art. 271 ne devait pas, sous l'empire du code civil, être considéré comme restrictif, et il en est de même du nouvel art. 243. Bien que la loi ne parle que des aliénations d'immeubles, notre disposition s'appliquerait donc également aux aliénations de meubles. Il en résulte aussi que la femme ne peut réussir dans son action en nullité qu'autant que les conditions prescrites par le droit commun se trouvent réunies. Elle doit donc prouver la fraude du mari, et en outre la complicité de celui avec qui il a traité, si l'acte dont elle demande la nullité est à titre onéreux.

SECTION III

DES FINS DE NON-RECEVOIR CONTRE L'ACTION EN DIVORCE

730. Le nouvel art. 244, qui reproduit avec quelques améliorations la disposition des anciens art. 272 et 273, indique deux causes d'extinction de l'action en divorce : la réconciliation des époux et la mort de l'un d'eux. Il faut ajouter la prescription.

N° 1. Réconciliation des époux.

731. « *L'action en divorce s'éteint par la réconciliation des époux, survenue soit depuis les faits allégués dans la demande, soit depuis cette demande. — Dans l'un et l'autre cas, le demandeur est déclaré non recevable dans son action* » (nouvel art. 244 al. 1 et 2).

La réconciliation éteint l'action en divorce, parce qu'elle implique le pardon de l'époux offensé, et par suite sa renonciation au droit d'exercer l'action en divorce, ou de la continuer si elle a déjà été intentée.

Cette fin de non-recevoir peut être invoquée quelle que soit la cause de la demande en divorce, et sans qu'il y ait lieu d'excepter le cas où elle est fondée sur une condamnation à une peine afflictive et infamante. Toulouse, 7 juillet 1886, S., 86. 2. 209.

732. La réconciliation des époux, ou plutôt le pardon qu'elle implique, peut résulter, soit d'une déclaration expresse émanée de l'époux offensé, soit de certains faits accomplis par lui, et dont il appartient souverainement aux tribunaux d'apprécier la portée. Celui qui paraît le plus significatif entre tous, sans qu'on puisse cependant le considérer comme fournissant toujours une preuve péremptoire du pardon, c'est le consentement donné par l'époux offensé au rétablissement de la vie commune, lorsqu'elle a été suspendue provisoirement. Quant à la grossesse de la femme, survenue depuis la demande ou depuis les faits qui y ont donné lieu, on ne peut pas établir en principe qu'elle fait preuve de la réconciliation ; car si la femme est demanderesse, sa grossesse peut être le résultat d'une concession

forcée qu'elle a faite aux obsessions ou aux brutalités de son mari pendant qu'elle vivait encore avec lui, et si elle est défenderesse, sa grossesse est peut-être le fruit d'un adultère, auquel cas, loin de fournir une fin de non-recevoir contre la demande du mari, elle ne fait qu'en augmenter la légitimité.

733. Le pardon amnistie le passé; mais il n'est pas un brevet d'impunité pour l'avenir. Aussi l'art. 244 al. 2 décide-t-il que l'époux, qui par le pardon s'est rendu non recevable dans son action en divorce, « *peut néanmoins en intenter une nouvelle pour cause survenue ou découverte depuis la réconciliation et se prévaloir des anciennes causes à l'appui de sa nouvelle demande* ». Cette disposition signifie que les faits amnistiés par le pardon pourront servir d'appoint aux nouveaux, qui, par eux-mêmes et à eux seuls, ne seraient peut-être pas suffisants pour faire prononcer le divorce. Bruxelles, 14 déc. 1892, D., 93. 2. 317. Seulement les juges auront à apprécier si les nouveaux faits, survenus depuis la réconciliation, ont assez de gravité par eux-mêmes pour faire disparaître les effets du pardon et la fin de non-recevoir qui en était la conséquence. Cass., 18 janvier 1881, S., 81. 1. 209.

734. La preuve de la réconciliation se fait conformément aux règles du droit commun. L'aveu de la partie ne pouvant pas inspirer ici la même défiance que lorsqu'il s'applique aux faits sur lesquels est fondée la demande en divorce, il en résulte que la réconciliation serait suffisamment établie par cet aveu. Nous en dirions de même du serment.

735. On demande si la réciprocité des torts constitue une fin de non-recevoir contre l'action en divorce. En principe il faut répondre négativement, d'abord parce que cette fin de non-recevoir n'est pas écrite dans la loi, et puis parce que la réciprocité des torts ne fait souvent que rendre la vie commune plus intolérable, et par suite le divorce plus indispensable. Ainsi il est clair que, si le divorce est nécessaire lorsque la vie de l'un des époux est mise en péril par les excès de l'autre, il l'est deux fois pour une lorsque, les excès étant réciproques, la vie des deux époux se trouve en danger.

On prétend cependant que la règle souffre deux exceptions.

La première, qui est généralement admise, mais au sujet de laquelle nous n'en faisons pas moins nos réserves, a lieu quand les deux époux ont été condamnés l'un et l'autre à une peine afflictive et infamante. Concevrait-on, disent les auteurs, qu'en pareil cas l'un des époux vint alléguer l'infamie de l'autre pour obtenir le divorce?

La deuxième exception est beaucoup plus contestable et beaucoup plus contestée. Elle aurait lieu au cas où, le divorce étant demandé pour cause d'adultère, l'époux défendeur prouverait que son conjoint s'est lui-même rendu coupable de ce délit. On fonde principalement cette solution sur l'art. 336 du code pénal, d'après lequel le mari perd le droit de *dénoncer l'adultère de sa femme*, quand il a lui-même commis un adultère dans les conditions requises par la loi criminelle pour que ce délit soit punissable, c'est-à-dire quand il a tenu sa concubine dans la maison conjugale. Il en résulte, dit-on que le mari ne peut plus alors demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme; car, en formant une semblable demande, il dénoncerait cet adultère, ce que lui interdit l'art. 336. Puis on généralise la pensée qui justifie cette proposition, et on arrive ainsi à dire que l'un des époux ne peut plus demander le divorce pour cause d'adultère, lorsque par son adultère il s'est mis lui-même en situation de voir prononcer le divorce

contre lui. — Cet argument n'est rien moins que concluant. Le code pénal ne s'occupe de l'adultère qu'au point de vue de sa sanction pénale, et non au point de vue de sa sanction civile qui est le divorce ou la séparation de corps. Tout ce qui résulte de l'art. 336 du code pénal, c'est que le mari ne peut plus demander la répression pénale de l'adultère de sa femme, quand il a lui-même tenu sa concubine dans la maison conjugale; mais il ne s'ensuit nullement qu'il ne puisse pas invoquer cet adultère comme fondement d'une demande en divorce ou en séparation de corps. La jurisprudence est en ce sens, ainsi que la majorité des auteurs.

736. Le principe, que la réciprocité des torts ne constitue pas une fin de non-recevoir contre la demande en divorce, ne fait pas obstacle à ce que le juge admette, s'il y a lieu, une certaine *compensation*, comme on le dit dans un langage qui n'est peut-être pas d'une exactitude rigoureuse, entre les torts réciproques des deux parties. Nous voulons dire que, lorsque la demande en divorce a pour cause des excès, sévices ou injures graves, le juge, qui est chargé d'apprécier la gravité du fait allégué, doit faire cette appréciation d'après les circonstances de la cause, au nombre desquelles il faut placer la situation qui a été faite à l'époux défendeur par son conjoint lui-même, et qui peut expliquer dans une certaine mesure, sans les justifier, ses emportements ou ses propos injurieux. En d'autres termes, si l'époux demandeur a motivé par sa conduite les excès, sévices ou injures graves dont il se fait une arme pour obtenir le divorce, s'il y a eu de sa part provocation, la gravité des faits qu'il allègue pourra s'en trouver diminuée aux yeux du juge, et le rejet de la demande en divorce pourra en être la conséquence. Cette compensation, si c'en est une, n'est pas admissible au cas d'adultère, parce que la loi ne subordonne pas le succès de la demande en divorce, fondée sur cette cause, à la gravité de l'adultère, et ne laisse par suite aucune place à l'appréciation du juge.

N° 2. Mort de l'un des époux.

736 bis. Il va de soi que la mort de l'un des époux, survenue pendant le cours de l'instance en divorce, met fin à cette action. Comment pourrait-il être question de dissoudre par le divorce un mariage qui est déjà dissous par la mort? D'ailleurs le but unique du divorce est de remédier à une situation personnelle devenue intolérable, et la mort y a mis fin. Le survivant des époux ou les héritiers du prédécédé peuvent bien avoir un intérêt pécuniaire à la prononciation du divorce, mais le divorce n'a pas pour but de sauvegarder de pareils intérêts. Cpr. *supra*, n. 683.

Au moment où l'un des époux vient à mourir, le divorce est définitivement prononcé; il ne reste plus qu'à faire transcrire le jugement sur les registres de l'état civil. La transcription pourra-t-elle utilement être effectuée à la requête du survivant ou des héritiers de l'époux prédécédé? L'art. 244 *in fine* résout la question négativement: « *L'action en divorce s'éteint également par le décès de l'un des époux, survenu avant que le jugement soit devenu irrévocable par la transcription sur les registres de l'état civil* ». Le législateur a bien fait de s'expliquer pour prévenir les doutes qui auraient pu s'élever. Seulement il a eu tort de dire, pour cette hypothèse, comme pour les autres, que l'action en divorce est éteinte. Elle est éteinte, en effet, mais par le jugement

qui a couronné l'instance en divorce, et non par la mort. Cet événement a seulement pour résultat d'empêcher que, désormais, le jugement prononçant le divorce puisse être rendu irrévocable, et par conséquent ce jugement demeure sans efficacité.

N° 3. Prescription.

737. Il existe une autre cause d'extinction de l'action en divorce, qui résulte des règles du droit commun, c'est la prescription. Après trente ans de date, un fait, quel qu'il soit, n'est plus susceptible d'être invoqué comme fondement d'une demande en divorce : l'action en divorce basée sur ce fait est prescrite (arg. art. 2262), sauf les suspensions et interruptions telles que de droit. V. cependant tribunal d'Abbeville, 20 mai 1884, S. 83. 2. 168, et les autorités citées en note.

CHAPITRE III

DES EFFETS DU DIVORCE

738. Le divorce dissout le mariage; c'est là son effet principal. En outre, il entraîne certaines déchéances contre l'époux coupable.

§ I. PREMIER EFFET. *Dissolution du mariage.*

739. A dater de quel moment le mariage est-il dissous par le divorce? Ce point est très important à préciser. Sous l'empire du code civil et de la loi du 27 juillet 1884, on décidait que le mariage était dissous à compter de la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil. Depuis l'apparition de la loi du 28 avril 1886, la question fait difficulté. Deux opinions sont en présence.

D'après la première, la dissolution du mariage a lieu à dater du jugement ou arrêt qui prononce le divorce ou du moins à compter du jour où ce jugement ou arrêt a acquis l'autorité de la chose irrévocablement jugée. Ce jugement ou arrêt a besoin, il est vrai, d'être vivifié par la transcription sur les registres de l'état civil; mais la transcription doit être considérée comme une condition suspensive, qui, une fois accomplie, rétroagit (arg. art. 1179). En effet c'est le juge, aujourd'hui, qui prononce le divorce (arg. art. 247 al. 2 et 249), et régulièrement le divorce doit produire son effet à dater du moment où il est prononcé. En outre, l'art. 252 *in fine* dispose qu'à défaut de transcription dans le délai légal le divorce est considéré comme nul et non avenu; la transcription empêche

donc le divorce d'être non avenu; elle empêche la décision judiciaire qui le prononce de s'évanouir, et naturellement cette décision devra produire son effet à dater du jour où elle a été rendue. Limoges, 26 novembre 1887, S., 89. 2. 129, D., 89. 2. 40.

D'après la seconde opinion, le mariage n'est dissous qu'à compter de la transcription. En effet, dans la pensée du législateur de 1886, la transcription remplace la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil. L'effet attaché autrefois à cette prononciation doit donc être produit aujourd'hui par la transcription. C'est bien l'idée qui ressort de l'exposé des motifs, où on lit notamment : que *la nature de la formalité exigée est seule modifiée; les effets subsistent*. Les art. 247 al. 2 et 249 disent, il est vrai, que le divorce est *prononcé* par le tribunal. Mais quelle autre formule le législateur aurait-il pu employer? Le divorce n'est plus prononcé par l'officier de l'état civil. Il faut bien cependant qu'il soit prononcé par quelqu'un : ce ne peut être que par le juge. Mais la décision judiciaire prononçant le divorce ne peut être vivifiée que par la transcription requise dans le délai légal. Il dépend des parties de stériliser le jugement ou arrêt de divorce en négligeant d'un commun accord d'en requérir la transcription en temps utile. En d'autres termes il faut, pour que le mariage soit dissous, que l'œuvre des parties vienne compléter celle du juge; les parties manifestent cette volonté en requérant la transcription, et rien dans la loi ne donne à entendre que la transcription doive produire un effet rétroactif.

La discussion à laquelle a donné lieu l'art. 252 al. 2 vient encore nous éclairer sur la volonté du législateur. D'après le projet du gouvernement, la transcription devait être effectuée dans le délai de huitaine à partir de la réquisition adressée à l'officier de l'état civil. Celui-ci pouvait d'ailleurs transcrire au moment qu'il lui plaisait de choisir dans le délai qui lui était imparti. On fit remarquer qu'il y avait un inconvénient grave à permettre ainsi à l'officier de l'état civil de hâter ou de retarder, suivant son bon plaisir, le moment de la dissolution du mariage, en transcrivant au commencement ou à la fin du délai. C'est pour parer à cet inconvénient que le projet fut modifié et remplacé par la disposition qui a été définitivement votée et d'après laquelle l'officier de l'état civil doit transcrire à jour fixe, le cinquième jour de la réquisition. Dans la pensée des auteurs de la proposition et probablement aussi de ceux qui l'ont votée, c'était donc bien la transcription qui opérerait la dissolution du mariage, autrement la modification proposée n'aurait pas eu de sens.

Cette interprétation est confirmée par l'art. 244 al. 3, qui décide que le décès de l'un des époux, survenu dans l'intervalle écoulé entre la prononciation du divorce et la transcription, rend le jugement ou arrêt de divorce stérile. C'est bien dire que le mariage n'est dissous que par la transcription du jugement ou arrêt de divorce. Autrement on ne voit pas pourquoi ce jugement ou arrêt ne pourrait pas être rendu efficace par une transcription posthume.

Enfin il y a d'autant plus lieu de le décider ainsi « qu'il ne semble pas possible que » l'indécision existe pendant un temps plus ou moins long sur le point de savoir si deux » individus sont ou ne sont pas époux et en conséquence à quelles lois ils sont soumis » pour leurs droits, leur capacité et surtout pour leurs devoirs ». Nous empruntons ces

lignes à un arrêt de la cour de cassation, très fortement motivé, qui a résolu la question dans ce sens. L'arrêt est du 18 avril 1893. *Gaz. des trib.* du 6 mai 1893.

Ces raisons qui ont été développées pour la première fois par M. Massigli, *Rev. crit.*, 1890, p. 453 et s., nous paraissent péremptoires. Aussi abandonnons-nous, après mûr examen, l'opinion adverse que nous avons adoptée dans la 4^e édition de cet ouvrage.

Le principe que la dissolution du mariage a lieu à dater de la transcription seulement, et non de la prononciation du divorce par le juge, entraîne toute une série de conséquences et principalement les suivantes :

1^o Les époux se doivent fidélité jusqu'au jour de la transcription, et la femme qui violerait ce devoir de fidélité dans l'intervalle écoulé entre le jugement ou arrêt de divorce et la transcription, tomberait sous le coup de l'art. 337 C. pén. En sens contraire, Limoges, 26 novembre 1887, précité.

2^o La femme demeure incapable jusqu'au jour de la transcription. Elle pourra donc faire annuler les actes juridiques qu'elle aurait accomplis, sans l'autorisation requise par la loi, dans l'intervalle entre le jugement ou arrêt de divorce et la transcription. Cass., 18 avril 1893, *Gaz. des trib.* du 6 mai 1893.

3^o Le délai de dix mois, avant lequel l'art. 296 ne permet pas à la femme divorcée de contracter une nouvelle union (*infra* n. 741) court à compter de la transcription. Il en est de même du délai de trois cents jours de l'art. 315.

739 bis. Si le mariage dissous par un divorce cesse de produire ses effets dans l'avenir, les effets produits dans le passé sont maintenus; bien plus ils se perpétuent s'ils en sont susceptibles, c'est-à-dire s'ils sont indépendants du maintien du lien conjugal. Ainsi les enfants, qui seraient conçus postérieurement au divorce, des œuvres des deux époux divorcés, naîtront illégitimes; du moins leur légitimité pourra être contestée (arg. art. 315). Au contraire ceux nés ou même simplement conçus avant cette époque seront et demeureront légitimes, sauf le désaveu dont nous parlerons plus loin.

Le divorce ne touche donc qu'à l'avenir; il laisse le passé intact. C'est là le grand principe de la matière; nous aurons souvent à en faire l'application. A ce point de vue, le mariage dissous par un divorce diffère profondément du mariage qui a été déclaré nul. Car la déclaration judiciaire de nullité rétroagit au jour de la célébration du mariage, et par suite le mariage annulé est à considérer comme n'ayant jamais existé: non seulement il cesse de produire ses effets dans l'avenir, mais les effets produits dans le passé sont anéantis, sauf l'hypothèse du mariage putatif (art. 201 et 202).

739 ter. Les conséquences de la dissolution du mariage produite par le divorce doivent être envisagées successivement, entre les époux, à l'égard de leurs parents ou alliés, enfin à l'égard de leurs enfants.

N° 1. Conséquences de la dissolution entre les époux.

740. Ces conséquences sont relatives à la personne des époux ou à leurs biens.

I. Conséquences relatives à la personne des époux.

741. Le mariage étant brisé, les divorcés perdent le titre d'époux. Ils ne peuvent donc plus réclamer les droits et cessent d'être tenus des devoirs attachés à ce titre.

I. En ce qui concerne les droits tout d'abord, la femme ne pourra plus réclamer, à la mort du mari dont elle a été séparée par un divorce, la pension de retraite que la loi alloue dans certains cas à la veuve. De même le survivant de deux époux divorcés n'a aucun droit à la succession de l'autre, et ne peut réclamer sur les œuvres du prédécédé le droit de jouissance établi par l'art. 1^{er} de la loi du 14 juillet 1866, intitulée *Loi sur les droits des héritiers et ayants cause des auteurs*.

Le divorce exerce-t-il quelque influence sur le nom des époux ? En vertu d'un usage universellement reconnu, la femme prend le nom de son mari et continue à le porter durant son veuvage. Dans certaines parties de la France, le mari ajoute à son nom celui de sa femme. Ce ne sont que des usages ; car aucun texte de loi n'accorde à l'un des époux de droit sur le nom de l'autre ; légalement chaque époux conserve son nom, sans avoir le droit d'emprunter celui de l'autre pour le substituer ou l'adjoindre au sien. Poitiers, 11 juillet 1892, S., 92. 2. 284. Eh bien ! La question que nous agitions est celle de savoir si l'état de choses établi conformément aux usages peut survivre au divorce. La femme peut-elle, après le divorce, continuer à porter le nom de son mari, ou celui-ci à joindre à son nom le nom de sa femme ? Cette question, d'une application pratique si fréquente, n'avait été résolue ni par le législateur de 1884 ni par celui de 1886.

La jurisprudence paraissait se former en ce sens que le juge avait un pouvoir discrétionnaire pour décider si l'un des époux pouvait, après le divorce, continuer à porter le nom de l'autre. Les motifs qui peuvent déterminer le juge à statuer soit dans un sens, soit dans l'autre sont bien mis en relief dans un jugement du tribunal de Toulouse du 18 mars 1886, S., 86. 2. 119, où on lit : « Attendu qu'il serait difficile de poser à cet égard une règle absolue ; que si le divorce brise définitivement pour l'avenir l'union conjugale, il ne saurait au même degré en effacer la trace dans le passé ; qu'il y aurait certainement injustice, dans bien des cas, à ne pas condamner la femme divorcée à se dépouiller d'un

nom honorable que le mariage lui avait donné et dont elle s'est montrée indigne; mais que, par la raison inverse, il serait souvent excessif, lorsque c'est à sa requête que le divorce est intervenu, de la priver du nom qu'elle a toujours respecté, sous lequel elle est connue depuis de longues années et qui est celui de ses enfants; que de plus la femme peut avoir acquis, indépendamment du mariage lui-même, au moyen de son art ou de son industrie, des droits à la copropriété de ce nom; qu'il convient donc, dans le silence de la loi, de statuer d'après les circonstances particulières de la cause ». Cependant quelques décisions judiciaires posaient un principe beaucoup plus absolu. Elles admettaient que, le divorce une fois prononcé, l'un des époux ne peut plus en aucun cas continuer à emprunter le nom de l'autre. La communauté de nom est une conséquence de la fusion que le mariage établit entre les deux conjoints. L'effet ne doit pas survivre à la cause. Le mariage une fois rompu par le divorce, l'un des époux n'aura donc plus le droit de porter le nom de l'autre. Poitiers, arrêt précité, et tribunal de Lyon, 4 mars 1886, S., 86. 2. 119.

L'incertitude de la jurisprudence sur cette question a amené l'intervention législative, dont la nécessité n'était pas à notre avis bien démontrée. La loi du 6 février 1893, art. 2, a ajouté à l'art. 299 un alinéa ainsi conçu : « *Par l'effet du divorce chacun des époux reprend l'usage de son nom* ». On a voulu dire que la femme cesse d'avoir le droit de porter le nom de son mari, et celui-ci de pouvoir continuer joindre à son nom le nom de sa femme. M. Boulanger a inutilement demandé que l'on établît au moins une exception à cette règle pour la femme qui a fondé sous le nom de son mari un commerce ou une industrie prospère, qu'un changement d'enseigne pourrait compromettre. Le rapporteur a répondu à M. Boulanger qu'il ne fallait pas laisser à la femme divorcée la possibilité de ternir par une faillite le nom de son ancien mari, et que d'ailleurs elle pourrait bien adresser une circulaire à sa clientèle pour l'informer du changement de nom.

Quelle est la sanction de la prohibition formulée par le nouvel alinéa final de l'art. 299 ? A défaut de texte, nous n'en voyons pas d'autre possible qu'une sanction civile. L'époux dont le nom aura été usurpé pourra faire condamner l'autre à des dommages et intérêts.

II. En second lieu, les époux divorcés cessent d'être tenus l'un envers l'autre des devoirs que le mariage engendre, soit des devoirs particuliers indiqués par l'art. 213, soit des devoirs communs énumérés par l'art. 212.

Le mari ne devra donc plus protection à la femme, ni celle-ci obéissance à son mari (art. 213). Il en résulte que la femme cesse d'être frappée de l'incapacité édictée par les art. 215 et s. Désormais elle n'aura plus besoin d'autorisation pour les divers actes civils.

D'un autre côté, les époux cessent de se devoir réciproquement

fidélité, secours, assistance (art. 212). Voyez cependant l'art. 301, *infra* n. 765.

Enfin les époux recouvrent leur liberté. Ils peuvent, chacun de son côté, contracter un nouveau mariage. Cependant cette faculté reçoit de la loi quelques entraves. Elles résultent des dispositions des art. 296, 298 et 295, dont la rédaction actuelle est l'œuvre de la loi du 27 juillet 1884. Nous allons les examiner successivement.

742. a. — « *La femme divorcée ne pourra se remarier que dix mois après que le divorce sera devenu définitif* », dit le nouvel art. 296. Cette disposition a été inspirée par la même pensée qui a dicté l'art. 228; elle a donc pour but de prévenir la confusion de part, *turbatio sanguinis*. Le délai de dix mois court à compter de la transcription du jugement ou arrêt qui prononce le divorce (*supra* n. 739).

L'art. 296 étant conçu dans les termes les plus généraux, il faut en conclure que sa disposition doit être appliquée même au cas où le divorce est prononcé à la suite d'une séparation de corps ayant duré trois ans, conformément à l'art. 310. A notre avis, le législateur aurait dû établir une exception à la règle pour cette hypothèse.

743. b. — « *Dans le cas de divorce admis en justice pour cause d'adultère, l'époux coupable ne pourra jamais se marier avec son complice* » (art. 298).

Voilà une disposition sur le mérite de laquelle on est loin d'être d'accord. Elle figurait dans le projet présenté à la chambre des députés par M. Naquet en 1880, et dans le projet de la commission. Malgré cela, elle n'a pas trouvé grâce devant la chambre, qui en a voté la suppression. Le sénat l'a rétablie. Ses partisans disent qu'elle est éminemment morale : elle empêche que la faute qui a occasionné la prononciation du divorce ne reçoive sa récompense. Ses adversaires, au contraire, la représentent comme souverainement immorale. « Le divorce provoqué et prononcé pour cause d'adultère, disait M. Jolibois à la chambre des députés, c'est la volonté et le moyen de faire cesser un état scandaleux. Or si vous édictez d'une manière définitive que celui contre lequel le divorce a été prononcé pour cause d'adultère ne pourra pas épouser son complice, c'est comme si vous écriviez dans la loi que le scandale ne peut cesser, qu'il doit se perpétuer ». A quoi M. Gatineau a ajouté plaisamment que « les séducteurs, qui auront en perspective le mariage avec leur complice, se laisseront en temps utile arrêter par un esprit de sage et prudente réserve ».

Pour que l'art. 298 reçoive son application, il n'est pas nécessaire que le complice de l'époux, contre lequel le divorce a été prononcé pour cause d'adultère, ait été condamné ni même poursuivi. Il suffit que sa complicité résulte soit du jugement qui a prononcé une condamnation pénale contre l'époux adultère, soit du jugement même qui a prononcé

le divorce, (Paris, 2 août 1887, S., 87. 2. 160), soit tout au moins de la procédure du divorce, par exemple des enquêtes rapprochées du jugement. Autrement il dépendrait du juge de faire naître ou d'étouffer l'empêchement, en nommant ou en ne nommant pas le complice.

744. c. — L'ancien art. 295 du code civil portait : « Les » époux qui divorceront pour quelque cause que ce soit, ne pour-
» ront plus se réunir ». Treilhard, dans l'exposé des motifs, explique cette disposition dans les termes suivants : « Le divorce ne doit être prononcé que sur la preuve d'une nécessité absolue, et lorsqu'il est bien démontré à la justice que l'union entre les deux époux est impossible; cette impossibilité une fois constante, la réunion ne pourrait être qu'une occasion nouvelle de scandale. Il importe que les époux soient d'avance pénétrés de toute la gravité de l'action qu'ils vont tenter, qu'ils n'ignorent pas que le lien sera rompu sans retour, et qu'ils ne puissent pas regarder l'usage du divorce comme une simple occasion de se soumettre à des épreuves passagères pour reprendre ensuite la vie commune, quand ils se croiraient suffisamment corrigés ». Et Portalis ajoute que c'est par respect pour le mariage qu'il faut défendre aux époux de se réunir, afin qu'ils ne se jouent pas du divorce comme ils se sont joués du mariage.

Ces raisons n'ont pas paru convaincantes au législateur de 1884. Il se peut que le cœur de l'époux coupable, dont la conduite a motivé la prononciation du divorce, s'ouvre au repentir, et que son conjoint, dont le temps a calmé l'irritation, consente à lui pardonner; pourquoi donc défendre alors aux époux de se réunir? La société ne peut qu'y gagner. Quoi qu'en ait dit Portalis, les époux ne se feront pas pour cela un jeu du divorce, après s'être fait un jeu du mariage. En principe, on se marie sérieusement et on divorce sérieusement: l'intention des époux qui divorcent est de se séparer pour toujours, de même que l'intention des époux qui se marient est de s'unir pour toujours. Mais si l'on permet à deux époux, qui se sont mariés dans une pensée de perpétuité, de rompre leur lien par un divorce, pourquoi ne pas permettre à ceux qui ont divorcé, dans un esprit de perpétuité également, de renouer le lien qu'ils ont brisé, si le temps leur a inspiré de sages réflexions? Et puis ce sera souvent l'intérêt des enfants, auxquels le divorce fait une situation si déplorable, qui portera les époux divorcés à se réunir. On va contre cet intérêt en prohibant la nouvelle union des époux divorcés.

745. Cependant le législateur de 1884 a fait une petite part à cette idée de Portalis, qu'il ne faut pas permettre aux époux de se

jouer du divorce après s'être joué du mariage. L'alinéa 1^{er} du nouvel art. 295 dispose : « *Les époux divorcés ne pourront plus se réunir, si l'un ou l'autre a, postérieurement au divorce, contracté un nouveau mariage suivi d'un second divorce* ».

Le projet présenté au sénat par la commission portait : « Les époux ne pourront plus se réunir si l'un ou l'autre a, postérieurement au divorce, contracté un nouveau mariage ». Les mots *suivi d'un second divorce* ont été ajoutés sur la proposition de M. Naquet, à titre de transaction entre les partisans et les adversaires du projet.

L'article ajoute : « *Au cas de réunion des époux, une nouvelle célébration du mariage sera nécessaire* ». Disposition très conforme aux principes. Le mariage étant dissous, les époux d'autrefois sont aussi étrangers l'un à l'autre que s'ils n'avaient jamais été mariés ensemble. Le lien du mariage a été complètement brisé par le divorce; il faut donc le nouer à nouveau, et il est naturel de procéder comme s'il s'agissait de le nouer pour la première fois.

746. C'est encore la pensée exprimée par Portalis qui a dicté l'alinéa final du nouvel art. 295 : « *Après la réunion des époux, il ne sera reçu de leur part aucune nouvelle demande de divorce, pour quelque cause que ce soit, autre que celle d'une condamnation à une peine afflictive et infamante prononcée contre l'un d'eux depuis leur réunion* ».

747. Il reste à dire un mot de la disposition de l'art. 295 al. 2, qui a été inspirée par une pensée de protection pour les tiers. Craignant que des époux qui, dans leurs rapports avec les tiers, peuvent avoir un intérêt majeur à changer leurs conventions matrimoniales, irrévocables comme on sait, n'eussent l'idée machiavélique de divorcer, pour se réunir ensuite en faisant précéder leur nouvelle union d'un contrat de mariage où ils se donneraient le régime qu'ils convoitent, le législateur de 1884 a décrété que « *Les époux ne pourront adopter un régime matrimonial autre que celui qui réglait originellement leur union* » (art. 295 al. 2).

II. Conséquences relatives aux biens des époux.

748. Le mariage étant dissous, les époux ne peuvent plus continuer à être liés par leurs conventions matrimoniales. Stipulé ou accepté en vue et comme conséquence de l'association des personnes, le régime matrimonial ne saurait survivre à cette association. Il y a donc lieu de liquider et de régler les droits respectifs des époux, de la même manière à peu près que si le mariage était dissous par la mort. Nous disons à peu près; car d'une part il n'est pas possible de régler dès maintenant les droits de survie qui peuvent exister au profit des époux ou de l'un d'eux, puisqu'on ne sait pas

encore quel sera le survivant, et d'autre part le divorce fait subir à l'époux coupable certaines déchéances pécuniaires, que n'entraîne pas la dissolution du mariage par la mort, et dont il sera parlé plus loin. — On se souvient que, à raison de l'effet rétroactif attaché au jugement ou arrêt de divorce par l'art. 252 *in fine*, la liquidation doit être faite d'après l'état de choses existant à l'époque de la demande (*supra* n. 721).

N° 2. Conséquences relatives aux parents et aux alliés des époux.

749. Le divorce, qui ne porte aucune atteinte aux liens de parenté créés par le mariage, laisse subsister aussi l'alliance dont ce mariage est la source, et avec elle, nous le croyons du moins, les droits, obligations ou incapacités qui y sont légalement attachés.

Ainsi la dissolution d'un mariage par le divorce laisse subsister l'alliance que ce mariage a engendrée entre beaux-frères et belles-sœurs et l'empêchement de mariage qui en résulte. Elle laisse subsister aussi l'obligation alimentaire entre chacun des époux et les père et mère de l'autre, alors du moins qu'il existe un ou plusieurs enfants issus du mariage. C'est ce qui résulte par argument de l'art. 206 du code civil, qui ne fait pas figurer le divorce parmi les causes d'extinction de l'obligation alimentaire qu'il établit. L'argument est très probant, car on sait que le code civil de 1804 consacrait le divorce. *Adde* arg. art. 378 al. 4 C. pr. Enfin l'opinion contraire conduit à cette conséquence difficile à admettre que l'époux coupable, celui contre lequel le divorce a été prononcé, pourra trouver dans ce divorce la source d'un profit, en tant qu'il sera libéré de la pension alimentaire qu'il avait été condamné à payer à son beau-père ou à sa belle-mère. La jurisprudence française est en sens contraire. Cass., 13 juillet 1891, S., 91. 1. 311, D., 93. 1. 353, et Orléans, sur renvoi, 23 mars 1892, S., 92. 2. 133. Mais les raisons qu'elle donne à l'appui de sa thèse nous paraissent d'une faiblesse extrême. Dans notre sens, Paris, 18 juillet 1889, S., 90. 2. 2, et trib. d'Anvers, 31 oct. 1891, S., 92. 4. 16.

N° 3. Conséquences à l'égard des enfants.

750. En rompant le lien qui unissait les époux l'un à l'autre, le divorce ne rompt pas le lien qui les unit à leurs enfants. Les époux divorcés conservent donc par rapport à leurs enfants le titre de père et mère légitimes, et aussi en principe les droits et les obligations attachés à ce titre; il en est de même des enfants à l'égard de leurs parents. Ainsi l'obligation alimentaire continue d'exister, avec son caractère de réciprocité, entre les époux divorcés et leurs enfants. De même le divorce ne porte aucune atteinte aux droits de successibilité réciproque, établis par la loi entre les père et mère et leurs enfants. Enfin les époux divorcés conservent sur leurs enfants le droit de puissance paternelle que leur attribue l'art. 372.

751. Toutefois, si le divorce laisse subsister le droit de puissance paternelle des époux, il peut entraîner une modification à l'exercice de ce droit. C'est ce qui résulte des art. 302 et 303.

L'art. 302 dispose : « *Les enfants seront confiés à l'époux qui a obtenu le divorce, à moins que le tribunal, sur la demande de la famille ou du ministère public, n'ordonne, pour le plus grand avantage des enfants, que tous ou quelques-uns d'eux seront confiés aux soins soit de l'autre époux, soit d'une tierce personne* ».

Pendant le mariage, l'exercice de la puissance paternelle appartient au père seul (art. 373). Il faut de l'unité dans la direction des enfants, et, pour l'obtenir, le législateur a dû nécessairement accorder la prééminence à l'un des époux sur l'autre ; il s'est décidé en faveur du mari, qui, investi déjà de la puissance maritale, en sa qualité de chef, était tout naturellement désigné au même titre pour l'exercice de la puissance paternelle. Cette prééminence du mari sur la femme n'avait plus sa raison d'être après le divorce. Cependant l'intérêt des enfants exige toujours que la puissance paternelle, dont le principal attribut est le droit ou plutôt le devoir d'éducation, soit exercée par un seul. A qui cet exercice sera-t-il confié ? La loi s'est déterminée en faveur de l'époux qui doit être présumé le plus digne, c'est-à-dire de celui qui a obtenu le divorce : l'art. 302 dit que les enfants lui seront confiés.

Telle est la règle. Cependant il est permis au tribunal d'y déroger dans l'intérêt des enfants, en les confiant soit à l'époux contre lequel le divorce a été prononcé, soit même à une tierce personne. Mais le tribunal ne peut prendre cette décision que sur la demande du ministère public ou *de la famille*, c'est-à-dire d'un des membres de la famille. Arg. du nouvel art. 240 combiné avec l'ancien art. 267. Paris, 17 juillet 1886, S., 88. 2. 129, D., 87. 2. 211, et Cass., 28 février 1893, D., 93. 1. 279.

L'art. 303 ajoute : « *Quelle que soit la personne à laquelle les enfants seront confiés, les père et mère conserveront respectivement le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants, et seront tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés* ».

Ainsi, le père ou la mère qui n'a pas la garde des enfants, ou chacun d'eux si les enfants ont été confiés à une tierce personne, conserve le droit de surveiller l'entretien et l'éducation desdits enfants, et, comme sanction, le droit de recourir aux tribunaux pour réprimer les abus qui seraient commis.

La mort de l'un des époux divorcés donne ouverture à la tutelle pour ceux des enfants qui sont mineurs et non émancipés. Le survivant est de droit tuteur de ces enfants (arg. art. 390), et c'est lui aussi qui est appelé à exercer sur eux la puissance paternelle, alors même que la garde en aurait été confiée au parent décédé ou à une tierce personne, sauf

aux ayant droit à provoquer sa déchéance ou sa destitution. Cass., 13 août 1884, S., 85. 1. 80, D., 85. 1. 40, et Paris 24 juin 1892, D., 93. 2. 81, et la note de M. de Loynes.

752. Les attributs de la puissance paternelle sont : 1^o le droit d'éducation, qui a pour corollaires le droit de garde et le droit de correction ; 2^o le droit d'administrer les biens personnels de l'enfant ; 3^o le droit de jouissance légale. Tous ces droits peuvent-ils être exercés par la personne à qui les enfants sont confiés ?

a. Nous n'y voyons pas de difficulté, si les enfants ont été confiés au père. Celui-ci continue alors l'exercice de la puissance paternelle avec la même étendue que pendant le mariage, quoique sous la surveillance de la mère.

b. La même solution nous paraît devoir être admise, si les enfants ont été confiés à la mère.

Pour le droit d'administration légale, cela semble aller de soi. Cpr. Paris, 15 décembre 1886, S., 88. 2. 217.

Nous n'hésitons guère plus pour le droit de correction. Sous peine de ne l'accorder à personne, il faut nécessairement l'accorder à la mère, car on ne peut pas songer à l'attribuer à un autre que celui qui a la garde des enfants. Bien entendu, la mère ne pourra exercer le droit de correction que sous la restriction établie par l'art. 381.

Il y a plus de doute en ce qui concerne l'usufruit légal : l'art. 384 ne l'accorde qu'à la mère *survivante* , et il peut paraître conforme aux règles de l'interprétation applicable aux dispositions de cette nature de le refuser à la mère divorcée chargée du soin des enfants. Mais en définitive, le droit de jouissance légale n'est qu'une compensation des charges que l'exercice de la puissance paternelle impose aux parents, et il semble conforme aux vues du législateur de l'attribuer à la mère toutes les fois que, par suite d'une circonstance quelconque, elle se trouve investie de l'exercice de la puissance paternelle. D'ailleurs l'art. 384 fournit une objection absolument semblable en ce qui concerne le père divorcé auquel les enfants ont été confiés, car il n'accorde l'usufruit légal au père que *durant le mariage* ou *s'il est survivant* . Si l'objection ne paraît pas décisive en ce qui concerne le père, comment le serait-elle par rapport à la mère ?

c. Reste le cas où les enfants ont été confiés à une tierce personne. On ne peut songer à attribuer à cette personne le droit de jouissance légale de l'art. 384, ce texte ne l'accordant qu'aux père et mère. Il paraît difficile aussi de lui concéder l'exercice du droit de correction. La loi ne l'accorde au tuteur qu'avec une importante restriction : la nécessité de l'autorisation du conseil de famille (art. 468). Or cette garantie, si nécessaire, n'existerait même pas, à raison du silence de la loi, ni aucune autre à la place, si l'exercice du droit de correction appartenait à la personne tierce chargée du soin des enfants. Il reste donc que cette personne n'aura que le droit d'éducation et le droit de garde.

En résumé, l'exercice de la puissance paternelle appartient à celui des deux époux qui a obtenu la garde des enfants, ou à la tierce personne à laquelle ils ont été confiés, mais avec d'importantes restrictions dans cette dernière hypothèse. Dans tous les cas, le père ou la mère, qui n'a pas la garde des enfants, peut surveiller leur entretien et leur éducation.

753. Disons, pour en finir avec ce sujet, que la décision du tribunal, en ce qui concerne la garde des enfants des époux divorcés, a toujours un caractère essentiellement provisoire. C'est l'intérêt des enfants qui est ici le régulateur suprême ; or cet intérêt peut exiger que le juge modifie sa sentence (Cass., 1^{er} août 1883, D., 85. 1. 206, S., 84. 1. 116 ; Paris, 15 avril 1886, S., 86. 2. 182, et Cass., 28 févr. 1893, D., 93. 1. 279. Ainsi, s'agissant d'enfants en très bas âge, qui ont absolument besoin des soins maternels, le tribunal a ordonné qu'ils seraient confiés à la mère, bien que le divorce ait été prononcé contre elle ; plus tard le père pourra solliciter du tribunal une nouvelle décision ordonnant que les enfants lui soient rendus. Le tribunal compétent est toujours celui qui a prononcé le divorce et ordonné les mesures qu'il s'agit de modifier, alors même que les parents ou l'un d'eux seraient actuellement domiciliés dans le ressort d'un autre tribunal ; car c'est au tribunal qui a rendu un jugement qu'il appartient de connaître de son exécution (C. pr. art. 472 et 554). Orléans, 8 janvier 1885, D., 86. 2. 83, S., 85. 2. 45, et Cass., arrêt précité. Notons aussi

que rien ne s'oppose, si l'intérêt des enfants l'exige, à ce que quelques-uns d'entre eux soient confiés à la mère, et les autres au père ou à une tierce personne.

754. L'art. 304 contient une disposition qui peut être considérée comme une application des principes généraux de la matière, et qu'une sévère critique pourrait peut-être taxer d'inutilité : « *La dissolution du mariage par le divorce admis en justice ne privera les enfants nés de ce mariage, d'aucun des avantages qui leur étaient assurés par les lois, ou par les conventions matrimoniales de leurs père et mère ; mais il n'y aura d'ouverture aux droits des enfants que de la même manière et dans les mêmes circonstances où ils se seraient ouverts s'il n'y avait pas eu de divorce* ». Cela revient à dire que le divorce ne porte pas atteinte aux droits des enfants, résultant pour eux soit de la loi, soit des conventions matrimoniales, mais qu'il ne peut pas non plus profiter à ces mêmes enfants en anticipant l'ouverture desdits droits. Ainsi les enfants conservent, après le divorce, le droit de succéder à leurs père et mère, qui résulte pour eux de la loi (art. 745), mais ce droit ne s'ouvrira qu'à la mort des époux, absolument comme si le divorce n'avait pas eu lieu. De même, s'il est dit dans le contrat de mariage qu'au cas de prédécès de la femme, les enfants auront le droit de prélever sur la communauté un préciput de 20,000 fr., le divorce laissera subsister à leur profit ce droit qui résulte pour eux des conventions matrimoniales ; mais il ne s'ouvrira que si la condition de prédécès à laquelle il est subordonné se réalise, et par conséquent seulement lorsqu'elle sera réalisée.

§ II. DEUXIÈME EFFET. *Déchéances.*

755. L'époux contre lequel le divorce a été prononcé est frappé par la loi de deux déchéances.

756. La première est édictée par l'art. 386. L'époux contre lequel le divorce a été prononcé, perd la jouissance légale à laquelle il pourrait avoir droit d'après l'art. 384 sur les biens de ses enfants.

757. La deuxième déchéance, qui va nous arrêter beaucoup plus longtemps, est établie par l'art. 299, dont le législateur de 1884 a ainsi modifié le texte : « *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* ». Treilhard, dans l'exposé des motifs, a justifié cette disposition en ces termes : « L'époux coupable s'est placé au rang des ingrats, il sera traité comme eux. Il a violé la première condition du contrat, il ne sera pas reçu à en réclamer les dispositions ».

L'ancien art. 299 portait : « Pour quelque cause que le divorce ait lieu, hors le cas du consentement mutuel, l'époux contre lequel le divorce aura été admis perdra tous les avantages que l'autre époux lui avait faits, soit par leur contrat de mariage, soit depuis le mariage contracté ».

Le législateur de 1884 a supprimé avec raison la première partie de ce texte, qui n'a de sens que dans une législation où le divorce par consentement mutuel est admis. De plus, par la substitution du mot *prononcé* au mot *admis*, il a tranché une controverse qui s'était élevée sous l'empire de l'ancien texte. Il s'agissait de savoir si la déchéance qui nous occupe était encourue par l'effet de la décision judiciaire admettant le divorce, ou seulement par l'effet de la prononciation du divorce. Le nouveau texte résout très nettement la question dans ce dernier sens, tandis que l'ancien paraissait plutôt favorable à la solution opposée.

Sous l'empire de la loi du 18 avril 1886, nous croyons que la déchéance établie par l'art. 299 n'est encourue qu'à partir de la transcription sur les registres de l'état civil du jugement qui prononce le divorce. En effet, d'une part, la pensée qui se dégage manifestement de l'art. 299 est que la déchéance ne doit être encourue que lorsque le divorce est irrévocable; or il ne le devient aujourd'hui que par la transcription (*supra* n. 716 et s. et 739). Et d'autre part, aux termes du nouvel art. 252 al. 4, le jugement qui prononce le divorce est non venu à défaut de transcription dans le délai légal. Il en résulte que la mort de l'un des époux, survenue avant la transcription, sauve l'époux coupable de la déchéance qui nous occupe, car désormais la transcription ne peut plus être effectuée utilement (*supra* n. 736 bis).

757 bis. Précisons maintenant l'étendue de cette déchéance.

L'époux coupable perd « tous les avantages que l'autre époux lui » avait faits, soit par contrat de mariage, soit depuis le mariage », dit l'art. 299.

758. La déchéance s'applique d'abord aux avantages que l'époux innocent a faits à l'époux coupable par le contrat de mariage. Ces avantages sont irrévocables de leur nature, et il était nécessaire que la loi intervint pour en prononcer la révocation.

La loi dit : *les avantages*, et non pas seulement les donations proprement dites. Ainsi le préciput n'est pas considéré par la loi comme une donation ni quant au fond, ni quant à la forme; mais c'est un avantage; l'époux contre lequel le divorce a été prononcé perd donc son droit au préciput (art. 1518).

* Nous en dirions autant de la clause qui attribue toute la communauté au survivant des époux, ou à tel époux s'il survit. L'art. 1525 déclare, il est vrai, que cette clause ne constitue pas une donation, ni quant au fond ni quant à la forme; mais c'est certainement un avantage pour celui auquel la clause doit profiter, et par suite l'époux contre lequel le divorce a été prononcé doit en perdre le bénéfice.

* Par application du même principe, la cour de Cologne a jugé que l'époux contre lequel le divorce a été prononcé perd le bénéfice résultant de la stipulation d'une communauté universelle, alors qu'il n'a fait aucun apport à la communauté. Cette décision nous paraît bien rendue, et nous croyons que M. Laurent a tort de la critiquer. On peut même fort bien soutenir que, sous le régime de la communauté légale, l'époux contre lequel le divorce a été prononcé perd l'avantage qui résultait pour lui de la confusion du mobilier et des dettes, et que de même, sous le régime de la communauté conventionnelle, il perdra l'avantage que lui procuraient les stipulations du contrat, par exemple le bénéfice de la clause qui lui donne le droit au partage égal de la communauté, bien que ses apports soient de beaucoup inférieurs à ceux de son conjoint. Sans cependant qu'on puisse appliquer la déchéance aux bénéfices résultant des travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs, quoique inégaux, des deux époux. Arg. art. 1496 et 1527.

759. La déchéance s'applique en second lieu aux avantages faits depuis le mariage, c'est-à-dire aux donations soit entre vifs, soit

testamentaires, que l'époux innocent a pu faire au profit de l'époux coupable pendant le mariage.

Mais quelle utilité y avait-il à établir cette déchéance? Les donations entre vifs faites entre époux pendant le mariage, ne sont-elles pas révocables au gré du donateur (art. 1096), et n'en est-il pas de même des donations testamentaires? Alors pourquoi cette révocation légale, puisque le disposant a lui-même la faculté de révoquer? C'est que la loi ne se propose pas seulement ici de venir au secours du donateur; elle veut aussi et surtout châtier le donataire, et, pour atteindre plus sûrement ce résultat, elle agit elle-même, au lieu de s'en remettre au donateur qui aurait peut-être péché par excès d'indulgence ou manque d'énergie.

760. Notre disposition a donc un caractère pénal, et, s'il convient de lui donner toute l'extension qu'elle comporte à raison de la généralité de ses termes, il faut bien se garder d'en étendre arbitrairement la portée. *Pœnalìa non sunt extendenda.*

De là nous concluons :

1° Que l'époux contre lequel le divorce a été prononcé conserve tout ce qui lui appartient en propre sans qu'il le doive à une libéralité de son conjoint. Ainsi il peut exercer conformément à ses conventions matrimoniales la reprise de ses biens personnels, réclamer le paiement des indemnités qui lui sont dues par son conjoint ou par la communauté, et exiger sa part dans la communauté, sauf cependant ce qui a été dit au n. 758.

2° Que la déchéance de l'art. 299 ne s'applique pas aux libéralités que l'époux coupable a reçues soit par contrat de mariage, soit depuis le mariage, de personnes autres que son conjoint, même de parents de celui-ci.

3° Que l'époux coupable ne perdra pas le bénéfice des donations que son conjoint pourra lui faire après le divorce prononcé. En effet la loi dit que l'époux contre lequel le divorce aura été prononcé perdra tous les avantages que l'autre époux lui *avait faits...* depuis le mariage, mais non ceux qu'il lui *fera* désormais. Certes la loi n'a pas entendu frapper l'époux coupable d'une incapacité de recevoir à titre gratuit de son conjoint.

761. La déchéance établie par l'art. 299 est encourue de plein droit, *ipso jure*, dès que le divorce est devenu irrévocable par la transcription. Le texte s'exprime en termes impératifs : « L'époux *perdra* ». C'est une peine qui est prononcée contre lui, et la loi, craignant la trop grande indulgence de l'époux innocent ou son manque d'énergie, n'a pas voulu, ainsi que nous l'avons déjà dit, s'en rapporter à lui pour l'application de cette peine.

* **762.** La déchéance de l'art. 299 n'est en définitive qu'une révocation pour cause d'ingratitude, qui s'opère de plein droit contrairement aux règles ordinaires (art. 957). Cette révocation produit-elle ses effets à l'égard des tiers? Ainsi l'époux coupable a vendu les biens qu'il tenait de la libéralité de son conjoint, ou encore il les a grevés de droits réels; l'aliénation ou la constitution de droits réels tiendra-t-elle?

Il faut distinguer.

La révocation atteindra les aliénations et les constitutions de droits réels consenties postérieurement au divorce devenu définitif. En effet l'époux coupable a cessé d'être propriétaire à dater de ce moment, et la règle *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* reçoit ici son application sans difficulté. Cela posé, les tiers ont évidem-

ment intérêt à connaître la révocation résultant du divorce, puisqu'elle met le donataire dans l'impossibilité de constituer des droits réels valables. Aussi le législateur a-t-il organisé des mesures de publicité, pour porter cette cause de révocation à la connaissance des tiers (*supra* n. 715), comme il l'a fait ailleurs dans des circonstances analogues. V. art. 958.

Au contraire, la révocation demeure sans influence sur les droits consentis par l'époux coupable antérieurement à la révocation, c'est-à-dire avant que le divorce soit devenu irrévocable. En d'autres termes, la révocation ne rétroagit pas. Il faudrait un texte pour la faire rétroagir, et non seulement ce texte n'existe pas, mais il y en a un qui dit implicitement que la rétroactivité n'a pas lieu, c'est l'art. 252 *in fine* qui l'établit seulement dans une certaine mesure *entre les époux*.

763. Aux termes de l'art. 300 : « *L'époux qui aura obtenu le divorce, conservera les avantages à lui faits par l'autre époux, encore qu'ils aient été stipulés réciproques et que la réciprocité n'ait pas lieu* ».

En punissant l'époux coupable, il ne fallait pas punir du même coup l'époux innocent. C'est pourquoi celui-ci conserve le bénéfice des avantages qui lui ont été faits par son conjoint. Il le conserve, même quand il s'agit de donations réciproques, bien que la réciprocité n'ait pas lieu; de sorte qu'en pareil cas l'époux coupable perd ce qu'il a donné, et ne conserve pas ce qu'il a reçu, bien que les deux donations, étant réciproques, fussent la condition l'une de l'autre. Cette rigueur s'explique par le caractère pénal de la disposition.

764. L'art. 1518 contient une application du principe posé par l'art. 300 : « Lorsque la dissolution de la communauté s'opère par le divorce ou par la séparation de corps, il n'y a pas lieu à la délivrance actuelle du préciput; mais l'époux qui a obtenu soit le divorce, soit la séparation de corps, conserve ses droits au préciput en cas de survie. Si c'est la femme, la somme ou la chose qui constitue le préciput reste toujours provisoirement au mari, à la charge de donner caution ». Cpr. art. 1452. En généralisant la pensée qui a dicté ce texte, on peut dire que l'époux qui a obtenu le divorce conserve les avantages à lui faits par son conjoint, mais sans que leur caractère soit aucunement modifié; il les conserve tels qu'ils lui ont été faits, avec les modalités auxquelles ils sont soumis. De là il suit que, si les avantages sont révocables par leur nature, ils demeurent tels après le divorce prononcé. La loi dit qu'ils ne sont pas révoqués, mais elle ne dit nullement qu'ils ne demeurent pas révocables. Si donc il s'agit d'une disposition testamentaire, elle pourra être révoquée par le disposant, et alors l'époux innocent, au profit duquel elle a été faite, en perdra le bénéfice. Même solution s'il s'agit d'une donation faite pendant le mariage. L'art. 1096 déclare les donations de cette espèce toujours révocables; l'époux contre lequel le divorce a été prononcé pourra donc révoquer celles qu'il a faites à son conjoint. Le contraire a été soutenu; mais cela nous paraît insoutenable. Pour admettre qu'une libéralité révocable se trouve ainsi transformée par la loi en une libéralité irrévocable, ce qui serait une singularité juridique, il faudrait un texte bien net et bien précis; or il s'en faut de tout que les art. 299 et 300 présentent ce caractère. Surtout, ce que nous ne comprenons pas, c'est qu'on distingue, comme l'ont fait quelques auteurs, entre les dispositions testamentaires, et les donations entre vifs faites pendant le mariage, pour déclarer ces dernières seulement irrévocables après le divorce.

En un mot, la différence qui existe entre l'époux contre lequel le divorce a été prononcé et l'époux qui l'a obtenu, c'est que les avantages faits au premier par le second sont révoqués de plein droit, tandis que les avantages faits au second par le premier ne sont pas révoqués; mais ils demeurent révocables s'ils le sont par leur nature; la loi n'en assure pas le bénéfice à l'époux qui a obtenu le divorce.

765. L'art. 301 nous révèle une autre différence entre l'époux innocent et l'époux coupable : « *Si les époux ne s'étaient fait aucun avantage, ou si ceux stipulés ne paraissent pas suffisants pour assurer la subsistance de l'époux qui a obtenu le divorce, le tribunal pourra lui accorder, sur les biens de l'autre époux, une pension alimentaire, qui ne pourra excéder le tiers des revenus de cet autre époux. Cette pension sera révocable dans le cas où elle cesserait d'être nécessaire* ». La règle que l'époux en faveur duquel le divorce est prononcé conserve les avantages faits à son profit par son conjoint devait nécessairement conduire à décider que ce même époux conserverait la créance alimentaire que le mariage a fait naître à son profit. Il va sans dire que le même droit n'appartient pas à l'époux contre lequel le divorce a été prononcé.

Si le divorce est prononcé aux torts des deux conjoints, le droit aux aliments n'existe ni au profit de l'un ni au profit de l'autre. Toulouse, 1^{er} août 1890, D., 91. 2. 364 ; Cass., 24 nov. 1886, S., 88. 1. 433, et 27 janv. 1891, S., 91. 1. 72, D., 91. 1. 461. Cpr. *infra* n. 763 *ter*.

Quel est le fondement de l'obligation alimentaire que l'art. 301 crée à la charge de l'époux contre lequel le divorce est prononcé ? Ce ne peut être le devoir de secours établi par l'art. 212, car le divorce brise le mariage et met fin aux obligations qu'il engendre. La disposition de l'art. 301 a sa source dans le principe consacré par l'art. 1382. La pension alimentaire est allouée à l'époux innocent à titre de réparation du préjudice que son conjoint lui a causé en rendant par sa conduite la prononciation du divorce nécessaire. L'époux innocent se trouve privé des ressources sur lesquelles son mariage lui permettait de compter pour vivre, et, puisqu'il en est privé par la faute de son conjoint, il est juste que celui-ci soit condamné à l'indemniser.

Dans le silence de la loi, les règles du droit commun nous paraissent applicables à l'obligation alimentaire unilatérale établie par l'art. 301, sauf cependant la restriction édictée par la partie finale de ce texte, savoir que la pension ne pourra pas excéder le tiers des revenus de l'époux débiteur. Nous tirerons de là les déductions suivantes, qui, toutes, sont plus ou moins contestées :

1^o La fixation du chiffre de la pension n'a qu'un caractère essentiellement provisoire ; il pourra être élevé ou abaissé suivant les diverses variations qui pourront survenir dans le besoin de celui qui réclame les aliments ou dans la fortune de celui qui les doit.

2^o L'obligation alimentaire établie par l'art. 301 ne passe pas aux héritiers de l'époux débiteur. En sens contraire, Lyon, 4 juin 1892, D., 93. 2. 32, S., 93. 2. 60.

3^o La pension alimentaire de l'art. 301 peut être accordée soit par le jugement ou arrêt de divorce, soit par un jugement postérieur.

La demande de cette pension alimentaire peut être formée même après la transcription du jugement de divorce, sans qu'on puisse, dans le silence de la loi, opposer à l'époux demandeur une fin de non-recevoir tirée de la tardiveté de sa demande. La jurisprudence est en ce sens. Paris, 16 juin 1888, S., 89. 2. 103 ; Cass., 10 mars 1891, S., 91. 1. 148, D., 91. 1. 175, et tribunal d'Anvers, 31 oct. 1891, S., 92. 4. 16. En sens contraire, Riom, 27 janvier 1887, S., 88. 2. 214. La cour de Paris (arrêt précité) a jugé en outre que le tribunal doit, pour statuer, se reporter à l'état de choses existant lors de la prononciation du divorce, sans tenir aucun compte des faits qui ont pu survenir postérieurement. D'où il résulte notamment que le juge doit refuser la pension, si le besoin de l'époux qui a obtenu le divorce ne s'est manifesté qu'à une époque postérieure à la pro-

nonciation du divorce. Il nous est difficile de nous associer à cette manière de voir. C'est à titre de dommages et intérêts, nous l'avons dit, que l'art. 301 accorde à l'époux innocent la pension alimentaire qui nous occupe. Pour que les dommages et intérêts soient dus il suffit que le préjudice existe ; la loi n'exige pas qu'il se soit manifesté à une époque déterminée.

765 bis. Il est de jurisprudence que l'art. 301 est applicable à la séparation de corps. Cass., 7 avril 1873, S., 73. 1. 337, D., 74. 1. 342, et 4 février 1889, S., 89. 1. 228, D., 89. 1. 250.

* **765 ter.** Nous croyons aussi que l'art. 301 doit recevoir son application au divorce par conversion. Cela résulte de la généralité des termes de la loi. Quel sera en pareil cas celui des époux qui pourra réclamer la pension alimentaire ? Ce sera celui qui a obtenu la séparation de corps. Cela est sans difficulté quand la conversion est prononcée sur sa demande. Et la même solution s'impose au cas où la conversion est prononcée sur la demande de l'autre conjoint. En effet, par la conversion, le jugement de séparation de corps devient jugement de divorce (*infra* n. 800) ; le divorce est donc obtenu en réalité par l'époux au profit duquel la séparation a été prononcée, bien que la conversion ait été demandée par l'autre. D'ailleurs on ne concevrait pas que le droit aux aliments pût appartenir à l'époux coupable et être refusé à l'époux innocent. Cass., 4 février 1889, S., 89. 1. 228, D., 89. 1. 250, et Bordeaux 21 mars 1892, D., 92. 2. 412, S., 92. 1. 276.

Au moment où la conversion a été prononcée, l'un des époux payait à l'autre une pension alimentaire, en vertu d'un jugement qui l'y avait condamné. La pension continuera-t-elle à être due ?

La négative ne fait pas de difficulté, si la pension était due à l'époux coupable, à celui contre lequel la séparation a été prononcée. En effet il n'a plus droit à la pension alimentaire de l'art. 212, le mariage étant brisé, et il ne peut pas réclamer non plus celle de l'art. 301, le divorce étant prononcé contre lui, qu'il ait ou non demandé la conversion.

Si la pension alimentaire était due à celui des époux qui a obtenu la séparation de corps, il faut distinguer. La pension lui avait-elle été allouée par application de l'art. 212 ? Elle cessera de lui être due après la conversion ; car désormais les époux ne sont plus tenus l'un envers l'autre du devoir de secours ni de l'obligation alimentaire qui en est la conséquence. Paris, sous Cass., 10 mars 1891, D., 91. 1. 175. Si au contraire la pension avait été allouée par application de l'art. 301, par conséquent à titre de dommages et intérêts, elle continuera à être due après la conversion ; car le divorce, succédant à la séparation de corps n'a pu apporter aucune modification à l'obligation de dommages et intérêts dont l'époux coupable était tenu envers son conjoint. Cass., 4 février 1889, D., 89. 1. 250, S., 89. 1. 128 ; Caen, 19 mars 1889, S., 90. 2. 209, et Bordeaux, 21 mars 1892, D., 92. 2. 412, S., 92. 1. 276. Maintenant c'est une question de fait que celle de savoir à quel titre la pension alimentaire a été allouée. Cass., 3 janv. 1893, D., 93. 1. 126. Le plus souvent cette question sera résolue par les termes mêmes du jugement ou arrêt qui établit la pension, et alors il n'y aura pas de difficulté. Deux arrêts, à la doctrine desquels il est difficile de souscrire (Riom, 27 janvier 1887, S., 88. 2. 214, et Paris, 15 mars 1887, S., 88. 2. 213), ont jugé que, dans le doute, il y a présomption que la pension alimentaire a été allouée par application de l'art. 301. Pourquoi cette présomption, puisqu'il n'y a pas de loi qui l'établisse ?

Au cas où la séparation a été prononcée aux torts des deux époux, aucun ne peut bénéficier de l'art. 301, et par conséquent si l'un des époux a été condamné à payer une pension alimentaire à l'autre par application de l'art. 212, la pension cessera d'être due après la conversion de la séparation de corps en divorce. Cass., 24 nov. 1886, D., 87. 1. 335, S., 88. 1. 433, et 27 janvier 1891 S., 91. 1. 72, D., 91. 1. 461.

766. Au point de vue des déchéances qu'entraîne le divorce, et à d'autres égards encore, la situation de l'époux qui obtient le divorce est bien préférable à la situation de l'époux contre lequel il est prononcé, ce qui paraît tout naturel. Maintenant il arrive souvent qu'entre deux époux qui plaident en divorce, les torts sont partagés : chacun, de son côté, s'est rendu coupable de faits qui peuvent motiver la prononciation du divorce contre lui. L'un des deux ayant pris l'initiative de la demande en divorce, que l'autre aurait pu

tout aussi bien former, ce dernier subira-t-il seul les déchéances dont nous venons de parler ? Ce serait fort injuste ; mais hâtons-nous de dire qu'il ne tient qu'à l'époux défendeur d'éviter ce résultat. Qu'il forme lui-même une demande reconventionnelle en divorce ; le juge sera alors saisi de deux demandes tendant au même but, et, s'il déclare l'une et l'autre fondée, il en résultera que le divorce aura été prononcé contre l'un et l'autre époux, et que chacun subira les déchéances légales.

La demande reconventionnelle en divorce peut être formée en tout état de cause. Nous savons qu'elle s'introduit par un simple acte d'avoué à avoué (*supra* n. 704).

CHAPITRE IV

DE LA SÉPARATION DE CORPS

767. Nous avons défini la séparation de corps : L'état de deux époux dispensés par la justice de l'obligation de vivre en commun, que le mariage leur imposait (*supra* n. 663).

Ainsi que nous l'avons vu, la séparation de corps, à la différence du divorce, ne dissout pas le mariage ; elle en relâche seulement le lien, en ce sens qu'elle délivre les époux de l'obligation de la vie commune devenue insupportable.

De plus, comme la société de biens, qui a pu se former entre les époux par suite de leurs conventions matrimoniales, n'est qu'une conséquence de la société établie par le mariage entre leurs personnes, et que, celle-ci étant rompue, celle-là n'a plus de raison d'être, en vertu de ce principe que l'effet ne doit pas survivre à la cause, la loi décide que les intérêts pécuniaires des époux seront désormais séparés (art. 311). En conséquence la femme reprend l'administration et la jouissance de son patrimoine, en supposant, comme il arrive le plus souvent, que cette administration et cette jouissance appartenissent au mari d'après les conventions matrimoniales. En outre la femme reprend le plein exercice de sa capacité civile (loi du 6 février 1893).

Les autres effets du mariage subsistent, notamment : le devoir de fidélité, qui, cependant, comme on le verra bientôt, n'a plus de sanction pénale en ce qui concerne le mari, et le devoir de secours, qui, le cas échéant, se traduira sous la forme d'une pension alimentaire.

768. Le projet du code civil, à l'imitation de la loi du 20 septembre 1792, ne consacrait que le divorce. A la suite de discussions assez vives, la séparation de corps fut admise, parallèlement au divorce, pour donner satisfaction aux consciences catholiques. Mais, comme s'il eût fait cette concession à regret, le législateur de 1803 régla la séparation de corps avec une brièveté toute voisine de l'obscurité. Ce laconisme ne pouvait guère s'expliquer

qu'en supposant au législateur l'intention de rendre applicables à la séparation de corps une grande partie des dispositions relatives au divorce. On voit apparaître cette intention dans les travaux préparatoires de la loi, desquels il ressort que la séparation de corps a été considérée comme un diminutif du divorce, comme un divorce mis en rapport avec les idées catholiques; on l'a plusieurs fois appelée dans la discussion: le *divorce des catholiques*. Aussi la jurisprudence, dès les premières années qui suivirent la promulgation du code civil, fit-elle de larges emprunts à la législation du divorce, pour combler les lacunes de la législation relative à la séparation de corps. Ce mode de procéder reçut presque une consécration législative de la loi du 8 mai 1816, qui, en abolissant le divorce, laissa subsister dans le code civil tous les articles qui le réglaient. Quel pouvait être le but de ce procédé, assez peu usité en matière législative, sinon de ne pas tarir la source à laquelle les tribunaux puisaient pour compléter la législation relative à la séparation de corps?

La nouvelle loi qui a rétabli le divorce, ne fait que fortifier l'induction fournie par la loi de 1816. Le législateur de 1884 n'ignorait pas que, depuis la promulgation du code civil, les tribunaux appliquaient journellement, en matière de séparation de corps, de nombreuses dispositions relatives au divorce. S'il eût entendu condamner cette pratique presque séculaire, il l'eût fait dans un texte formel, et en même temps, comme la législation sur la séparation de corps ne peut pas se suffire à elle-même, il n'eût pas manqué de lui donner le complément qui lui est indispensable. Or le législateur de 1884 a laissé les choses en l'état, et il a ainsi sanctionné les errements du passé. L'argument n'a rien perdu de sa force depuis la promulgation de la loi du 18 avril 1886 relative à la procédure du divorce. Cette loi en effet déclare applicables à la séparation de corps un grand nombre des articles relatifs à la procédure du divorce. En réglant ainsi sur un point seulement les emprunts que la séparation de corps doit faire au divorce, il confirme implicitement le *statu quo* pour les emprunts à faire sur les autres points.

769. Reste à savoir quelles sont les dispositions relatives au divorce qui doivent être appliquées à la séparation de corps. Ce sont, disent MM. Aubry et Rau, « toutes celles dont l'application à cette dernière matière n'est pas en opposition avec la nature même de la séparation de corps, avec une disposition expresse ou implicite de la loi ou avec les principes généraux du droit ». Même en

adoptant ce *criterium*, qui est en général suivi par la doctrine, on est loin d'être d'accord sur les applications pratiques que le principe comporte.

770. Division. — Nous aurons à rechercher successivement : 1° quelles sont les causes de séparation de corps ; 2° par qui la séparation de corps peut être demandée ; 3° quelles sont les causes d'extinction de l'action en séparation de corps ; 4° quelle est la procédure à suivre sur cette action et quelles sont les mesures provisoires qu'il peut y avoir lieu de prendre ; 5° quels sont les effets de la séparation de corps ; 6° comment elle cesse.

I. Causes de séparation de corps.

771. Aux termes du nouvel 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 ».

Les causes de séparation de corps sont donc les mêmes que les causes de divorce : adultère de l'un des époux ; excès, sévices ou injures graves de l'un des époux envers l'autre ; condamnation devenue définitive de l'un des époux à une peine afflictive et infamante. Par suite, le demandeur a le choix entre l'action en divorce et l'action en séparation de corps.

772. Pas plus que le divorce, la séparation de corps « ne peut » avoir lieu par le consentement mutuel des époux » (art. 307 al. 1 *in fine*). Cette proposition ne signifie pas qu'il est interdit aux époux de vivre séparément d'un commun accord et tant que cet accord persiste, mais bien que le juge ne peut pas, sur le fondement du consentement mutuel exprimé par les époux, prononcer entre eux une séparation de corps. Elle signifie en outre que la convention, que les époux auraient faite de vivre séparément, et toutes les clauses accessoires de cette convention, par exemple celle aux termes de laquelle le mari s'oblige à payer à sa femme une pension alimentaire déterminée, sont nulles et de nul effet. Quand l'une des parties ne voudra plus exécuter la convention, l'autre ne pourra pas l'y forcer. Cpr. *supra* n. 615.

Ainsi donc le consentement mutuel des parties ne peut servir de base à une séparation de corps prononcée par la justice. Les époux ne peuvent pas non plus faire une convention valable et obligatoire, en vertu de laquelle ils seront séparés de corps.

773. La séparation de corps ne pouvant pas être prononcée sur le fondement du consentement mutuel des époux, il en résulte que le juge ne doit pas considérer les faits allégués par l'époux deman-

deur comme suffisamment établis par cela seul que le défendeur en reconnaît l'exactitude. L'aveu du défendeur est ici suspect, parce qu'il peut être le résultat d'un concert intéressé. Pour le même motif, la preuve par le serment doit être écartée, Cpr. *supra* n. 700.

Alors comment le demandeur prouvera-t-il l'existence des causes de séparation de corps qu'il invoque ? Par tous les autres moyens de preuve du droit commun, et principalement par témoins, car les écrits feront presque toujours défaut. D'ailleurs il y aurait lieu d'appliquer ici par analogie la disposition du nouvel art. 245 al. 2, aux termes duquel : « Les parents des parties, à l'exception » des descendants, et les domestiques des époux peuvent être » entendus comme témoins ». Il est surprenant que ce texte ne figure pas parmi ceux que le nouvel art. 307 déclare applicables à la séparation de corps. Ce serait à croire à un *lapsus* !

* 774. L'ancien art. 306 portait : « Dans le cas où il y a lieu à la demande en divorce » pour cause déterminée, il sera libre aux époux de former demande en séparation de » corps ». Les mots *pour cause déterminée*, qui ne peuvent avoir de sens que dans une législation où le divorce par consentement mutuel est admis, ont été supprimés avec raison par le législateur de 1884. Pour le même motif, il a supprimé la partie finale de l'art. 307, qui portait que la séparation de corps « ne pourra avoir lieu par le consentement mutuel des époux », et on se demande pourquoi la loi du 18 avril 1886 en a opéré le rétablissement (nouvel art. 307).

Ainsi notre législation actuelle, assimilant à ce point de vue le divorce et la séparation de corps, ne permet pas qu'ils puissent avoir lieu par le consentement mutuel des époux. Au contraire, d'après le code civil, le divorce pouvait avoir lieu par le consentement mutuel des époux, mais non la séparation de corps.

Ce n'est pas qu'il fût bien facile d'expliquer la différence que le législateur de 1803 établissait ainsi entre le divorce et la séparation de corps. Si l'on admet le divorce par consentement mutuel, dans les cas où des motifs d'ordre supérieur peuvent fermer la bouche à l'époux demandeur et l'empêcher de révéler publiquement la véritable cause du divorce, pourquoi ne pas admettre dans les mêmes circonstances la séparation de corps par consentement mutuel, pour ceux dont les convictions religieuses repoussent le divorce ? Les explications que les auteurs du code civil ont données à ce sujet ne sont guère satisfaisantes, et celles que les jurisconsultes ont proposées ne le sont pas davantage. Pour nous voici la vérité : Le législateur de 1803 ne voulait ni du divorce par consentement mutuel ni de la séparation de corps par consentement mutuel. Il s'est laissé arracher le divorce par consentement mutuel par Napoléon, qui avait l'arrière-pensée d'en faire bientôt un usage personnel (*supra* n. 670). Cette influence ne s'étant pas produite au sujet de la séparation de corps, le principe qu'elle ne peut avoir lieu par le consentement mutuel a été maintenu, et il en est résulté une disparate dans notre loi.

II. Par qui la séparation de corps peut être demandée.

775. La séparation de corps peut être demandée par l'un des époux contre l'autre.

Dans notre ancien droit, la femme seule pouvait demander la séparation de corps, sans doute parce que l'on considérait cette mesure comme un secours offert au plus faible contre le plus fort. Cependant le mari pouvait arriver indirectement à une *séparation d'habitation*, en dénonçant l'adultère de sa femme. Pothier dit à ce sujet dans son traité du

contrat de mariage, n. 527 : « La peine qui est en usage dans notre droit contre la femme convaincue d'adultère, est la réclusion dans un monastère, où son mari peut la venir voir et visiter, et au bout de deux ans l'en faire sortir pour la reprendre chez lui ; sinon, ledit temps passé, faute par son mari de la reprendre, elle doit être rasée, et rester dans ledit couvent le restant de ses jours. On la déclare en outre déchue de ses dot, douaire et conventions matrimoniales ».

Sous notre législation actuelle, le droit de demander le divorce ou la séparation de corps est réciproque pour les deux époux, même au cas d'excès, sévices ou injures graves, ainsi que le témoigne le mot *réciproquement* (art. 231).

Mais en fait, les maris usent, par tous pays, beaucoup moins souvent que les femmes, du droit de demander le divorce ou la séparation de corps. La statistique judiciaire nous apprend qu'en France, sur 1,000 séparations de corps, il y en a 895 qui sont prononcées à la requête des femmes. Il ne faudrait pas attribuer ce résultat uniquement à ce que les mauvais ménages se font par la faute des maris plus souvent que par celle des femmes. Le mari malheureux par la faute de sa femme, recule fréquemment devant le divorce ou la séparation de corps, parce que cette mesure a pour résultat de lui faire perdre la jouissance de la fortune de sa femme ; le plus souvent il se contente d'une séparation de fait, que la femme accepte, pour éviter le scandale d'un débat judiciaire, si son mari lui offre une pension suffisante.

776. Sur le point de savoir si l'action en séparation de corps peut être exercée par les créanciers ou par les héritiers de l'époux auquel l'action appartient, et quel est l'effet de la mort de l'un des époux survenue *pendente lite*, il y aurait lieu d'appliquer *mutatis mutandis* tout ce que nous avons dit au n. 683 au sujet du divorce.

Rappelons qu'aux termes de l'art. 307 al. 2 (loi du 18 avril 1886) : « Le tuteur de la personne judiciairement interdite peut, avec l'autorisation du conseil de famille, présenter la requête et suivre l'instance à fin de séparation » (*supra* n. 694).

III. Causes d'extinction de l'action en séparation de corps.

777. Elles sont les mêmes que les causes d'extinction de l'action en divorce. En effet le nouvel art. 244, qui organise ces dernières, est applicable à la séparation de corps (nouvel art. 307). En conséquence, nous nous bornons à renvoyer sur ce point à ce que nous avons dit au sujet du divorce (*supra* n. 730 et s.).

IV. Procédure à suivre sur la demande en séparation de corps. — Mesures provisoires.

778. L'art. 307 al. 1, remanié par le législateur de 1886, porte : « Elle (la [demande en] séparation de corps) sera intentée, instruite » et jugée de la même manière que toute autre action civile ; néanmoins les articles 236 à 244 lui seront applicables ». L'art. 245 est également applicable (*supra* n. 773).

= « Intentée, instruite et jugée ». La demande n'est pas *intentée* comme les autres actions civiles ; en effet les art. 236 et s. du code civil et 875 à 878 du code de procédure civile la soumettent sur ce point à des règles toutes spéciales. Elle n'est pas non plus *jugée*

comme les autres actions civiles; car le jugement doit être précédé des conclusions du ministère public (C. pr., art. 879). Il reste donc que la demande en séparation de corps est seulement *instruite* dans les formes établies pour les autres demandes, et c'est ce que dit l'art. 879 du code de procédure civile. Le législateur de 1886 a commis sur ce point la même faute que le législateur du code civil et celui de 1884.

= *Les articles 236 à 244 lui sont applicables.* Donc il n'y a pas lieu d'appliquer l'art. 249, d'après lequel : « Le jugement ou arrêt qui prononce le divorce n'est pas susceptible » d'acquiescement ». D'autant plus que cet article déroge aux règles du droit commun, d'après lesquelles on peut toujours acquiescer à un jugement, et que le mérite de la dérogation est très contestable (*supra* n. 708 bis). La jurisprudence est en ce sens. Cass., 28 nov. 1887, D., 88. 1. 433, S., 90. 1. 113 et, 28 déc. 1891, D. 92. 1. 114, S., 92. 1. 120. Ce dernier arrêt tire de notre principe cette conséquence que le délai de trois ans à partir duquel la conversion peut être demandée court du jour de l'acquiescement. — V. cep. Paris, 4 juin 1892, S., 92. 2. 179.

779. Comme les demandes en divorce, les demandes en séparation de corps sont de la compétence exclusive des tribunaux civils. En aucun cas une demande de ce genre ne peut être intentée devant un tribunal de répression, incidemment à l'action publique dont il serait déjà saisi (arg. art. 326 et ancien art. 234).

* Si quelques-uns des faits allégués par l'époux demandeur donnent lieu à une poursuite criminelle de la part du ministère public, l'action en séparation de corps demeurera suspendue jusqu'après la décision de la justice criminelle; car le *criminel tient le civil en état* (arg. art. 3 al. 2 C. I. cr.). Lorsque la justice criminelle aura définitivement statué, et quelle que soit sa décision, l'action en séparation de corps pourra être reprise. Cpr. *supra* n. 689 et 689 bis.

Le tribunal compétent est celui du domicile commun des époux (C. pr., art. 59 al. 1 et 875, et arg. de ces articles).

780. L'époux demandeur débute par une requête adressée au président du tribunal et accompagnée des pièces à l'appui, s'il y en a (C. pr., art. 875). A la différence de ce qui a lieu pour les demandes en divorce, il n'est pas nécessaire que l'époux demandeur présente sa requête en personne, et par conséquent si cet époux ne peut se déplacer, le président du tribunal n'aura pas à se transporter près de lui. Cpr. C. civ., nouveaux art. 234 et 307, et C. pr., art. 875.

En réponse à cette requête, le président du tribunal rend une ordonnance portant que les époux comparaitront devant lui au jour fixé par ladite ordonnance (C. pr. art. 876). Cpr. C. civ., nouveaux art. 234 et 307, et C. pr., art. 876.

Les parties sont tenues de comparaître en personne, sans pouvoir se faire assister d'avoués ni de conseils (C. pr., art. 877). Cette mesure, qui n'est pas prescrite à peine de nullité (arg. art. 1030 C. pr.), a pour but de soustraire les parties à toute influence étrangère, et de faciliter ainsi l'heureuse issue de l'essai de conciliation que va tenter le président du tribunal.

La tentative de conciliation devant le président du tribunal est d'ordre public. En con-

séquence, si cette tentative n'a pu avoir lieu par suite d'un fait imputable à l'époux demandeur, la procédure qui suit est nulle. Paris, 28 août 1879.

781. Au sujet de cet essai de conciliation, l'art. 878 du code de procédure dispose : « Le président fera aux deux époux [ou au demandeur seul si l'époux défendeur ne se présente pas] les représentations qu'il croira propres à opérer un rapprochement; s'il ne peut y parvenir, il rendra en suite de la première ordonnance, une seconde portant qu'attendu qu'il n'a pu concilier les parties, il les renvoie à se pourvoir, *sans citation préalable, au bureau de conciliation* ».

Le membre de phrase que nous venons de souligner doit être entendu en ce sens que les époux sont dispensés de l'épreuve ordinaire du préliminaire de conciliation, remplacée ici par l'essai de conciliation devant le président du tribunal. Tel qu'il est ponctué, le texte signifierait qu'après l'essai de conciliation qui a été tenté sans résultat devant lui, le président doit renvoyer les parties à se pourvoir devant le juge de paix, pour y subir l'essai de conciliation du droit commun. Il faut supprimer la virgule, qui, bien évidemment, fait dire au législateur le contraire de ce qu'il veut. Nous avons ici un remarquable exemple de la puissance d'une virgule : suivant qu'on la maintient ou qu'on la supprime, le sens de la phrase change complètement.

782. L'art. 878 C. pr. ajoute : « il autorisera par la même ordonnance la femme à procéder sur la demande, et à se retirer provisoirement dans telle maison dont les parties seront convenues, ou qu'il indiquera d'office; il ordonnera que les effets à l'usage journalier de la femme lui seront remis ».

Il n'est plus nécessaire que le président du tribunal autorise expressément la femme à procéder sur sa demande, le nouvel art. 238 al. 4, déclaré applicable à la séparation de corps par le nouvel art. 307, disosant que, par le seul fait de l'ordonnance, « *la femme est autorisée à faire toutes procédures pour la conservation de ses droits et à ester en justice jusqu'à la fin de l'instance et des opérations qui en sont les suites* ». Cpr. *supra* n. 696.

Si la femme veut changer de résidence pendant le cours de l'instance, elle devra s'y faire autoriser en référé par le président du tribunal (nouvel art. 238 al. 5). La sanction de l'obligation imposée à la femme de résider dans le lieu qui lui a été assigné est la même qu'en matière de divorce. Cpr. *supra* n. 726.

Enfin l'art. 878 C. pr. se termine par ces mots : « Les demandes en provision seront portées à l'audience ». Pour la femme qui plaide en séparation de corps, comme pour celle qui plaide en divorce, la provision *ad litem* ne peut être allouée que par le tribunal. Mais aujourd'hui la provision alimentaire peut aussi être allouée par le président du tribunal, dans l'ordonnance qui clot l'essai de conciliation (nouvel art. 238 al. 2, et *supra* n. 724).

Bien que l'art. 878 C. pr. ne parle que de la femme demanderesse en séparation de corps, il est certainement applicable aussi à la femme défenderesse.

783. Les règles relatives à la garde provisoire des enfants pendant la durée de l'instance en séparation de corps, aux mesures conservatoires et au sort des actes passés par le mari en fraude des droits de la femme, sont les mêmes qu'en matière de divorce (arg. art. 307 cbn. 242 et 243).

784. L'instance en séparation de corps une fois engagée conformément aux règles que nous venons de tracer, la cause sera instruite dans les formes établies pour les autres demandes, le

ministère public entendu (C. pr., art. 879, et C. civ., art. 239 al. 1 cbn. 307), par conséquent en audience publique, sauf au tribunal à ordonner le huis clos « si la discussion publique devait entraîner » ou scandale ou des inconvénients graves » (C. pr., art. 87). La reproduction des débats par la voie de la presse est interdite (art. 239 al. final cbn. 307). Le tout comme au cas de divorce.

Mais lorsque le droit du demandeur est bien établi, le tribunal ne peut pas, comme le permet le nouvel art. 246 pour le cas de divorce, suspendre le jugement pendant un délai de six mois. Arg. art. 307.

785. Les jugements sur les demandes en séparation de corps sont toujours susceptibles d'appel. L'appel doit être jugé en audience ordinaire (ordonnance du 16 mai 1833). Le délai de l'appel n'est pas suspensif de l'exécution comme en matière de divorce (*supra* n. 712), mais seulement l'appel interjeté, conformément aux règles du droit commun.

En ce qui concerne le pourvoi en cassation, c'était autrefois une question de savoir s'il produisait un effet suspensif comme en matière de divorce. La jurisprudence s'était fixée dans le sens de la négative. La loi du 6 février 1893 résout la question en sens contraire. Le nouvel art. 248 *in fine* porte : « *Le pourvoi est suspensif en matière de divorce et en matière de séparation de corps* ». Il a d'ailleurs été expliqué par le rapporteur de la loi au sénat que l'art. 248 tout entier est applicable à la séparation de corps, et non pas seulement l'alinéa final.

Autrement on ne s'expliquerait guère que le nouveau législateur eût inséré l'art. 248 tout entier dans la loi *sur la séparation de corps*. Toutefois il est regrettable que la pensée du législateur n'ait pas été exprimée plus clairement. La commission du sénat proposait de rédiger ainsi l'alinéa final de l'art. 248 : « Toutes les dispositions qui précèdent sont applicables à la séparation de corps ». C'était aussi net que possible. Alors pourquoi n'a-t-on pas donné suite à la proposition de la commission? Écoutons le rapporteur : « Il a semblé à la commission qu'en vous faisant connaître cette interprétation [l'interprétation consistant à déclarer l'art. 248 tout entier applicable à la séparation de corps] pour laquelle elle s'était mise d'accord avec M. le commissaire du gouvernement, elle créait un élément suffisant pour bien dégager la pensée du législateur... Ainsi le texte complet de l'article 248 est, dans la pensée des rédacteurs de la chambre des députés et du sénat, applicable en matière de divorce et de séparation de corps ». Il est regrettable qu'on soit obligé d'aller chercher le sens d'un texte dans les explications données par le rapporteur de la loi, quand il était si simple de s'exprimer clairement.

786. Enfin, aux termes de l'art. 880 C. pr. : « Extrait du jugement qui prononcera la séparation sera inséré aux tableaux exposés tant dans l'auditoire des tribunaux que dans les chambres d'avoués et notaires, ainsi qu'il est dit article 872 ». Cpr. C. co., art. 66.

V. *Effets de la séparation de corps.*

787. Le code civil était à peu près muet sur les effets de la séparation de corps. Il se bornait à dire que « La séparation de corps » emportera toujours séparation de biens » (ancien art. 311). Les lois de 1884 et de 1886 laissèrent les choses en l'état. La loi du 6 février 1893, intitulée *Loi portant modification au régime de la séparation de corps*, est venue combler dans une certaine mesure ces lacunes. Sur un point elle consacre la solution admise par la jurisprudence, en disposant que « La femme séparée de corps cesse » d'avoir pour domicile légal le domicile de son mari » (art. 1^{er}, nouvel art. 108 al. 1, *supra* n. 307). Sur un autre point elle consacre une solution contraire à celle de la jurisprudence, en décrétant que le pourvoi en cassation est suspensif en matière de séparation de corps comme en matière de divorce (art. 4, nouvel art. 248 al. fin.). En troisième lieu, elle règle l'influence de la séparation de corps sur le nom des époux (art. 3, nouvel art. 311 al. 1). Enfin elle introduit dans notre droit une grosse innovation, en émancipant la femme séparée de corps, qui cesse désormais d'être soumise au régime de l'autorisation (art. 3, nouvel art. 311 al. 3). Ces diverses dispositions produisent un effet rétroactif. En effet l'art. 5 de la loi porte : « La présente loi s'applique aux séparations de corps prononcées ou demandées avant sa promulgation ». C'est à peine une exception au principe de l'art. 2; car, ainsi que nous l'avons expliqué aux n. 50 et s., les lois relatives à l'état des personnes saisissent les individus aussitôt qu'elles deviennent obligatoires et peuvent ainsi avoir pour résultat de modifier soit en l'augmentant, soit en la diminuant, la capacité acquise sous l'empire de la législation antérieure.

Il reste encore bien des lacunes. Comme sous l'empire de la législation antérieure, il faudra les combler par des emprunts faits à la législation du divorce, d'après la méthode indiquée au n. 769.

Les effets de la séparation de corps concernent la personne des époux, leurs enfants et leurs biens; en outre elle entraîne certaines déchéances. Nous allons parcourir ce programme.

1. *Effets de la séparation de corps en ce qui concerne la personne des époux.*

788. Ces effets, à défaut de textes, sont suffisamment indiqués par l'expression *séparation de corps*. Le mariage est l'union de deux âmes et des corps qu'elles animent. Quand l'action en séparation de corps est intentée, l'union des âmes n'existe plus, et les époux viennent demander à la justice l'autorisation de faire

cesser l'union des corps. Tel est en effet le but et le résultat de notre institution : rompre le lien des corps (*divortium a toro et mensa*), faire cesser la vie commune devenue insupportable, et par conséquent délivrer les époux des obligations respectives que leur impose l'art. 214 : obligation pour la femme d'habiter avec son mari, obligation pour celui-ci de recevoir sa femme. D'où le droit pour la femme d'avoir une résidence et même un domicile distincts de celui du mari.

Mais c'est tout ! Le lien du mariage n'est pas brisé.

Le devoir de fidélité continue donc de subsister. Et toutefois, s'il conserve sa sanction pénale à l'égard de la femme, il la perd à l'égard du mari ; car d'après nos lois l'adultère du mari n'est punissable qu'autant qu'il a tenu sa concubine dans la maison conjugale, condition d'une réalisation désormais impossible, puisqu'il n'y a plus de maison conjugale.

Le devoir de secours survit aussi à la séparation de corps ; l'un des époux pourra donc être condamné à payer une pension alimentaire à l'autre, si celui-ci se trouve sans ressources ; la jurisprudence est constante sur ce point. Cass., 27 janvier 1890, S., 90. 1. 216, D., 90. 1. 447. Le droit aux aliments existe même au profit de l'époux contre lequel la séparation a été prononcée.

Quant au devoir d'assistance, il y a quelque doute ; mais comme en définitive l'assistance, qui consiste dans des soins personnels, semble impliquer la cohabitation des époux, il faut admettre que ce devoir cesse après la séparation de corps.

788 bis. La séparation de corps exerce-t-elle quelque influence sur le nom des époux ? On lit à ce sujet dans le nouvel art. 311 al. 1 (loi du 6 février 1893) : « *Le jugement qui prononce la séparation de corps ou un jugement postérieur peut interdire à la femme de porter le nom de son mari, ou l'autoriser à ne pas le porter. Dans le cas où le mari aurait joint à son nom le nom de sa femme, celle-ci pourra également demander qu'il soit interdit à son mari de le porter* ».

Trois cas sont prévus :

1° Le mari peut demander qu'il soit interdit à la femme de continuer à porter son nom. Le juge statue sur cette demande *cognita causa* : il interdira à la femme de continuer à porter le nom de son mari, si elle le déshonore par sa conduite. Et comme les faits qui compromettent l'honneur du mari peuvent survenir postérieurement à la séparation de corps, la loi dit que la demande du mari peut être formée même après la séparation de corps prononcée.

2° La femme peut demander l'autorisation de ne pas porter le nom de son mari. Ce nom peut en effet être déshonoré par le mari lui-même. Remarquons en passant que notre disposition paraît consacrer législativement l'usage, universellement suivi dans notre pays, en vertu duquel la femme porte le nom de son mari, puisque un jugement est nécessaire pour autoriser la femme à ne pas porter ce nom, quand elle est séparée de corps.

3° Si le mari a ajouté à son nom celui de sa femme, comme cela est d'usage dans certaines parties de la France, la femme peut demander qu'il soit interdit à son mari de continuer à porter son nom. Le juge doit nécessairement faire droit à la demande de la femme; car ce n'est qu'en vertu d'une tolérance et non en vertu d'un droit que le mari est ainsi autorisé à porter le nom de sa femme. C'est du moins ce qui résulte des explications fournies par le rapporteur de la loi lors de la discussion au sénat. *Journ. offic. du 21 janv. 1887, Déb. parl., p. 37.* et *Journ. offic. du 25, Déb. parl., p. 51.* Ce qui n'apparaît pas bien clairement, malgré les explications du rapporteur, c'est l'utilité de la disposition. Si le mari n'a pas le droit de porter le nom de sa femme, s'il n'y a là qu'une simple tolérance, alors pourquoi faut-il un jugement pour lui défendre de le porter? Une simple sommation de la femme devrait suffire.

La sanction des interdictions que le tribunal pourra prononcer en conformité du nouvel art. 311 al. 1 sera une sanction pécuniaire.

Rappelons que, depuis la loi du 6 février 1893, la femme séparée de corps reprend l'exercice de sa capacité civile (*supra* n. 625, et *infra* n. 790 bis et s.).

2. Effets de la séparation quant aux enfants.

789. On est à peu près d'accord en doctrine et en jurisprudence, pour décider qu'il y a lieu d'appliquer, en matière de séparation de corps, la disposition finale de l'art. 302, qui permet au tribunal, sur la demande de la famille ou du ministère public, de régler le sort des enfants dans le sens le plus conforme à leur intérêt, en les confiant soit à l'un, soit à l'autre des époux, soit même à une tierce personne. On applique aussi sans difficulté l'art. 303 qui permet à l'époux auquel la garde des enfants n'a pas été confiée, ou aux époux, si les enfants ont été confiés aux soins d'une tierce personne, de surveiller l'entretien et l'éducation desdits enfants, et les oblige d'y contribuer proportionnellement à leurs facultés. *Cass., 16 juillet 1884, S., 90. 1. 317, D., 89. 1. 456.*

Mais supposons que l'intérêt des enfants soit hors de cause, ou bien que le ministère

public et la famille n'aient pas requis le tribunal de statuer dans tel sens sur le sort des enfants. Le tribunal sera-t-il lié dans cette hypothèse par la disposition de l'art. 302 1^{re} partie ? devra-t-il nécessairement confier les enfants à l'époux qui a obtenu la séparation de corps, par conséquent à la femme, si elle est demanderesse, et qu'elle ait triomphé ? C'est notre sentiment. Il est vrai que le père va subir ainsi une atteinte très grave dans son droit de puissance paternelle. Aux termes de l'art. 373 l'exercice de cette puissance n'appartient qu'à lui seul pendant toute la durée du mariage, et nous arrivons à le lui retirer en appliquant un texte écrit en vue du divorce, étendant ainsi à un cas autre que celui pour lequel elle a été édictée une disposition exceptionnelle. Mais, nous l'avons déjà dit, il faut absolument faire des emprunts au divorce pour compléter la législation relative à la séparation de corps ; tout le monde en sent la nécessité, et telle paraît d'ailleurs avoir été la volonté soit du législateur de 1803, soit de celui de 1884 et de 1886. Toute la question est de savoir à quelle limite il faut s'arrêter dans les emprunts. D'ailleurs ceux qui ne veulent appliquer que la 2^e partie de l'art. 302, n'échappent pas eux-mêmes au reproche qu'ils adressent à leurs adversaires. En effet, dans sa seconde partie comme dans la première, l'art. 302 déroge aux règles sur la puissance paternelle, à l'art. 373 qui en accorde l'exercice exclusif au père durant le mariage. Il y déroge pour le plus grand intérêt des enfants, c'est vrai, mais enfin il y déroge ; et cependant on étend cette disposition à la séparation de corps ! Alors pourquoi pas la première aussi ? La jurisprudence de la cour de cassation est dans notre sens. Cass., 24 juillet 1878, S., 79. 1. 424, D. 78. 1. 471, et 1^{er} août 1883, D., 85. 1. 206.

D'ailleurs les décisions que les tribunaux rendent en ce qui concerne le sort des enfants ne sont pas nécessairement définitives. Les ayant droit peuvent en demander la modification lorsque de nouveaux faits surviennent. Il faut toujours s'adresser au tribunal qui a rendu la décision à modifier. Cass., 25 août 1884, S., 84. 1. 424, D., 85. 1. 206.

* Les décisions de la justice, relatives à la garde des enfants, ne sauraient survivre à la dissolution du mariage par la mort de l'un des époux ; car ces décisions ont pour but de régler le conflit qui peut s'élever entre les deux époux sur cet objet. L'époux survivant aura donc sur ses enfants les droits résultant de la puissance paternelle et de la tutelle, alors même que la garde des enfants aurait été confiée par la justice à l'époux prédécédé ou même à un étranger, et sauf à provoquer s'il y a lieu contre l'époux survivant la déchéance de la puissance paternelle ou la destitution de la tutelle. Poitiers, 21 juillet 1890, D., 91. 2. 73, et la note de M. de Loynes.

* Mais les décisions de justice relatives à la garde des enfants survivraient à la conversion du jugement de séparation de corps en jugement de divorce. En effet, par la conversion, le jugement de séparation de corps devient jugement de divorce (*infra* n. 800). Il faut donc appliquer toutes les dispositions du jugement de séparation de corps qui ne sont pas incompatibles avec la nouvelle situation créée aux époux par le divorce. De ce nombre sont les décisions relatives à la garde des enfants. Cpr. note précitée.

3. Effets de la séparation de corps en ce qui concerne les biens des époux.

790. « La séparation de corps emporte toujours séparation de biens », dit le nouvel art. 311 al. 2. Cet effet se produit de plein droit, *ipso jure*, comme conséquence nécessaire de la séparation de corps. Deux époux peuvent être séparés de biens sans être séparés de corps ; mais ils ne peuvent pas, en sens inverse, être séparés de corps sans être séparés de biens. En effet la société de biens, qui peut exister entre deux époux en vertu de leurs conventions matrimoniales, est une conséquence de la société des personnes ; cette dernière cessant par la séparation de corps, l'autre doit cesser aussi.

Par suite de la séparation de biens que produit virtuellement la séparation de corps, la femme est remise à la tête de son patrimoine, lorsque l'administration en appartenait au mari, comme il arrive sous la plupart des régimes nuptiaux. La femme aura donc désormais le droit d'administrer ses biens et par suite de toucher ses revenus.

Ce résultat se produit même lorsque la séparation de corps a été prononcée au profit du mari : ce qui est injuste, car dans ce cas la séparation de corps pourra avoir pour résultat d'infliger une perte pécuniaire à l'époux innocent, et de procurer un bénéfice au coupable qui est la femme. On s'explique ainsi que la séparation de corps soit rarement demandée par les maris (*supra* n. 775).

* La séparation de biens résultant accessoirement de la séparation de corps remonte quant à ses effets entre les époux au jour de la demande. Arg. art. 252 al. fin. Voyez t. III n. 183.

790 *bis*. Sous l'empire du code civil, la capacité de la femme séparée de corps et de biens était la même que celle de la femme séparée de biens seulement. La femme séparée de corps pouvait donc faire sans autorisation tous les actes concernant l'administration de son patrimoine (art. 1449) ; pour les autres actes juridiques elle demeurait soumise au droit commun, c'est-à-dire à la nécessité de l'autorisation. Or il arrivait fréquemment que le mari se faisait un jeu de refuser à sa femme l'autorisation dont elle avait besoin ; la femme était alors obligée de recourir à la justice, ce qui entraînait des retards souvent très préjudiciables et dans tous les cas de grands frais : la moindre autorisation judiciaire coûte une centaine de francs. Chose plus grave ! Il se trouvait des maris pour lesquels l'autorisation devenait un instrument de spéculation : ils se faisaient payer leur autorisation. La femme avait souvent intérêt soit au point de vue de la célérité, soit même au point de vue de l'économie, à en passer par les exigences de son mari.

Le législateur de 1893 a fait cesser cet état de choses, en restituant à la femme séparée de corps le plein exercice de sa capacité civile. On s'accorde à reconnaître aujourd'hui que l'incapacité de la femme mariée a pour fondement la nécessité d'assurer l'unité dans la direction des intérêts communs, unité indispensable à la bonne gestion de ces intérêts comme aussi à la paix et à l'honneur du ménage. L'incapacité de la femme ne doit donc pas survivre à la séparation de corps, qui brise la communauté d'existence et d'intérêts. A quoi bon maintenir un chef à une association dissoute ? Le nouvel art. 311 al. 3 (loi du 6 février 1893) porte : « Elle [la séparation de corps] a, en outre, pour effet de rendre à la femme le plein exercice de sa capacité civile, sans qu'elle ait besoin de recourir à l'autorisation de son mari ou de justice ».

Notre texte ne distingue pas si la séparation de corps a été prononcée au profit de la femme ou contre elle. La femme recouvre donc sa capacité dans l'un et l'autre cas. Après avoir voté, dans la séance du 25 janvier 1887, par 145 voix contre 75, l'amendement de M. Bardoux, qui excluait du bénéfice de la disposition nouvelle la femme contre laquelle la séparation de corps aurait été prononcée, le sénat s'est rallié en définitive aux vues du conseil d'Etat auquel le projet avait été soumis. Il ne s'agit pas en effet d'un prix de vertu à décerner à la femme; il s'agit simplement de consacrer une conséquence de la dissolution de l'association conjugale opérée par la séparation de corps; or cette dissolution se produit aussi bien lorsque la séparation est prononcée aux torts de la femme que lorsqu'elle est prononcée à son profit.

La loi dit que la femme séparée de corps recouvre le *plein* exercice de sa capacité civile. Elle n'a donc pas besoin d'autorisation, même pour aliéner ses immeubles.

* Mais la séparation de corps ne brise pas le contrat de mariage des époux. Ce contrat continue donc à subsister, sauf les modifications résultant de la séparation de biens, accessoire obligé de la séparation de corps, modifications profondes, à vrai dire. Il en résulte notamment que l'inaliénabilité dotale survit à la séparation de corps. Cette solution, indiscutable pour ceux qui fondent l'inaliénabilité dotale sur une idée d'indisponibilité, doit être admise même par ceux qui rattachent cette inaliénabilité à une incapacité particulière de la femme. Il y aurait quelque doute, si le législateur s'était borné à dire que la séparation de corps rend à la femme le plein exercice de sa capacité civile. Mais elle ajoute immédiatement : « sans qu'elle ait besoin de recourir à l'autorisation de son mari ou de justice », donnant à entendre ainsi très clairement que l'incapacité contre laquelle la femme est restituée est seulement celle dont elle peut être relevée par une autorisation soit de son mari, soit de la justice. Telle n'est pas l'incapacité dotale (art. 1554). En somme, la nouvelle disposition signifie simplement que désormais la femme séparée de corps cesse d'être soumise à la nécessité de l'autorisation.

790 ter. La séparation de corps peut cesser par une réconciliation (*infra* n. 794). Quelle sera alors la situation de la femme? La loi nouvelle dit à ce sujet : « *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'article 1449* » (nouvel art. 311 al. 4, 1^{re} partie). La femme redevient donc incapable. Il le faut pour assurer l'unité de direction nécessaire à la prospérité des intérêts communs qui renaissent par suite du fait de la réconciliation.

L'incapacité dont la femme se trouve frappée à la suite de sa réconciliation n'est pas celle dont elle était frappée avant la séparation de corps, mais seulement l'incapacité de la femme séparée de biens judiciairement. En effet la séparation de corps a entraîné de plein droit la séparation de biens (art. 311 al. 2), et celle-ci sur-

vit jusqu'à nouvel ordre à la cessation de la séparation de corps. La femme réconciliée aura donc le droit d'accomplir sans autorisation tous les actes qui concernent l'administration de son patrimoine. Pour les autres elle demeurera soumise au droit commun, c'est-à-dire le plus souvent à la nécessité de l'autorisation. Il en sera ainsi notamment pour l'aliénation des immeubles.

Dans ses rapports avec son mari, la femme est soumise de plein droit, par suite de sa réconciliation, à l'incapacité restreinte dont nous venons de parler, celle de la femme séparée de biens. Mais, pour que les tiers, qui ignoreraient le rétablissement de la vie commune et la nouvelle incapacité de la femme qui en est la conséquence, ne soient pas victimes de surprises, la loi décide que la femme continuera à jouir à leur égard du plein exercice de sa capacité civile, tant que la réconciliation n'aura pas été rendue publique par le mode qu'elle prescrit. Le nouvel art. 311 al. 4 dit à ce sujet : « ...*Cette modification* [celle résultant de la nouvelle] incapacité dont la femme est frappée] *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'article 1445, et de plus par la mention en marge : 1° de l'acte de mariage; 2° du jugement ou de l'arrêt qui a prononcé la séparation, et enfin par la publication en extrait dans l'un des journaux du département recevant les publications légales ».

D'ailleurs les époux peuvent, si tel est leur bon plaisir, rétablir leur régime matrimonial primitif en se conformant aux prescriptions de l'art. 1451. Le texte de la loi n'y fait nul obstacle, et c'est au surplus ce qui a été formellement exprimé au sénat par M. Griffe : « Que si les époux voulaient même aller plus loin et faire revivre leur contrat de mariage, ils en auraient la faculté en usant du bénéfice de l'art. 1451 ». Sénat, séance du 25 janvier 1887, *Journ. offic.* du 26, *Déb. parlem.*, p. 50.

790 quater. Ainsi, d'après la loi nouvelle, trois situations juridiques différentes sont possibles pour la femme séparée de corps qui se réconcilie avec son mari :

a. Elle peut conserver, au moins à l'égard des tiers, le plein exercice de sa capacité civile, en reprenant *purement et simplement* la vie commune, et sauf à examiner si elle ne pourrait pas se prévaloir de la nouvelle incapacité, dont elle se trouve frappée par suite de la cessation de la séparation de corps, à l'encontre des tiers qui, en fait, au moment où ils ont traité avec elle, auraient eu connaissance du rétablissement de la vie commune.

b. Les époux peuvent, d'un commun accord, substituer à leur régime matrimonial primitif la séparation judiciaire pure et simple, qui donne à la femme la capacité restreinte déterminée par l'art. 1449. Il leur suffit pour cela de faire dresser un acte notarié constatant leur réconciliation et de donner à cet acte la publicité prescrite par la loi nouvelle.

c. Enfin il est loisible aux époux de rétablir leurs conventions matrimoniales primitives, en se conformant à l'art. 1451.

C'est sans doute pour faciliter la réconciliation des époux que la loi leur donne une liberté si grande. Nous souhaitons, sans l'espérer beaucoup, que le nombre des réconciliations en soit sensiblement augmenté : actuellement il paraît que les réconciliations ne dépassent pas, si même elles l'atteignent, la proportion de deux pour cent. Quoi qu'il en soit, on peut se demander si cet intérêt, quelque respectable qu'il soit, justifie d'une manière suffisante l'atteinte qui se trouve ainsi portée au grand principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Peut-être aurait-il mieux valu décider que le rétablissement de la vie commune emporte de plein droit le rétablissement des conventions matrimoniales primitives, sauf à subordonner l'efficacité de ce rétablissement à l'égard des tiers à certaines mesures de publicité.

Quoi qu'on pense de cette critique, en voici une autre dont il paraît difficile de contester la justesse. Il y a actuellement dans le code civil deux dispositions contradictoires relativement à la capacité de la femme séparée de corps : le nouvel art. 311, d'après lequel la femme jouit du plein exercice de sa capacité civile, et l'art. 1449 qui ne lui reconnaît qu'une capacité restreinte. La plus récente de ces dispositions abroge l'autre, conformément au principe de l'abrogation tacite (*supra* n. 42). Il était facile de ne pas créer cette contradiction, en introduisant la réforme dans l'art. 1449.

790 *quinquies*. La principale utilité de la loi nouvelle, et ce point de vue paraît n'avoir pas échappé à notre législateur, sera peut-être de détourner un certain nombre de femmes de la pensée du divorce. En effet la séparation de corps, telle qu'elle est organisée aujourd'hui, suffit parfaitement à la femme qui n'a pour objectif que de se soustraire à la tyrannie d'un mauvais mari, sans songer d'ailleurs à nouer un nouveau lien.

4. Déchéances qu'entraîne la séparation de corps.

791. La loi inflige certaines déchéances à l'époux contre lequel la séparation de corps est prononcée :

1° Aux termes de l'art. 1 de la loi du 14 juillet 1866, intitulée *Loi sur les droits des héritiers et ayants cause des auteurs*, le conjoint survivant d'un auteur a la jouissance des droits d'auteur qui appartenaient à son conjoint prédécédé. Mais ce droit lui est retiré s'il existe une séparation de corps prononcée contre lui.

2° L'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée perd le droit de succéder à son conjoint soit en propriété, soit en usufruit (nouvel art. 767, loi du 9 mars 1891).

3° La femme contre laquelle la séparation de corps a été prononcée, perd, au cas de veuvage, tout droit à une pension de

retraite soit militaire, soit civile, du chef de son mari. Lois des 11 avril 1831 art. 20, 18 avril 1831 art. 20, 9 juin 1853 art. 13.

4° L'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée perd son droit au préciput (arg. art. 1518).

Cette déchéance doit être appliquée, car il y a même raison de décider, aux autres droits de survie sur les biens de la communauté. Ainsi, le contrat de mariage attribuant au survivant une part de la communauté plus forte que la moitié, celui des époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée perdra le bénéfice de cette stipulation.

La déchéance doit-elle être étendue aussi à tous les avantages qui ont été faits à l'époux coupable par son conjoint soit par le contrat de mariage, soit depuis le mariage contracté? En d'autres termes, faut-il appliquer à la séparation de corps l'art. 299 dont nous connaissons la disposition (*supra* n. 757 et s.)?

La jurisprudence paraît irrévocablement fixée dans le sens de l'affirmative (dernier arrêt : Rennes, 23 déc. 1892, S., 93. 2. 80), depuis l'arrêt solennel du 23 mai 1845 (S., 45. 1. 321, D., 45. 1. 225), par lequel la cour de cassation a condamné sa jurisprudence antérieure sur ce point. Cet arrêt fut rendu contrairement aux conclusions du procureur général Dupin, et Troplong raconte (*traité des donations*, n. 1357) que ce ne fut qu'après un délibéré de sept heures et demie, qu'une majorité de 18 voix contre 16 put se former pour repousser les conclusions du procureur général. Cela prouve la difficulté de la question. — La jurisprudence se fonde principalement sur ce que le législateur, n'ayant pas indiqué les effets de la séparation de corps, a dû vouloir se référer sur ce point aux règles établies en matière de divorce; la séparation de corps doit donc produire tous les effets du divorce, à l'exception bien entendu de ceux qui sont une conséquence de la dissolution du mariage opérée par le divorce; or la déchéance établie par l'art. 299 n'est pas une conséquence de la dissolution du mariage, c'est une sorte de peine prononcée contre l'époux coupable; donc elle est applicable à la séparation de corps. La jurisprudence invoque en outre un argument *a fortiori* tiré de l'art. 1518, et l'autorité de notre ancien droit. — Malgré ces raisons, un parti important dans la doctrine persistait, avant la promulgation de la nouvelle loi sur le divorce, et persistera sans doute encore à soutenir que l'art. 299 n'est pas applicable à la séparation de corps. A quelque point de vue qu'on se place, dit-on, il est certain que l'art. 299 contient une déchéance; or les dispositions qui établissent des déchéances sont de droit étroit, elles ne peuvent pas être étendues d'un cas à un autre. On admet unanimement, en vertu de ce principe, que l'art. 386 ne doit pas être étendu à la séparation de corps; il y a même motif pour restreindre l'art. 299 au cas de divorce.

En négligeant de statuer sur cette question si célèbre dans les annales de la science du droit, le législateur de 1884 semble bien avoir voulu donner son adhésion à la solution consacrée par la jurisprudence et généralement acceptée par la doctrine. Dans les discussions auxquelles la loi nouvelle a donné lieu, et notamment au sénat au sujet de l'art. 310, divers orateurs ont avancé comme un point constant que l'art. 299 était applicable à la séparation de corps, et nul n'a protesté.

792. L'art. 299 étant reconnu applicable à la séparation de corps, nait la question de savoir si, après la mort de l'un des époux, survenue *pendente lite*, l'instance peut être continuée par le demandeur ou par ses héritiers, en vue de recueillir le bénéfice de l'art. 299. Nous avons examiné cette question en matière de divorce. La solution doit être la même au cas de séparation de corps. V. *supra* n. 683.

VI. *Cessation de la séparation de corps.*

793. Sans parler de la mort, qui met fin à tout ici-bas, la séparation de corps peut cesser par la réconciliation des époux et par la conversion du jugement de séparation de corps en jugement de divorce.

1. *Réconciliation des époux.*

794. Le consentement mutuel des époux, qui ne peut pas fonder la séparation de corps, peut au contraire la faire cesser. Et comme la loi voit ce résultat d'un œil favorable, elle ne prescrit aucune forme solennelle pour la manifestation de la volonté des époux qui veulent l'obtenir. Le simple fait du rétablissement de la vie commune suffit : il prouve en effet d'une manière non équivoque la volonté des époux de renoncer à la séparation de corps, puisqu'ils abandonnent d'un commun accord la situation que cette séparation leur avait créée.

Le consentement des deux époux est nécessaire pour faire cesser la séparation de corps ; la volonté de l'époux qui l'a obtenue ne suffirait pas. Inutilement dit-on que, la séparation constituant un bénéfice pour l'époux qui l'a obtenue, celui-ci est libre d'y renoncer et de forcer son conjoint au rétablissement de la vie commune. Il faut répondre que le jugement qui a prononcé la séparation de corps a fait naître une situation nouvelle pour les époux ; elle appartient à chacun d'eux, comme leur appartiendrait la situation qu'ils se seraient créée par un contrat. *In judiciis quasi contrahimus*. Et de même que le contrat ne peut être révoqué que d'un commun accord (art. 1134), de même un commun accord est nécessaire aussi pour faire cesser la séparation de corps. Cette idée apparaissait bien dans l'ancien art. 309, qu'on a invoqué tout à fait à tort au soutien de l'opinion adverse. Cet article, supposant que la séparation de corps avait été prononcée contre la femme pour cause d'adultère, et que celle-ci avait en outre été condamnée à la peine édictée par l'art. 308, disait : « *Le mari restera le maître d'arrêter l'effet de cette condamnation, en consentant à reprendre sa femme* ». En *consentant*, ce qui suppose une proposition faite par la femme et acceptée par le mari, un accord entre les époux ; car consentir, c'est vouloir ce qu'un autre veut, *sentire cum alio*. Ce texte, aujourd'hui abrogé (nouvel art. 310 al. 6), ne disait donc pas, comme quelques-uns le prétendent, que le mari pouvait par sa seule volonté forcer sa femme à reprendre la vie commune ; il signifiait plutôt le contraire.

Sur le point de savoir quelle est l'influence de la réconciliation sur la capacité de la femme v. *supra* n. 790 *ter*.

2. *Conversion du jugement de séparation de corps en jugement de divorce.*

795. Par sa nature même, la séparation de corps constitue un état de choses essentiellement transitoire. Au bout d'un certain temps, si les époux ne se sont pas réconciliés et que tout espoir de réconciliation paraisse perdu, la séparation doit pouvoir être convertie en divorce.

L'art. 310 dit à ce sujet : « *Lorsque la séparation de corps aura duré trois ans, le jugement pourra être converti en jugement de*

» divorce sur la demande formée par l'un des époux. — Cette nouvelle demande sera introduite par assignation, à huit jours francs, en vertu d'une ordonnance rendue par le président. — Elle sera débattue en chambre du conseil. — L'ordonnance nommera un juge rapporteur, ordonnera la communication au ministère public et fixera le jour de la comparution. — Le jugement sera rendu en audience publique. — Sont abrogés les articles 233, 275 à 294, 297, 305, 308 et 309 du code civil ».

A ce texte, sorti des mains du législateur de 1884, le législateur de 1886 a ajouté un alinéa ainsi conçu : « La cause en appel sera débattue et jugée en chambre du conseil, sur rapport, le ministère public entendu. L'arrêt sera rendu en audience publique ».

= *Sur rapport.* Cette formalité est substantielle; son inobservation serait une cause de nullité. Cass., 17 août 1889, S., 90. 1. 70.

Une séparation de corps a été prononcée; elle a duré trois ans, c'est-à-dire que trois ans se sont écoulés depuis que la séparation est devenue définitive (1), sans qu'il y ait eu réconciliation entre les époux. L'article dont nous venons de reproduire le texte, autorise l'un des époux, celui contre lequel la séparation a été prononcée aussi bien que celui qui l'a obtenue, à demander la conversion du jugement de séparation de corps en jugement de divorce. Les trois années doivent être révolues au moment de la demande; il ne suffirait pas qu'elles le fussent au moment où le tribunal statue. Cass., 28 novembre 1887, S., 90. 1. 113, D., 89. 1. 433. Le juge n'est pas obligé de faire droit à la demande de conversion, ainsi que cela résulte des mots *POURRA être converti*, qui ont été substitués, dans la rédaction définitive du texte, aux mots *sera converti*; il peut accorder la conversion ou la refuser: la loi lui accorde à cet égard un pouvoir discrétionnaire. Son examen semble devoir principalement porter sur le point de savoir si une réconciliation entre les époux est possible: il n'accordera la conversion que lorsque tout espoir de réconciliation lui paraîtra perdu. Point n'est besoin, pour le jugement d'une semblable cause, d'obliger les plaideurs à subir les complications et les lenteurs de la procédure du divorce. Aussi l'art. 310 établit-il une procédure simplifiée, dont la lecture du texte donne une idée suffisante. D'un autre côté, la publicité de l'audience paraissant avoir ici plus d'inconvénients que d'avantages, la loi décide que l'affaire sera

(1) C'est l'opinion générale. Comme argument de texte elle peut invoquer, outre l'art. 310, l'art. 4 al. 3 de la loi du 27 juillet 1884, aujourd'hui abrogé. En ce sens Cass., 28 nov. 1887, S., 90. 1. 113, D., 89. 1. 433, et Douai, 22 avril 1891, D., 91. 2. 278. S., 91. 2. 245. Un arrêt de la cour de Bourges du 3 nov. 1890 (D., 91. 2. 277, S., 91. 2. 245), juge que le délai court du jour du jugement.

débatue et jugée en la chambre du conseil, mais toutefois sur rapport et le ministère public entendu. Le jugement seul sera rendu en audience publique. La décision du juge est souveraine; elle échappe au contrôle de la cour de cassation. Cass., 12 janvier 1887, D., 87. 1. 334, S., 88. 1. 374.

796. La question que résout l'art. 310, d'une manière bien peu satisfaisante à notre avis, est l'une des plus difficiles de cette difficile matière.

796 bis. Recherchons d'abord quelles sont les diverses solutions dont cette question est susceptible, et nous serons à même d'apprécier ensuite celle à laquelle le législateur s'est arrêté.

En législation, nous apercevons au moins quatre systèmes possibles sur le point en question, indépendamment de celui qui a été consacré par l'article dont nous venons de reproduire le texte.

PREMIER SYSTÈME. C'est le plus simple de tous et peut-être le meilleur. Il consisterait à proscrire la conversion. Pour consacrer ce système, le législateur n'aurait eu qu'à garder le silence, car un texte paraît nécessaire pour autoriser la conversion, qui contient une dérogation à cette règle de droit commun que le juge ne peut modifier sa sentence. Dans ce système, le jugement de séparation de corps ne ferait nul obstacle à une demande en divorce, formée par l'un des époux contre l'autre; mais cette demande demeurerait soumise de tous points aux règles qui gouvernent la matière, notamment en ce qui concerne la procédure. Au cas où la demande en divorce serait formée par l'époux qui a obtenu la séparation de corps, rien ne nous paraîtrait faire obstacle à ce que la demande eût pour base unique les faits sur le fondement desquels la séparation de corps a été prononcée. Il importe peu que la cause soit la même, puisque la demande est différente. Il y a *eadem causa*, mais il n'y a pas *eadem res*, et par conséquent la nouvelle demande ne peut pas être repoussée par l'exception *rei judicatæ*. La première fois l'époux a demandé et obtenu le relâchement du lien conjugal; maintenant il vient en solliciter la rupture. On ne peut pas lui objecter qu'il a renoncé à demander le plus en demandant le moins; car une renonciation ne se suppose pas; on lui ferait subir ainsi une véritable déchéance, et un texte de loi paraîtrait nécessaire pour cela.

DEUXIÈME SYSTÈME. L'époux contre lequel la séparation a été prononcée ne peut pas demander la conversion, parce qu'il est coupable et qu'à ce titre il ne doit pas être admis à bénéficier d'une faveur. Mais la conversion peut être obtenue par l'époux innocent. En demandant la séparation de corps, il n'a pas renoncé implicitement au droit d'obtenir le divorce; peut-être espérait-il que, pendant l'épreuve de la séparation de corps, son conjoint s'amenderait, et qu'un retour à la vie commune deviendrait alors possible. Si l'avenir déjoue cette espérance, si par exemple son conjoint persiste dans la liaison illicite qui a servi de fondement à la séparation de corps, alors il sera admis à demander la conversion du jugement de séparation en jugement de divorce.

On conçoit deux variantes dans ce système : la première qui consisterait à imposer au juge, saisi de la demande en conversion, l'obligation de l'admettre, sans autre examen que celui de savoir si elle a été formée après l'expiration du délai légal; la deuxième qui donnerait au juge le droit d'apprécier si les faits qui ont amené la prononciation de la séparation de corps sont assez graves pour autoriser le divorce.

TROISIÈME SYSTÈME. L'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée peut seul demander la conversion. Le juge est obligé de faire droit à sa demande par cela seul qu'elle est formée après l'expiration du délai légal, sans avoir à l'examiner quant au fond. L'unique moyen pour l'époux innocent d'échapper au divorce dont le menace la demande de son conjoint, est de consentir au rétablissement de la vie commune.

Ce système, qui étonne au premier abord, en ce qu'il semble accorder à l'époux coupable une faveur qui est refusée à l'époux innocent, peut se justifier par les considérations suivantes : L'époux qui a obtenu la séparation de corps avait aussi la faculté de demander le divorce; il ne peut pas revenir sur son choix; voilà pourquoi on ne lui permet pas de

demander la conversion. L'autre époux au contraire est autorisé à la réclamer, parce que, quelque coupable qu'il soit, il ne doit pas être condamné indéfiniment aux douleurs du célibat par le fait de son conjoint. Au bout d'un certain temps, il a donc le droit de venir dire à celui-ci : « Reprenons la vie commune ou divorçons ».

Le système que nous venons d'exposer était celui du législateur de 1803. L'ancien art. 310 du code civil était ainsi conçu : « Lorsque la séparation de corps, prononcée pour toute autre cause que l'adultère de la femme, aura duré trois ans, l'époux qui était originairement défendeur, pourra demander le divorce au tribunal, qui l'admettra, si le demandeur originaire, présent ou dûment appelé, ne consent pas immédiatement à faire cesser la séparation ». On remarquera que le bénéfice de la conversion était refusé à la femme contre laquelle la séparation de corps avait été prononcée *pour cause d'adultère*. Cette restriction ne se retrouve plus dans le nouvel art. 310.

QUATRIÈME SYSTÈME. Chaque époux peut demander la conversion lorsque la séparation de corps a duré pendant un certain temps, l'époux coupable comme l'époux innocent. Le tribunal saisi de la demande est obligé d'y faire droit par cela seul qu'elle est formée après l'expiration du délai légal, sans avoir à examiner la demande quant au fond. Il s'agit donc d'un simple enregistrement. C'était le système primitivement proposé par la commission au sénat, en deuxième délibération.

797. Le système qui a été en définitive admis par le législateur de 1884 et maintenu par celui de 1886, peut être ainsi formulé : La conversion peut être demandée soit par l'un, soit par l'autre époux, lorsque la séparation de corps a duré trois ans. Le juge saisi de la demande n'est pas obligé d'y faire droit; il doit examiner la prétention du demandeur au fond, et il peut l'admettre ou la rejeter suivant qu'elle lui paraît ou non justifiée.

* Nous venons de dire que le projet, présenté par la commission au sénat en deuxième délibération, consacrait le système précédent qui peut se résumer ainsi : faculté pour chaque époux de demander la conversion après trois ans; obligation pour le juge de la prononcer. Ce système fut très vivement attaqué. L'art. 310, tel que nous le présente la commission, dit en substance M. Lucien Brun, autorise le divorce par la volonté d'un seul, ce qui est pire que le divorce par consentement mutuel dont nous n'avons pas voulu. Il donne une prime à la mauvaise foi et à l'immoralité de l'époux qui en réclame le bénéfice. Enfin il viole la liberté de conscience des catholiques, en ce sens que l'époux qui a obtenu la séparation de corps, et qui ne voulait pas du divorce, parce que ses convictions religieuses le repoussaient, pourra se le voir imposer au bout de trois ans par son conjoint. Cela est surtout monstrueux à l'égard de l'époux qui avait obtenu la séparation de corps avant la loi nouvelle, à une époque où il ne pouvait pas prévoir que M. Naquet viendrait et le divorce avec lui, et qui n'aurait peut-être jamais demandé la séparation de corps s'il eût pensé qu'elle pût avoir de telles conséquences! Et M. Lucien Brun concluait à la suppression de l'art. 310. — Votre loi, dit à son tour M. Jules Simon, porte atteinte à un principe fondamental, celui de l'autorité de la chose jugée. Il y a un jugement de séparation de corps, qui a fait aux deux époux une certaine situation que chacun d'eux a le droit de conserver. De quel droit autorisez-vous l'un d'entre eux à demander que ce jugement soit modifié, et avec lui la situation qu'il créait? Vous dites que l'époux défendeur a tort de réclamer, parce qu'en définitive la conversion qui est demandée contre lui ne fera que lui conférer une faculté dont il est libre de ne pas user, celle de se remarier. Mais remarquez que la demande de l'époux qui réclame la conversion ne tend pas seulement à conférer à son conjoint le droit de contracter un nouveau mariage, elle tend à lui faire acquérir ce droit pour lui-même et il se peut qu'à ce prix son conjoint n'en veuille pas. Supposez une femme qui a été forcée de demander la séparation de corps, parce que son mari entretenait une prostituée au domicile conjugal. Trois ans après elle pourra se voir imposer le divorce par son mari, qui ne le demandera que pour épouser son ancienne maîtresse; elle se verra ainsi retirer le nom de celui qu'elle avait légitimement épousé, le nom de ses enfants, et c'est la nouvelle épouse, la complice de l'attentat du mari, qui aura seule le droit désormais de porter ce nom! Et M. Jules Simon concluait à ce que le juge saisi de la demande en conversion fût investi du pouvoir d'apprécier si elle doit ou non être admise.

* C'est à la suite de ces débats que la commission a proposé, à titre de transaction, le texte qui a été voté par le sénat, et qui aujourd'hui se trouve définitivement transformé en loi. Nous l'avons reproduit tout à l'heure. La demande de conversion peut être formée après trois ans de séparation soit par l'un, soit par l'autre époux. Mais le juge n'est pas obligé d'y faire droit : il statue *coignita causa* et peut en conséquence rejeter la demande.

797 bis. La difficulté est de savoir quel est ici l'office du juge, c'est-à-dire dans quels cas il devra faire droit à la demande de conversion, dans quels autres la rejeter. M. Batbie a eu l'indiscrétion de demander au rapporteur de la loi des explications sur ce point, et voici ce qu'il a répondu : « Dans un esprit de conciliation que j'ai le regret de ne pas voir apprécié par M. Batbie, la commission, ayant le désir de faire une loi acceptable pour tout le monde, ayant le désir de ne froisser aucune conscience, a cru devoir répondre à l'appel qui était fait à sa modération, à sa raison et tenir compte des critiques d'un système qui enlevait aux tribunaux l'appréciation des faits. D'après la nouvelle disposition, à la demande de l'autre époux, les tribunaux auront le pouvoir d'apprécier si les faits qui avaient été jugés suffisants pour faire prononcer la séparation de corps ne sont pas devenus, après une épreuve d'au moins trois ans, suffisants pour justifier le divorce ». Un peu plus loin le rapporteur ajoute : « chacun des époux pourra invoquer la procédure de faveur de la conversion, pour demander au tribunal d'apprécier les faits qui, trois ans auparavant, n'avaient été jugés suffisants que pour justifier la séparation, et qui ne sont [peut-être] pas, après l'épreuve de trois ans, devenus suffisants pour justifier, non plus le relâchement des liens du mariage, mais leur dissolution » (*Journal officiel* du 25 juin 1884, *Déb. parlam.*, p. 1192 et 1193).

* **797 ter.** Malgré ces explications, le rôle du juge, chargé de statuer sur la demande en conversion, nous paraît très peu défini.

Nous comprenons le système qui a définitivement prévalu, lorsque, d'une part, la demande en conversion est formée par l'époux qui a obtenu la séparation de corps, et que, d'autre part, la séparation a été prononcée pour injures graves. Le divorce, qui rompt le lien du mariage, est une mesure plus radicale que la séparation de corps qui se borne à le relâcher. On conçoit donc que le juge fasse droit plus difficilement à une demande en divorce qu'à une demande en séparation. Il y a trois ans ou plus, le juge a prononcé la séparation de corps à raison de tel fait, qu'il a considéré comme constituant une injure d'une gravité suffisante pour entraîner cette mesure. Aujourd'hui l'époux qui a obtenu la séparation vient demander la conversion ; il demande donc que le divorce soit admis à raison des mêmes faits sur le fondement desquels la séparation a été prononcée, car la demande de conversion ne soumet pas au juge des faits nouveaux. Ici la latitude laissée au juge se comprend. Il y a une question de plus ou de moins à apprécier, et on conçoit que tel fait qui a paru avoir une gravité suffisante pour entraîner la séparation de corps, ne paraisse plus assez grave, même après une épreuve de trois ans, pour justifier la rupture complète du lien conjugal. Cpr. Cass., 11 janv. 1887, S., 88.1.374, D., 87.1.334, et 11 février 1889, S., 89.1.225, D., 90.1.225 ; Douai, 21 janv. 1890, D., 91.1.461.

Dans tous les autres cas, nous ne comprenons guère le pouvoir d'appréciation laissé au juge de la demande en conversion.

Supposons d'abord, comme tout à l'heure, la demande en conversion formée par l'époux qui a obtenu la séparation de corps, mais cette fois la séparation a été prononcée pour une cause *péremptoire*, c'est-à-dire pour adultère de l'autre époux ou pour condamnation de celui-ci à une peine afflictive et infamante. Comment concevoir que le juge ait une appréciation à faire, et par suite qu'il soit facultatif pour lui d'admettre ou de refuser la conversion ? Si, au lieu de former une demande en séparation de corps, il y a trois ans, l'époux qui réclame aujourd'hui la conversion avait formé une demande en divorce, il aurait nécessairement triomphé, puisque le fait de l'adultère ou de la condamnation est constant, on le suppose. Conçoit-on que le juge de la demande en conversion puisse refuser aujourd'hui un divorce qu'il aurait dû nécessairement admettre il y a trois ans ? Le texte de la loi paraît cependant, à raison de sa généralité, rendre l'admission du divorce facultative pour le juge même dans ce cas, et alors il en résulte que l'époux, en demandant la séparation

de corps pour une cause péremptoire, qui lui permettrait tout aussi bien de demander le divorce, affaiblit son droit au divorce.

Il n'est guère plus facile de concevoir le pouvoir d'appréciation laissé au juge, lorsque la demande en conversion est formée par l'époux contre lequel la séparation a été prononcée, par l'époux coupable; à moins qu'on ne dise que le juge devra se décider alors d'après l'inspiration du sentiment, qui pourra bien être celle de la fantaisie. L'époux qui demande la conversion n'a pas, on le suppose, de griefs personnels à faire valoir; il vient simplement dire que son conjoint n'a pas le droit de lui imposer indéfiniment les privations du célibat, et qu'en conséquence il le met en demeure ou de reprendre la vie commune ou de subir la transformation de la séparation de corps en divorce. Quelle appréciation le juge peut-il avoir à faire dans cette espèce? Le rapporteur dit que le tribunal estimera si les faits qui avaient été jugés suffisants pour faire prononcer la séparation ne sont pas devenus suffisants pour justifier le divorce. Nous ne comprenons pas bien la pensée du rapporteur. Il semble supposer que, depuis la séparation de corps, les faits, sur le fondement desquels elle a été prononcée, ont pu s'aggraver. S'agit-il d'une aggravation résultant du seul effet du temps? Elle serait difficile à concevoir. S'agit-il alors d'une aggravation résultant de la conduite de l'époux coupable? Mais d'abord le juge ne peut pas en tenir compte, car la demande qu'on lui soumet ne lui donne pas le droit d'examiner des faits nouveaux, mais seulement les anciens faits qui ont servi de base à la séparation de corps; il s'agit d'une demande de *conversion*. En tous cas, on ne concevrait pas que l'aggravation résultant du fait de l'époux coupable, pût devenir pour lui un titre de faveur, en lui donnant le droit d'obtenir un divorce qui lui aurait été refusé sans cela. La pensée du rapporteur nous échappe.

On pourrait peut-être essayer de se tirer d'embarras en disant que, sur la demande en conversion formée par l'époux contre lequel la séparation a été prononcée, le juge aura la même appréciation à faire que sur la demande en conversion formée par l'autre époux, qu'il aura par suite uniquement à se préoccuper de savoir si les faits, sur le fondement desquels la séparation de corps a été prononcée, sont assez graves pour entraîner le divorce. Mais alors plus l'époux défendeur aura été coupable, et plus il sera sûr d'obtenir le divorce! Or c'est précisément pour les cas où sa conduite paraît le plus indigne que les adversaires du projet ont le plus vivement critiqué la disposition qui lui permettait d'obtenir la conversion sans examen, et c'est surtout en vue de ces cas que la commission paraît avoir proposé, et le sénat voté, l'amendement qui rend la prononciation du divorce facultative pour le juge.

798. En somme, la loi nouvelle paraît accorder au juge un pouvoir discrétionnaire sur le point de savoir s'il fera droit à la demande en conversion. La jurisprudence est fixée dans ce sens. Cass., 11 février 1889, S., 89. 1. 225, D., 90. 1. 225, 13 juillet 1891, S., 92. 1. 503, et 25 juillet 1892, S., 92. 1. 503. En fait l'examen des tribunaux porte principalement sur les deux points suivants : 1° Y a-t-il espoir de réconciliation entre les époux? Tant que cet espoir existe, la conversion doit être refusée. Bastia, 1^{er} mars 1892, D., 92. 2. 417; 2° La demande de conversion se justifie-t-elle au point de vue moral? Ainsi le juge refusera la conversion, si, la séparation ayant été prononcée contre la femme pour cause d'adultère, celle-ci demande la conversion pour pouvoir mener plus à l'aise une vie de désordre ou pour épouser son complice dont le nom n'est pas révélé par les débats judiciaires, ce qui empêche l'application de l'art. 298, ou si la demande n'a pas d'autre but que de soustraire l'époux qui la forme à l'obligation de payer une pension alimentaire.

* **798 bis.** Dans un remarquable article publié par la *Revue critique de législation et de jurisprudence* (année 1885), notre jeune collègue M. Saint-Marc, définit autrement le rôle du juge saisi de la demande en conversion. D'après lui, la demande en conversion n'est pas autre chose qu'une demande en divorce fondée sur une cause nouvelle, l'impossibilité pour l'époux demandeur de rester plus longtemps dans la fausse position où le place la séparation de corps. Cette situation est contraire à l'ordre public tel que l'entend le nouveau législateur, et chaque époux a le droit, au bout de trois ans d'épreuve, de demander qu'elle cesse. Or on ne voit pour arriver à ce résultat que l'un de ces deux

moyens : une réconciliation, qui raffermira le lien relâché par la séparation, ou un divorce qui le rompra. Cela posé, si le tribunal estime que la réconciliation est probable, tout au moins possible, il refusera la conversion. La circonstance qui paraît avoir le plus de poids, parmi celles qui annoncent la possibilité de la réconciliation, est l'offre faite par le défendeur de reprendre la vie commune, sauf à apprécier si cette offre est bien sérieuse. Si, au contraire, le tribunal estime que tout espoir de réconciliation est perdu, il devra prononcer le divorce, sans s'inquiéter des conséquences que cette décision pourra entraîner pour l'époux défendeur, et sauf exception cependant pour le cas où le demandeur n'aurait qu'un faible intérêt à obtenir le divorce, comme il arriverait par exemple s'il est d'un âge tellement avancé, qu'il ne puisse raisonnablement songer à se marier; car l'équité doit avoir une large part dans les décisions de cette nature.

D'après cette vue, le juge de la demande en conversion n'a pas à se préoccuper des faits qui ont servi de base à la séparation de corps. Du moins il ne doit les apprécier qu'au point de vue de la probabilité d'une réconciliation entre les époux. En d'autres termes, l'office du juge de la conversion n'est pas de rechercher si les faits, sur le fondement desquels la séparation a été prononcée, ont assez de gravité pour motiver un divorce (le premier juge a implicitement résolu cette question dans le sens de l'affirmative, puisque les causes de divorce sont les mêmes que les causes de séparation de corps, et on ne peut la poser de nouveau sans se heurter au principe de l'autorité de la chose jugée), mais bien si ces faits ont creusé entre les époux un fossé assez profond pour que tout espoir de retour à la vie commune soit perdu. C'est une demande en *conversion* qui est soumise au juge et non une demande en *révision*. Cpr. Caen, 25 octobre 1887, S., 89. 2. 102.

Nous n'avons qu'une objection à formuler contre cette doctrine. Elle nous présente la conversion telle que le législateur aurait dû, peut-être, la concevoir, mais non, à coup sûr, telle qu'il l'a conçue. Qu'on se rappelle l'incident à la suite duquel la commission a modifié le texte du projet, d'après lequel le juge était obligé de prononcer la conversion lorsqu'elle était demandée par l'un ou l'autre des époux après trois ans de séparation, et les explications données par le rapporteur de la loi au sujet du sens de cette modification, et on verra que le rôle du juge de la conversion est tout à fait autre que celui que lui assigne M. Saint-Marc. La dissertation de notre jeune collègue pourra fournir d'utiles indications au législateur de l'avenir, à l'époque, peut-être prochaine, où il voudra retoucher l'œuvre de 1884 et de 1886; elle a déjà fait son apparition dans l'enceinte législative sous les auspices de M. Naquet; mais nous ne croyons pas que le juge puisse y trouver la ligne de conduite à suivre pour l'application de la loi actuelle.

799. La capacité requise pour former la demande en conversion est la même que celle requise pour la demande en divorce. Cpr. *supra*, n. 694. Le tribunal compétent est celui du domicile de l'époux contre lequel la demande est formée. Arg. art. 59 al. 1 C. pr. Il se pourra donc que ce soit un tribunal autre que celui qui a prononcé la séparation de corps. Le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce par conversion doit être publié de la même manière qu'un jugement de divorce (arg. art. 250) et transcrit sur les registres de l'état civil (arg. art. 251).

800. Effets du jugement de conversion. Ainsi que le nom l'indique, le jugement de *conversion* transforme le jugement de séparation de corps en jugement de divorce. Le jugement de séparation de corps devient jugement de divorce. De sorte que la situation respective des époux se trouve être pour l'avenir la même que si le jugement de séparation de corps avait originairement prononcé le divorce.

Remarquez que le juge, chargé de statuer sur la demande en conversion, n'a pas le droit de modifier le jugement qui a prononcé la séparation de corps. Du moins il ne peut le modifier que sur un point, en substituant le divorce à la séparation de corps. Les questions résolues par le juge qui a prononcé la séparation de corps ne peuvent plus être débattues à nouveau devant le juge de la demande en conversion. Notamment, la séparation de corps ayant été prononcée pour *injures graves* résultant entre autres de relations du mari avec une fille désignée par ses initiales seulement, le juge de la demande en conversion ne peut pas prononcer la conversion pour cause d'*adultère* en rétablissant le nom de la complice, de manière à rendre son mariage impossible avec l'époux coupable. Caen, 25 octobre 1887, D., 91. 2. 40. De même encore, si la séparation de corps a été prononcée aux torts des deux époux, la conversion ne peut pas être prononcée aux torts de l'un d'eux seulement. Cass., 11 février 1889, S., 89. 1. 225, D., 90. 1. 225. *Contra* Paris, 16 juin 1888. A plus forte raison, si la séparation de corps a été prononcée aux torts de l'un des époux seulement, la conversion ne peut pas être prononcée aux torts de l'autre. Bastia, 1^{er} mars 1892, D., 92. 2. 417. V. cep. Montpellier, 4 déc. 1889, D. 91. 2. 53. Autrement le jugement de conversion serait un jugement de *révision*. C'est en ce sens que M. Labiche, rapporteur de la loi au sénat, a expliqué la disposition de l'art. 310.

Il en résulte que le divorce par conversion devra toujours être considéré comme prononcé contre l'époux aux torts duquel la séparation de corps a été prononcée, alors même que la demande en conversion aurait été formée par cet époux, l'époux coupable. En d'autres termes, l'époux qui a obtenu la séparation de corps, l'époux innocent, sera considéré comme ayant obtenu le divorce, alors même que la conversion aurait été prononcée à la requête de son conjoint. Il ne subira donc en aucun cas la déchéance de l'art. 299 (arg. art. 300) ; les dépens de la demande en conversion ne seront pas à sa charge (Caen, 13 février 1885, sous Cass., 12 août 1885, S., 86. 1. 193) ; il conservera seul le bénéfice de l'art. 301, au point de vue de la pension alimentaire (*supra* n. 765 *ter*), et le bénéfice de l'art. 302 au point de vue de la garde des enfants ; seul il aura le droit de faire transcrire le jugement de conversion pendant le premier mois (arg. art. 252. Nancy, 14 janvier 1888, S., 88. 2. 53). Tout cela, nous le répétons, alors même que la conversion aurait été prononcée à la requête de son conjoint.

801. Celui des deux époux séparés de corps qui veut obtenir le divorce n'est pas obligé d'attendre trois ans pour le demander, s'il fonde sa demande sur des faits nouveaux, survenus depuis que la séparation de corps a été prononcée. Mais alors il faut suivre la procédure du divorce.

* Il faut même décider que l'époux qui a obtenu la séparation de corps peut, avant l'expiration du délai de trois ans et sans qu'aucun fait nouveau soit survenu, demander le divorce, sur le fondement des causes pour lesquelles la séparation de corps a été prononcée, mais en suivant bien entendu la procédure du divorce. L'art. 1351 ne s'y oppose pas, l'objet des deux demandes étant différent.

CHAPITRE V

DISPOSITIONS TRANSITOIRES

* **802.** L'art. 6 de la loi du 18 avril 1886 porte : « *Les instances en séparation de corps pendantes au moment de la promulgation de la loi du 27 juillet 1884 peuvent être converties, par le demandeur, en instances de divorce. — Cette conversion peut être demandée même en cours d'appel. — La procédure spéciale de divorce sera suivie à partir du dernier acte valable de la procédure de séparation de corps. — Peuvent être convertis en jugements de divorce, comme il est dit en l'article 310 du code civil, tous jugements de séparation de corps, antérieurs à la promulgation de la présente loi, devenus définitifs depuis trois ans.* »

L'art. 7 ajoute : « *La présente loi s'appliquera aux instances de divorce commencées sous l'empire de la loi du 27 juillet 1884.* »

* **803.** Ces textes prévoient trois hypothèses :

1^o Celle d'époux engagés dans une instance en séparation de corps, commencée avant la loi du 27 juillet 1884 et non encore vidée au moment de la promulgation de la loi du 18 avril 1886.

2^o Le cas d'une demande en divorce, formée sous l'empire de la loi du 27 juillet 1884 et non encore définitivement jugée au moment de la promulgation de la loi du 18 avril 1886.

3^o Le cas d'époux séparés de corps en vertu d'un jugement ayant acquis l'autorité définitive de la chose jugée avant la promulgation de la loi du 18 avril 1886.

* **804.** PREMIÈRE HYPOTHÈSE. *Epoux engagés dans une instance en séparation de corps commencée avant la loi du 27 juillet 1884 et non encore vidée au moment de la promulgation de la loi du 18 avril 1886.* — Le nouveau législateur, reproduisant presque littéralement sur ce point la disposition de l'art. 4 de la loi du 27 juillet 1884, autorise le demandeur, même en cours d'appel, à faire convertir l'instance de séparation de corps en instance de divorce. La procédure du divorce, qui d'ailleurs aujourd'hui diffère peu de la procédure de la séparation de corps, sera suivie à compter du dernier acte valable de la procédure de séparation de corps.

Sans cette disposition, il est probable que le demandeur n'aurait pas pu obtenir la conversion, car, ayant négligé de la réclamer pendant tout l'intervalle écoulé entre la loi du 27 juillet 1884, qui, elle aussi, autorisait cette conversion (art. 4), et celle du 18 avril 1886, il aurait sans doute été considéré comme ayant tacitement renoncé au droit de l'obtenir. Voyez cependant Besançon, 25 mars 1885, S., 86. 2. 180. Il y a eu peut-être plus de plaideurs qu'on ne pense qui ont mis à profit la disposition de la loi nouvelle. En effet un grand nombre avaient pu reculer devant la conversion, sous l'empire de la loi du 27 juillet 1884, à cause des complications de la procédure du divorce, organisée par cette loi.

Il aurait été désirable que le législateur étendit la même faveur à ceux qui avaient intenté, sous l'empire de la loi du 27 juillet 1884, une action en séparation de corps non

encore définitivement jugée au moment de la promulgation de la loi du 18 avril 1886. En effet, peut-être le demandeur, qui désirait le divorce, s'était-il résigné à demander la séparation de corps, parce qu'il était effrayé par les difficultés et les lenteurs de la procédure alors en vigueur. Beaucoup de praticiens conseillaient, pour aller plus vite, de demander la séparation de corps, et de faire ensuite convertir au bout de trois ans le jugement de séparation de corps en jugement de divorce. Mais, vu le silence du législateur, il paraît difficile d'admettre cette extension. Cass., 22 février 1888, S., 88. 1. 374. A plus forte raison doit-on décider que celui qui, sous l'empire de la loi actuellement en vigueur, a commencé par demander la séparation de corps, ne peut pas convertir sa demande en demande de divorce. Il y aurait là un moyen trop facile d'é luder les préliminaires spéciaux à la demande en divorce. La seule faculté qui appartienne, dans l'un et l'autre cas, au demandeur qui, se ravissant, veut obtenir le divorce, c'est de se désister de son action en séparation de corps et d'introduire une demande en divorce, pour laquelle il suivra la procédure spéciale à ces sortes d'actions. On sait que la loi nouvelle permet, en sens inverse, de transformer, en tout état de cause, en demande de séparation de corps une demande de divorce (*supra* n. 698).

* **805.** DEUXIÈME HYPOTHÈSE. *Demande en divorce formée sous l'empire de la loi du 27 juillet 1884 et non encore définitivement jugée au moment de la promulgation de la loi du 18 avril 1886.* — La procédure organisée par la loi nouvelle a dû être immédiatement substituée à l'ancienne, de sorte que deux procédures différentes se trouveront avoir été successivement appliquées dans une même instance.

* **806.** TROISIÈME HYPOTHÈSE. *Époux séparés de corps en vertu d'un jugement ayant acquis l'autorité définitive de la chose jugée au moment où la loi du 18 avril 1886 est devenue obligatoire.* — L'un ou l'autre époux pourra demander la conversion du jugement de séparation de corps en jugement de divorce, mais seulement après l'expiration d'un délai de trois ans depuis que le jugement est devenu définitif. En un mot, l'art. 310 est applicable de tous points. L'art. 6 al. 4 ne fait que reproduire sur ce point, avec un peu plus de précision dans les termes, la disposition de l'art. 4 al. 3 de la loi du 27 juillet 1884.

CHAPITRE VI

AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE EN MATIÈRE DE DIVORCE OU DE SÉPARATION DE CORPS

* **807.** L'époux qui a succombé dans une demande en séparation de corps, peut-il former une demande en divorce fondée sur la même cause? Non; car, en refusant d'accorder la séparation de corps, le juge a, implicitement et à plus forte raison, refusé d'accorder le divorce qui s'obtient pour les mêmes causes que la séparation de corps et peut-être plus difficilement.

* **808.** En sens inverse, l'époux qui a succombé dans une demande en divorce peut-il se voir opposer l'exception de la chose jugée, s'il forme une demande en séparation de corps basée sur la même cause? Les auteurs enseignent l'affirmative. Mais cette solution ne nous paraît pas acceptable, au moins avec le caractère de généralité qu'on lui donne. La séparation de corps étant un diminutif du divorce, il y a telle circonstance (nous songeons au cas où la demande a pour cause des injures graves) dans laquelle le juge peut refuser le divorce et accorder la séparation. Alors la décision négative du juge sur la demande en divorce n'implique donc pas nécessairement une réponse négative aussi sur la demande en séparation de corps; la chose demandée n'est pas la même, il n'y a pas *eadem res*, et par conséquent il nous semble que l'exception de la chose jugée ne doit pas nécessairement être admise. Cpr. Cass., 11 janvier 1887, S., 88. 1. 374, et 28 novembre 1887, D., 88. 1. 433.

* **809.** A plus forte raison, un époux pourrait-il, au moins au cas où son action a pour cause des injures graves, demander le divorce et subsidiairement la séparation de

corps : ce qui revient à demander le moins, pour le cas où le juge ne croirait pas pouvoir accorder le plus. *Attle* arg. du nouvel art. 239. V. cep. Cass., 30 juin 1886, S., 86. 1. 401, D., 87. 1. 60.

* **810.** Dans tous les cas, il paraît incontestable que l'époux qui a succombé dans une demande soit en divorce, soit en séparation de corps, peut former une demande nouvelle pour faits survenus postérieurement, et qui, par conséquent, n'ont pu être soumis à l'appréciation du juge de la première demande. La seconde demande n'a pas la même cause que la première (arg. art. 1351). Le demandeur pourra-t-il, en pareil cas, invoquer à titre d'appoint, les faits qui servaient de fondement à sa première demande ? Nous admettons l'affirmative, par argument de l'art. 244 et de l'ancien art. 273.

* **811.** Le rejet d'une demande en conversion ne fait pas obstacle à une nouvelle demande en conversion formée par l'un ou par l'autre époux. En effet le juge de la demande en conversion doit statuer d'après l'état de choses actuel, et notamment en recherchant s'il y a espoir de réconciliation entre les époux. Or il est clair que tout espoir de réconciliation peut ne pas être perdu aujourd'hui et être perdu demain. La seconde demande de conversion a bien lieu entre les mêmes personnes que la première (*eadem conditio personarum*), elle a aussi le même objet (*eadem res*). Mais la *causa petendi* est différente. La situation qui sert de cause à la seconde demande n'est pas la même que celle qui a servi de cause à la première : l'une avait pour cause la situation d'hier, l'autre, celle d'aujourd'hui. L'art. 1351 n'est donc pas applicable. La demande en conversion n'est jamais définitivement jugée, pas plus qu'une demande d'aliments, d'adoption.... Le système contraire conduirait pratiquement à ce résultat que le juge prononcerait toujours la conversion, sur la première demande. Quel est donc le juge, en effet, qui oserait refuser la conversion, sous prétexte qu'il existe encore quelque espoir de réconciliation, s'il savait que sa sentence rendra impossible une nouvelle demande de conversion, lorsque cet espoir sera définitivement perdu ? En ce sens, Paris, 3 juillet 1890, D., 91. 2. 57, S., 91. 2. 225. Il y a en sens contraire un autre arrêt de la même cour du 1^{er} juillet 1886, rapporté dans Dalloz au même endroit. D'autre part, la cour de Toulouse a jugé (5 août 1891, S., 92. 2. 20) qu'une nouvelle demande en conversion ne peut pas être utilement formée avant l'expiration d'un délai de trois ans depuis le rejet définitif de la demande précédente. Mais la fixation de ce délai paraît complètement arbitraire.

TITRE VII

De la paternité et de la filiation.

812. « Le lien de parenté qui existe entre le père ou la mère et l'enfant, disent MM. Aubry et Rau, se nomme paternité ou maternité quand on l'envisage dans la personne du père ou de la mère, et filiation quand on le considère dans la personne de l'enfant ». On aurait donc pu se borner à intituler notre titre : *De la filiation*.

813. On distingue trois espèces de filiation, savoir : la filiation légitime, la filiation illégitime et la filiation adoptive. Les deux premières sont l'œuvre de la nature, la troisième est le résultat d'une fiction légale.

a. — La filiation *légitime* a sa source dans le mariage. Sont légitimes les enfants conçus des œuvres de deux personnes légitimement mariées l'une avec l'autre. Toutefois la loi regarde aussi

comme légitime l'enfant qui, conçu avant le mariage, est né pendant (art. 314); et d'un autre côté elle autorise la légitimation par mariage subséquent des enfants illégitimes, pourvu qu'ils ne soient pas le fruit d'un adultère ou d'un inceste (art. 331).

b. — La filiation *illégitime* ou *naturelle* résulte du commerce de deux personnes qui ne sont pas légitimement mariées l'une avec l'autre au moment de la conception ou tout au moins de la naissance de l'enfant (arg. art. 314). Elle est *naturelle simple*, *adultérine* ou *incestueuse* suivant la nature des rapports qui ont existé entre les parents de l'enfant au moment de sa conception.

c. — La filiation *adoptive* résulte de l'adoption. C'est une filiation purement fictive.

Il n'est question dans notre titre (titre VII) que de la filiation *légitime* et de la filiation *naturelle*. Le législateur traite de la première dans les chapitres I et II consacrés l'un à la filiation paternelle, l'autre à la filiation maternelle, et de la seconde dans le chapitre III. La filiation *adoptive* est reléguée dans le titre VIII.

Cette division est assez vicieuse. Il aurait fallu, ou bien traiter dans un même titre, divisé en trois chapitres, des trois espèces de filiation, ou bien traiter de chaque espèce de filiation dans un titre distinct. A moins qu'on ne dise que le législateur a voulu réunir dans un même titre les deux filiations qui dérivent de la nature, et consacrer un titre spécial à celle qui ne résulte que d'une fiction légale.

CHAPITRE PREMIER

DE LA FILIATION DES ENFANTS LÉGITIMES OU NÉS PENDANT LE MARIAGE

813 bis. Observation. Ce chapitre ne s'occupe que de la filiation paternelle; il suppose prouvée la filiation maternelle. Au contraire le chapitre suivant (chapitre II) suppose que tout est contesté : la filiation paternelle et la filiation maternelle.

§ I. Généralités.

814. La légitimité ne peut résulter que du mariage. L'enfant qui se prétend légitime soutient donc qu'il a été conçu des œuvres de deux personnes légitimement mariées l'une avec l'autre au moment de sa conception ou tout ou moins de sa naissance (arg. art. 314). Prétention complexe, que l'analyse permet de décomposer de la manière suivante :

L'enfant qui se prétend légitime affirme ces quatre propositions:

- 1° La femme que je soutiens être ma mère, est ou a été mariée;
- 2° Cette femme a eu un enfant, et c'est moi qui suis cet enfant (filiation maternelle);

3° J'ai été conçu, ou tout au moins je suis né (art. 314), pendant le mariage de ma mère.

4° C'est le mari de ma mère qui est mon père (filiation paternelle).

L'enfant, qui se prétend légitime et à qui cette qualité est déniée, doit, conformément aux principes du droit commun, démontrer que cette qualité lui appartient, et faire par suite la preuve des différents faits qui viennent d'être indiqués, savoir : le mariage de la femme qu'il prétend être sa mère, sa filiation maternelle, sa conception ou au moins sa naissance pendant le mariage, enfin sa filiation paternelle.

815. Les deux premiers faits, c'est-à-dire le mariage et la filiation maternelle, sont susceptibles d'une preuve directe et positive. Le mariage s'annonce en effet par une cérémonie solennelle, et la filiation maternelle par l'accouchement, faits susceptibles d'une constatation matérielle. Nous savons comment se prouve le mariage. Quant à la preuve de la filiation maternelle, le législateur s'en occupe dans le chapitre II. Nous pouvons dire tout de suite que cette preuve se fait par l'acte de naissance (art. 319).

816. Il n'en est pas de même des deux derniers faits : la conception de l'enfant pendant le mariage de sa mère, et sa conception des œuvres du mari de sa mère (filiation paternelle). Le mystère de la conception échappe à nos investigations ; aucun fait extérieur ne révèle à nos sens ni sa date, ni son auteur. La loi ne pouvait donc exiger ici une preuve directe et positive. Aussi a-t-elle établi cette présomption que « *L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari* » (art. 312 al. 1). Une présomption est une induction que la loi tire d'un fait connu à un fait inconnu. Le fait connu, dans le cas qui nous occupe, c'est la maternité, la filiation de l'enfant par rapport à sa mère ; le fait inconnu, c'est la paternité, la filiation de l'enfant par rapport à son père. Eh bien ! de la maternité de la femme, la loi conclut à la paternité du mari ; de ce fait connu qu'une femme mariée est devenue mère, la loi tire cette induction que son mari est le père de l'enfant. Cette présomption, comme toutes les autres, est basée sur l'ordre naturel des choses, c'est-à-dire sur ce qui arrive le plus ordinairement. *Præsumptio sumitur ex eo quod plerumque fit*. La règle générale, c'est la fidélité de la femme à son mari ; la loi présume cette fidélité, et par suite la paternité du mari. Admettre une solution contraire, c'eût été présumer l'adultère de la femme ; or l'adultère est un délit, et heureusement il ne constitue pas la règle générale ; en le présu-

mant, la loi aurait manifestement renversé l'ordre naturel des choses. Aussi la règle que « l'enfant conçu pendant le mariage a » pour père le mari » (art. 312 al. 1), est-elle probablement aussi ancienne que le mariage lui-même, dont elle est à vrai dire le complément nécessaire, parce que sans elle il perdrait toute sa dignité. Les romains la formulaient ainsi : *Pater is est quem nuptiæ demonstrant*.

817. Cette règle n'est applicable, d'après l'art. 312, qu'à l'enfant conçu pendant le mariage. L'enfant qui l'invoque doit donc, conformément aux principes du droit commun, prouver sa conception pendant le mariage. Comment fera-t-il cette preuve? Rien ne serait plus facile, si la nature avait assigné à la gestation des femmes une durée fixe et invariable. Supposons par exemple que toutes les gestations aient une durée fixe de neuf mois; il suffirait, le jour de la naissance étant connu, de remonter neuf mois en arrière, et on trouverait ainsi avec une précision mathématique le jour de la conception; il serait facile de savoir par suite si la conception se place où non pendant le mariage.

Mais en cette matière comme en bien d'autres, la nature a ses caprices. La durée des gestations varie. Fallait-il alors laisser au juge le soin de déterminer cette durée dans tous les cas où quelque difficulté s'élèverait sur ce point? C'était le système admis dans notre ancien droit; mais il a donné lieu à des décisions judiciaires si fabuleuses que le législateur de 1804 n'a pas été tenté de le consacrer. On vit des parlements déclarer légitimes des enfants nés dans le douzième, dans le treizième et même dans le dix-huitième mois après la mort du mari de la mère, et assigner ainsi à la grossesse une durée hors de toute proportion avec les données fournies par l'expérience. Sans rechercher si le parlement de Grenoble a réellement jugé, comme on le prétendit dans une brochure imprimée en 1637 et dont le parlement de Paris crut devoir interdire la publication, *qu'une femme avait pu concevoir par la seule force de son imagination*, ce qu'on ne saurait contester, c'est qu'il existait alors en cette matière une anarchie complète. On vit des hommes, sensés pourtant, soutenir que les longues gestations pouvaient durer trois années! Il fallait mettre un peu d'ordre dans ce chaos; surtout il fallait tarir dans leur source un grand nombre de procès, auxquels l'absence d'une règle précise ne pouvait manquer de donner naissance. Dans cette vue, voici ce qu'a décidé notre législateur.

S'inspirant des données fournies par la science physiologique,

et dépassant même un peu, dans l'intérêt de la légitimité, les limites du cercle tracé par cette science, il a fixé la durée *maxima* et la durée *minima* de la gestation. La conception de l'enfant ne peut pas être antérieure à la limite que la loi assigne à la gestation la plus longue, ni postérieure à celle assignée à la gestation la plus courte; elle se place donc nécessairement pendant l'intervalle qui les sépare.

Reste à savoir quelles sont les limites extrêmes de la gestation. La loi les a fixées à trois cents jours et à cent quatre-vingts jours, soit dix mois et six mois, d'après le calendrier républicain, qui était en vigueur à l'époque où le code civil a été décrété. En d'autres termes, la loi suppose que la plus longue gestation ne peut pas durer plus de 300 jours (arg. art. 312 al. 2 et 315), et que la gestation la plus courte ne peut pas durer moins de 180 jours (arg. art. 312 al. 2 et 314).

Nous disons d'abord que, d'après la présomption de la loi, la gestation la plus longue ne peut pas durer plus de trois cents jours. En effet l'art. 315 permet de contester la légitimité de l'enfant né 300 jours après la dissolution du mariage; c'est donc que la conception de cet enfant est considérée comme se plaçant en dehors du mariage. L'enfant, qui naît le 300^e jour après la mort du mari de sa mère, peut encore soutenir que sa conception remonte à une époque antérieure à la dissolution du mariage, et que par conséquent le mari de sa mère est son père (arg. art. 312 al. 2 et 315). Mais l'enfant qui naîtra le 301^e jour après la dissolution du mariage, ne pourra plus se dire conçu dans le mariage, ni par suite invoquer la règle *Pater is est...* La loi admet donc que la conception d'un enfant ne peut pas remonter au delà du 300^e jour avant sa naissance.

Nous disons ensuite que, selon la présomption de la loi, la gestation la plus courte ne peut être moindre de 180 jours. En effet la loi considère l'enfant né le 180^e jour du mariage comme conçu dans le mariage, et par conséquent des œuvres du mari, qui n'aura pas le droit de le désavouer. Au contraire, elle regarde l'enfant né avant le 180^e jour du mariage comme conçu en dehors du mariage, et elle permet en conséquence au mari de le désavouer. V. art. 314. La loi ne suppose donc pas qu'un enfant puisse rester moins de 180 jours dans le sein de sa mère; par suite elle n'admet pas qu'il puisse avoir été conçu après le 180^e jour qui précède sa naissance.

Ainsi la loi présume que la conception d'un enfant est possible

au plus tôt le 300^e jour, au plus tard le 180^e jour avant sa naissance, et dans toute la période intermédiaire entre ces deux termes extrêmes. Ce temps qui s'écoule entre le 300^e et le 180^e jour avant la naissance de l'enfant, constitue la période légale de la conception. Elle comprend 121 jours : 121 et non 120, parce que la conception a été possible le 300^e jour avant la naissance, le 180^e, et tous les jours intermédiaires. L'enfant peut, suivant son intérêt, et sans avoir de ce chef aucune preuve à faire, placer sa conception à un moment quelconque de cette période, et par suite se dire conçu des œuvres du mari de sa mère, conformément à la règle *Pater is est...*, s'il prouve qu'à ce moment sa mère était mariée.

* 818. Comment doivent se calculer les délais de 180 jours et de 300 jours, qui forment les limites extrêmes de la durée légale de la gestation ?

Suivant l'opinion commune, ces délais devraient être comptés par jours, c'est-à-dire par intervalles de 24 heures, de minuit à minuit, et non par heures. C'est, dit-on, la règle générale pour les délais de jours : ils se comptent *de die ad diem*, et non *de hora ad horam*. La loi applique ce principe en matière de prescription (art. 2260). D'autre part, le jour qui sert de point de départ au délai (*dies a quo*), ne devrait pas être compté dans le calcul du délai, conformément à la règle *Dies a quo non computatur in termino*. Ainsi, dans le cas prévu par l'art. 314, le jour de la célébration du mariage ne devrait pas être compté, non plus que le jour de sa dissolution, dans le cas prévu par l'art. 315. La cour de cassation a consacré l'opinion commune par un arrêt en date du 8 février 1869 (S., 69. 1. 215, D., 69. 1. 181), cassant un arrêt en sens contraire de la cour d'Angers.

Nous préférons la solution admise par ce dernier arrêt, d'après laquelle les délais doivent être calculés *de hora ad horam*. Voici l'espèce qui était soumise à la cour d'Angers. Un homme était décédé le 19 mars 1866 à deux heures du matin ; sa veuve mit une fille au monde le 13 janvier 1867 à huit heures et demie du matin, par conséquent trois cents fois vingt-quatre heures plus six heures et demie après la mort du mari. La cour prononça l'illégitimité de cette enfant. C'était bien jugé, à notre avis.

Le tribunal de Beaugé, dont la décision était déférée à la cour d'Angers, avait au contraire décidé, en comptant *de die ad diem*, suivant l'opinion générale, et en excluant, par suite, du calcul le jour de la dissolution du mariage, conformément à la règle *Dies a quo non computatur in termino*, que l'enfant devait être considérée comme conçue dans le mariage et par suite des œuvres du mari. C'est également la solution que la cour de cassation a consacrée par l'arrêt précité.

Voici les raisons que l'on peut faire valoir en faveur de la solution qui compte les délais *de momento ad momentum* et non *de die ad diem*. D'abord l'art. 315 dit : « trois cents jours après la dissolution du mariage », et non, comme il l'aurait fallu si le législateur avait voulu que le délai se calculât *de die ad diem* : après CELUI de la dissolution du mariage. Même manière de parler dans l'art. 314, où on lit : « l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour DU MARIAGE... », et non : « l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour à dater DE CELUI du mariage », et dans l'art. 312 qui dit : « avant la naissance de l'enfant » et non avant CELUI de la naissance. D'un autre côté, la conception devenant possible aussitôt après la célébration du mariage et cessant de l'être aussitôt après sa dissolution par la mort, logiquement les délais de 180 jours et de 300 jours doivent courir à dater du moment précis où ces faits se sont accomplis. Pourquoi donc exclusion du délai de 180 jours (art. 314) le jour de la célébration du mariage ? ce qui semble signifier que la loi considère la conception comme impossible ce jour-là ; et pourquoi exclusion du délai de 300 jours celui de la dissolution du mariage ? ce qui donne à entendre que la loi considère

la conception comme possible pendant tout ce jour et par suite même pendant les heures de ce jour qui suivent le moment de la mort du mari, chose souverainement absurde !

Quant à l'art. 2260, qu'on invoque au soutien de l'opinion contraire, outre qu'il ne formule pas une règle générale, mais statue seulement en vue de la prescription, les motifs qui l'ont fait édicter ne se retrouvent plus, tout au moins avec le même degré de force, dans la matière qui nous occupe, et son extension à notre hypothèse est partant peu logique. Les faits de possession, qui servent de base à une prescription que l'on prétend accomplie, remontent à une date très éloignée, souvent trente ans. Établir à un jour près, et presque toujours par la preuve testimoniale, le moment où ces faits se sont produits, est déjà chose difficile ; les établir à une heure près serait tout à fait impossible. De là la règle de l'art. 2260. Mais la difficulté n'existe pas, quand il s'agit de préciser la date des faits qui servent de point de départ au délai de 180 jours ou de 300 jours de l'art. 312. Outre que le moment précis où ces faits se sont accomplis sera souvent indiqué dans un acte authentique, comme l'heure de la naissance, par exemple, dont l'acte de naissance fera presque toujours mention (art. 57), dans les cas où ce document fera défaut, la preuve testimoniale fournira ordinairement des indications certaines, soit parce que les faits dont il s'agit de prouver la date précise ont eu de nombreux témoins — nous songeons au mariage — soit parce qu'ils étaient de nature à frapper vivement les quelques témoins qui les ont constatés, comme il arrive pour un décès.

§ II. Du désaveu de paternité.

819. En principe, la présomption *Pater is est quem nuptiæ demonstrant* n'est susceptible d'être combattue par aucune preuve contraire. Ainsi l'exigent l'honneur du mariage et l'intérêt si puissant de la légitimité des enfants. Dans certains cas exceptionnels cependant, la loi autorise le mari à attaquer cette présomption. L'action qui lui est accordée à cet effet porte le nom d'action en *désaveu* (de paternité ou d'enfant) ; elle peut être définie : une dénégation judiciaire de la paternité du mari. Par sa définition même, cette action ne peut être exercée qu'au sujet d'un enfant qui est en situation d'invoquer la présomption *Pater is est...*, puisqu'elle a pour but de la faire tomber.

Pour que rien ne soit livré à l'arbitraire dans une matière aussi grave, le législateur a précisé avec un soin minutieux les conditions du désaveu, c'est-à-dire les causes de désaveu, les personnes qui peuvent intenter l'action en désaveu, le délai dans lequel cette action doit être intentée et les fins de non-recevoir dont elle est susceptible. Par leur nature même, les dispositions de la loi sur ces divers points doivent être interprétées restrictivement, conformément à règle *Exceptio est strictissimæ interpretationis*.

N° 1. Des causes de désaveu.

820. Notre loi admet trois causes de désaveu : 1° l'impossibilité physique de cohabitation entre les époux pendant toute la durée de la période légale de la conception ; 2° l'impossibilité morale de

cohabitation durant ce même temps; 3° la naissance précoce de l'enfant.

PREMIÈRE CAUSE DE DÉSAVEU. *Impossibilité physique de cohabitation.*

821. Le mari est admis à désavouer l'enfant conçu pendant le mariage, lorsqu'il prouve que, durant toute la période légale de la conception, il a été dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme. Ce cas est prévu par l'art. 312, qui, après avoir établi dans son alinéa 1^{er} la règle que : « L'enfant conçu pendant le » mariage a pour père le mari », ajoute : « Néanmoins celui-ci pourra » désavouer l'enfant, s'il prouve que, pendant le temps qui a couru » depuis le trois centième 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 ».

Un mari s'embarque pour l'Australie le 1^{er} janvier, laissant sa femme à Marseille; il est de retour le 1^{er} septembre; sa femme accouche le 1^{er} décembre. Il pourra désavouer l'enfant.

L'impossibilité physique de cohabitation doit avoir existé pendant toute la durée de la période où peut se placer, d'après la présomption de la loi, la conception de l'enfant, c'est-à-dire pendant toute la durée du 300^e jour avant la naissance de l'enfant, pendant toute la durée du 180^e jour avant cette même naissance, et pendant tout le temps intermédiaire entre ces deux termes extrêmes. En un mot, l'impossibilité physique de cohabitation doit avoir existé pendant toute la durée des 121 jours, écoulés depuis et y compris le 300^e jusques et y compris le 180^e jour avant la naissance de l'enfant; car celui-ci est autorisé à placer sa conception à un moment quelconque de cette période, et il suffit par conséquent que, fût-ce pendant un seul instant de ladite période, il ait été physiquement possible au mari de cohabiter avec sa femme, pour qu'il ne puisse pas échapper à l'application de la présomption *Pater is est...*

822. De quelles causes doit résulter l'impossibilité physique de cohabitation. — La loi dit : de l'éloignement ou de quelque accident.

a. — *De l'éloignement.* Faut-il un éloignement tel qu'il ait été physiquement impossible aux époux de franchir, pendant la période légale de la conception, l'espace qui les sépare? Non; il suffit qu'il soit démontré que cet espace n'a pas été franchi, et que par suite les époux sont demeurés constamment séparés l'un de l'autre pendant toute la période légale de la conception, auquel cas il y a eu

évidemment impossibilité physique de cohabitation. La question de savoir si ces conditions se trouvent réunies est une question de fait, que le juge doit résoudre en cas de contestation. Ainsi la cour d'Alger a admis le désaveu formé par un mari qui avait résidé à Alger, et sa femme à Paris, pendant tout le temps légal de la conception. Et cependant il est facile de faire, et bien des fois, le voyage de Paris à Alger dans un délai de 121 jours; mais il était démontré que, pendant tout ce temps, le mari n'avait pas quitté Alger, ni la femme Paris. De même, s'il était prouvé que deux époux ont été incarcérés pendant tout le temps légal de la conception, sous prévention de crime, et sans communication possible l'un avec l'autre, l'action en désaveu formée par le mari devrait être admise.

b. — L'impossibilité physique de cohabitation peut aussi servir de base à la demande en désaveu du mari, quand elle résulte « *de quelque accident* ». La loi ne précise pas davantage, et elle ne le pouvait guère. On peut citer à titre d'exemples : des mutilations, une blessure, une opération chirurgicale, ayant produit chez le mari une *impuissance accidentelle* soit temporaire, soit perpétuelle. Duveyrier, l'orateur du tribunal, a dit : « Il serait déraisonnable de vouloir détailler les espèces, les cas, les accidents qui peuvent produire l'impuissance accidentelle, soit qu'il s'agisse d'une blessure, d'une mutilation, d'une maladie grave et longue ».

Considérant ces dernières paroles comme une interprétation officielle de la loi, plusieurs auteurs décident que l'impuissance accidentelle du mari, due à la prostration résultant d'une maladie, pourrait servir de fondement à une demande en désaveu. Mais l'induction, qu'on peut tirer en faveur de cette solution des paroles du tribun Duveyrier, est plus que contrebalancée par la discussion qui s'est produite au conseil d'Etat, discussion à la suite de laquelle la solution contraire paraît avoir été très positivement adoptée. N'est-elle pas d'ailleurs commandée par le texte de la loi, qui parle de l'impuissance produite par l'effet de quelque *accident*? Une maladie est-elle un *accident*? Ce mot ne désigne-t-il pas un événement dont la cause est *externe*, plutôt qu'un événement dont la cause est *interne*, comme la maladie?

823. L'impossibilité physique de cohabitation peut aussi résulter pour le mari de son impuissance naturelle; mais alors la loi ne lui permet pas de l'invoquer à l'appui d'une demande en désaveu. « *Le mari*, dit l'art. 313, al. 1, *ne pourra, en alléguant son impuissance naturelle, désavouer l'enfant* ». Il y en a deux raisons : D'une part, la constatation de l'impuissance naturelle est le plus souvent fort difficile; en tous cas elle serait pleine de scandale. D'autre part, la situation du mari ne mérite guère d'intérêt : devait-il s'engager dans un contrat dont il se savait incapable de remplir les obligations, et faut-il maintenant lui permettre de venir, par

un désaveu d'enfant, déshonorer la femme qu'il a odieusement trompée?

824. L'impuissance résultant d'un accident survenu antérieurement au mariage, pourrait-elle servir de fondement à une action en désaveu du mari? En mettant l'accident sur la même ligne que l'éloignement, l'art. 312 nous donne à entendre qu'il a en vue un accident survenu postérieurement au mariage, et c'est ce qui paraît découler aussi de la discussion au conseil d'Etat. D'ailleurs le mari, qui était atteint lors du mariage d'impuissance accidentelle, a trompé sa femme tout aussi bien que celui qui était atteint d'impuissance naturelle : il ne mérite donc pas plus de faveur. Et toutefois la question est controversée. On invoque au soutien de l'opinion contraire les termes généraux de l'art. 312, qui parle de l'impuissance résultant « de quelque accident », sans distinguer si l'accident est ou non antérieur au mariage. On ajoute que d'ailleurs la conduite du mari peut être excusable, du moins lorsque l'impuissance accidentelle dont il était atteint lors du mariage était de nature à pouvoir se guérir, ou lorsqu'il la croyait telle.

DEUXIÈME CAUSE DE DÉSAVEU. *Impossibilité morale de cohabitation.*

825. L'impossibilité morale de cohabitation résulte d'un obstacle *moral* qui s'oppose au rapprochement des époux, exemple : des mésintelligences graves; tandis que l'impossibilité physique résulte d'un obstacle physique. L'impossibilité *physique* de cohabitation fournit une preuve plus certaine de la non-paternité du mari que l'impossibilité *morale*, parce que la première est susceptible d'une constatation directe et matérielle, tandis que la seconde résulte d'une induction qui peut être fautive.

En principe, la loi ne permet pas au mari de désavouer l'enfant de sa femme pour cause d'impossibilité morale de cohabitation avec celle-ci. Cette règle souffre cependant exception dans deux cas prévus l'un et l'autre par l'art. 313.

826. PREMIER CAS. — Après avoir dit que « Le mari ne pourra, » en alléguant son impuissance naturelle, désavouer l'enfant », l'art. 313 ajoute : « *Il ne pourra le désavouer même pour cause d'adultère, à moins que la naissance ne lui ait été cachée, auquel cas il sera admis à proposer tous les faits propres à justifier qu'il n'en est pas le père* ». Ainsi l'impossibilité morale de cohabitation (c'est à elle que l'article fait allusion quand il parle des faits propres à justifier que le mari n'est pas le père), devient une cause de désaveu, lorsque l'induction qu'elle fournit à l'appui de la non-paternité du mari est corroborée par cette double circonstance : que la mère a commis un adultère, et qu'elle a caché à son mari la naissance de l'enfant. Le mari doit donc, pour réussir dans son action en désaveu, faire une triple preuve : il doit prouver : 1° l'adultère de la mère; 2° le recèlement de la naissance de l'enfant; 3° l'impossibilité morale de cohabitation pendant le temps légal de la conception.

1^o *Adultère de la mère.* L'adultère dont le mari fait la preuve doit coïncider ou à peu près avec la conception de l'enfant. Le bon sens l'indique, et la loi a pu se borner à le sous-entendre. Quelle induction pourrait-on tirer, pour la non-paternité du mari, d'un adultère commis par la femme à une époque éloignée de celle où se place la conception de l'enfant ?

La preuve d'un adultère de la femme, même coïncidant avec l'époque de la conception, ébranle fortement la présomption de paternité du mari; mais elle ne suffit pas pour la détruire. La loi romaine nous en donne la raison : *quum possit mater adultera esse, et impubes maritum patrem habuisse.* L'induction que fournit l'adultère de la mère doit être corroborée par la preuve des deux autres faits dont il nous reste à parler.

2^o *Recel de la naissance de l'enfant.* La femme, qui cache à son mari sa grossesse d'abord, son accouchement ensuite, dresse un acte d'accusation contre elle-même. Pourquoi donc agirait-elle de la sorte, si elle pensait que son mari est le père de l'enfant, ou même si elle croyait seulement pouvoir le lui persuader ?

La loi veut qu'il y ait eu recèlement de la naissance, ce qui implique un recèlement de la grossesse. Le recèlement de la grossesse ne suffirait pas, si la naissance de l'enfant n'avait pas été cachée au mari; tout est de droit étroit en cette matière. La cour de Paris paraît donc s'être laissée guider par l'inspiration du sentiment plutôt que par des considérations juridiques, en admettant le désaveu dans un cas où la femme, après avoir dissimulé sa grossesse pendant sept mois, l'avait ensuite annoncée, par bravade et défi il est vrai, au moment où la discorde avait éclaté entre elle et son mari. La décision de la cour de Paris n'est pas isolée; il y a plusieurs arrêts de la cour de cassation dans le même sens; ils admettent que le recel de la grossesse peut suffire. V. notamment Cass., 29 juin 1892, D., 92. 1. 477. Nous ne saurions approuver ces décisions. La loi exige positivement que « la naissance de l'enfant ait été cachée ». Il importe peu d'ailleurs, du moment que cette condition se trouve remplie, que le mari ait ou non connu la naissance de l'enfant. C'est ce que décide un arrêt de la cour de cassation du 5 août 1891, D., 92. 1. 567. Ce même arrêt semble dire que le recel de la grossesse et de l'accouchement peut résulter du seul silence gardé par la femme à l'égard de son mari, mais il paraît difficile de l'approuver sur ce point. Ne pas annoncer la naissance, ce n'est pas nécessairement la cacher.

Quant à savoir quelles sont les circonstances d'où peut résulter le recèlement de la naissance, ce n'est plus là qu'une question de fait, à résoudre par le juge dans les divers cas où il y aura contestation sur ce point. Un des faits les plus significatifs est l'inscription de l'enfant sur les registres de l'état civil comme appartenant à un père autre que le mari ou comme né de père et mère inconnus.

On est d'accord pour admettre que l'aveu exprès, fait par la mère, de la non-paternité du mari, n'équivaudrait pas à l'aveu tacite résultant du recèlement de la naissance. Outre que le texte de la loi manque, il peut y avoir quelques bonnes raisons de se défier d'un pareil aveu qui a peut-être été fait dans un moment de colère et de dépit. D'ailleurs il ne faut pas oublier qu'il ne s'agit pas seulement de l'honneur de la mère, mais aussi de la légitimité de l'enfant. La mère ne doit pas pouvoir compromettre cette légitimité par une simple déclaration.

3^o *Impossibilité morale de cohabitation.* C'est à la preuve de cette impossibilité que la loi fait allusion, lorsqu'elle dit : « auquel cas

» le mari sera admis à proposer tous les faits propres à justifier » qu'il n'en est pas le père ». Quels sont ces faits? La loi ne le dit pas, et elle ne pouvait pas le dire, car ils varieront suivant les cas. On peut indiquer à titre d'exemples : le grand âge du mari, son état valétudinaire, ses mésintelligences avec sa femme, sa résidence dans une habitation séparée, la ressemblance de l'enfant avec le complice de l'adultère de la femme. La couleur de la peau de l'enfant peut encore être un indice grave, au cas où la femme serait convaincue d'adultère avec un homme de couleur.

827. C'est au demandeur en désaveu, nous l'avons déjà dit, qu'incombe la preuve de l'existence des différentes conditions requises par la loi pour le succès de la demande en désaveu, savoir l'adultère de la mère, le recèlement de la naissance de l'enfant et l'impossibilité morale de cohabitation. *Probatio incumbit ei qui agit*. Il n'est pas nécessaire, quoique le contraire ait été soutenu, que l'adultère de la mère soit prouvé préalablement dans une instance distincte qui précéderait l'instance en désaveu, ni même que son existence soit constatée par un jugement préalable et distinct de celui qui admet le désaveu. La loi n'exige rien de semblable, et son vœu paraît rempli du moment que ce dernier jugement constate la preuve de l'adultère, ainsi que des autres faits dont parle l'art. 313. L'adultère pourrait donc être prouvé dans la même enquête que celle dans laquelle le mari établit les faits attestant sa non-paternité.

Mais la jurisprudence paraît être allée trop loin, en décidant qu'il n'est pas nécessaire que l'adultère soit l'objet d'une preuve spéciale et distincte, d'une preuve directe, cet adultère se trouvant suffisamment établi par la preuve des faits qui démontrent la non-paternité du mari. A quoi bon, dit la jurisprudence, exiger que le mari prouve *directement* l'adultère de sa femme? Quand il aura prouvé qu'il n'est pas le père de l'enfant, n'aura-t-il pas prouvé par cela même que la paternité appartient à un autre, et par suite que sa femme a commis un adultère? — Sans doute; mais, qu'on le remarque bien, les faits que le mari prouvera pour établir sa non-paternité ne fourniront jamais à cet égard qu'une induction. La loi parle de « faits propres à justifier qu'il n'en est pas le père »; on n'a pas osé dire : à prouver. Or l'induction résultant des faits que le mari propose à l'appui de sa non-paternité, n'est considérée par la loi comme ayant une puissance suffisante qu'autant qu'elle est corroborée par l'induction, très puissante aussi, que fournissent l'adultère de la mère et le recel de la naissance de l'enfant. Donc le mari doit prouver ces faits, et il doit les prouver directement, l'adultère aussi bien que le recel de la naissance. Permettre au mari d'invoquer comme preuve de l'adultère les faits propres à justifier qu'il n'est pas le père de l'enfant, ce serait en réalité le dispenser d'établir l'adultère. D'ailleurs le système, qui dispense le mari de prouver directement l'adultère de la femme, n'est pas moins contraire au texte de la loi qu'à son esprit. L'art. 313 semble en effet considérer l'adultère de la mère comme la base fondamentale de l'action du mari, puisqu'il le présente comme la *cause* du désaveu. Or, dans le système qui vient d'être exposé, on tient l'adultère pour un élément tout à fait secondaire du débat. La doctrine en général se prononce dans ce sens.

La preuve de l'adultère pourrait d'ailleurs être faite par tous les moyens possibles, même par témoins et par présomptions.

828. DEUXIÈME CAS. Il est prévu par l'alinéa 2 de l'art. 313, dont la rédaction primitive, due à la loi du 6 décembre 1850, a été modifiée successivement par l'art. 2 de la loi du 27 juillet 1884 sur le divorce et par l'art. 3 de la loi du 18 avril 1886. Ce dernier texte, qui s'est à peu près borné à rectifier une erreur matérielle échappée au législateur de 1884 (*infra* n. 832 *in fine*), est ainsi conçu :

« *Le paragraphe ajouté à l'article 313 du Code civil, par la loi du 6 décembre 1850 est modifié ainsi qu'il suit : En cas de jugement ou même de demande soit de divorce, soit de séparation de corps, le mari peut désavouer l'enfant né trois cents jours après la décision qui a autorisé la femme à avoir un domicile séparé, et moins de cent quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande ou depuis la réconciliation. — L'action en désaveu n'est pas admise s'il y a eu réunion de fait entre les époux* ».

Aux yeux de la loi, il existe entre deux époux qui plaident en divorce ou en séparation de corps, une impossibilité morale de cohabitation. D'après le texte que nous venons de transcrire, cette impossibilité morale commence à dater du moment où la femme, pour mieux dire l'époux demandeur, reçoit du juge l'autorisation d'avoir un domicile séparé, et dure jusqu'au jour du rejet définitif de la demande ou de la réconciliation des époux. En conséquence, le mari est autorisé à désavouer tous les enfants conçus par sa femme pendant la période comprise entre les deux termes extrêmes que nous venons d'indiquer; il est en effet très peu probable qu'il en soit le père.

Sont réputés conçus pendant la période suspecte, et par suite susceptibles d'être désavoués, les enfants nés trois cents jours après le point de départ de la période et moins de cent quatre-vingts jours après l'expiration de son terme.

D'ailleurs le désaveu du mari est ici *péremptoire*, en ce sens que le tribunal doit admettre le désaveu par cela seul qu'il est constant que la conception de l'enfant se place pendant la période suspecte, conformément à ce qui vient d'être dit, et sans que le mari ait aucune autre preuve à faire. Point n'est besoin, comme dans les autres cas de désaveu, de prouver soit l'impossibilité physique de cohabitation, soit l'adultère de la mère et le recel de l'enfant. Il suffit au mari de déclarer judiciairement qu'il désavoue l'enfant. Par cela même et par cela seul, le tribunal devra prononcer l'illégitimité de l'enfant. Une seule fin de non-recevoir peut être opposée au mari; c'est celle résultant d'un rapprochement qui aurait eu lieu entre lui et sa femme pendant la période légale de la conception. Il s'agit évidemment d'un rapprochement qui a pu amener des rapports intimes entre les époux. La preuve est à la charge du défendeur à l'action en désaveu.

829. L'impossibilité morale de cohabitation, qui sert de base au désaveu péremptoire dont nous venons de parler, ne cesse, d'après notre texte, que par le rejet définitif de la demande ou par la

réconciliation. Il semble en résulter qu'elle se perpétue indéfiniment, et avec elle la faculté de désaveu qui en est la conséquence, si la séparation de corps ou le divorce est prononcé par le tribunal.

Cette conclusion est de tous points exacte au cas où c'est la séparation de corps qui est prononcée. La séparation de corps ne dissout pas le mariage; on comprend donc que les enfants mis au monde par une femme séparée de corps, naissent sous la protection de la règle *Pater is est quem nuptiæ demonstrant*, sauf au mari à user contre eux du désaveu péremptoire dont nous venons de parler (1).

Mais il en est autrement au cas de divorce. La présomption de paternité du mari cesse nécessairement à dater du jour où le mariage est dissous par le divorce (arg. art. 312 al. 1); elle ne protégera donc plus les enfants que la femme pourra désormais concevoir. Le mari n'aura pas besoin de les désavouer, le désaveu ne s'appliquant, par définition même, qu'aux enfants qui peuvent invoquer la présomption *Pater is est*, puisqu'il a précisément pour objet de faire tomber cette présomption; c'est par l'action en contestation de légitimité qu'il y aura lieu de procéder contre eux, en tant que de besoin (arg. art. 315, *infra* n. 852).

830. Il faut prévoir le cas où les époux auraient laissé passer le délai de deux mois, fixé par l'art. 252, sans requérir la transcription, sur les registres de l'état civil, du jugement de divorce: ce qui a pour effet de rendre le divorce nul et non avenue. Ce cas nous paraît devoir être assimilé à celui où il y a eu réconciliation, si les époux, comme il arrivera le plus souvent, ont agi en connaissance de cause. En effet ils sont alors censés avoir renoncé l'un et l'autre au bénéfice du jugement qui a prononcé le divorce, et par conséquent s'être pardonné leurs torts. La réconciliation sera considérée comme s'étant produite le jour où a expiré le délai de deux mois. L'impossibilité morale de cohabitation cessera donc à dater de ce moment; mais elle aura duré jusque-là, et par suite le mari pourra désavouer les enfants dont la conception remonterait nécessairement, d'après la présomption de la loi, à une époque antérieure à l'expiration du délai. On ne peut plus dire qu'il y a réconciliation, si c'est par ignorance ou même par oubli ou indifférence que les époux ont négligé de faire opérer la transcription dans le délai. Mais le divorce n'en est pas moins non avenue, et cette situation doit être assimilée à celle où il y a eu *rejet de la demande*. La demande est censée rejetée le jour de l'expiration du délai, et l'impossibilité morale de cohabitation cesse à dater de ce moment.

831. En résumé, la loi nouvelle admet, entre époux engagés dans une instance en divorce, l'existence d'une impossibilité morale de cohabitation, qui dure tant que le débat n'est pas définitivement clos soit par le rejet de la demande, soit par une réconciliation,

(1) La jurisprudence va trop loin, en déclarant que le mari n'est pas présumé père de l'enfant. Montpellier, 21 juillet 1886, S., 88. 2. 100, et Lyon, 3 juillet 1890, D., 91. 2. 99. La présomption de paternité existe toujours, mais elle tombe devant le désaveu péremptoire du mari. Le mot même de *désaveu*, employé par la loi, implique la persistance de la présomption de paternité, puisque, par définition, le désaveu a pour objet de faire tomber cette présomption.

soit par la prononciation du divorce. Les enfants, dont la conception se place nécessairement, d'après la présomption de la loi, pendant la période où cette impossibilité morale existait, peuvent être l'objet d'un désaveu péremptoire du mari. Quant à ceux qui sont conçus postérieurement au divorce prononcé, ils naissent étrangers au mari. — Même situation au cas de séparation de corps prononcée ou demandée, à cette différence près que les enfants conçus après la séparation de corps prononcée, sont encore protégés par la présomption de paternité écrite en l'art. 312, sauf désaveu péremptoire du mari.

832. Coup d'œil rétrospectif sur la question. — Le code civil ne contenait, sur le point qui vient de nous occuper, aucune disposition particulière. Il en résultait que les enfants, conçus pendant le cours d'une instance en divorce ou en séparation de corps, naissent sous la protection de la règle *Pater is est quem nuptiæ demonstrant*, et le mari ne pouvait échapper à la paternité que lui infligeait cette maxime que par une action en désaveu formée suivant les règles du droit commun.

La situation était la même pour les enfants conçus après la séparation de corps prononcée. Le mari ne pouvait donc les désavouer que pour cause d'impossibilité physique de cohabitation pendant le temps légal de la conception (art. 312 al. 2), ou d'impossibilité morale accompagnée de la preuve de l'adultère de la mère et du recel de la naissance de l'enfant (art. 313 al. 1). Une femme séparée de corps pouvait ainsi infliger à son mari la paternité d'enfants qui ne lui appartenaient pas. Il lui suffisait pour cela de ne pas dissimuler sa grossesse et son accouchement, c'est-à-dire de vivre publiquement dans l'inconduite; on en a même vu, pour plus de sûreté, notifier à leur mari par acte d'huissier leur grossesse et leur accouchement. Cet état de choses, déjà fort regrettable à l'époque où le divorce existait, le devint bien plus encore, quand son abolition rendit les séparations de corps plus fréquentes. Il a cependant subsisté jusqu'en 1850. A cette époque, une loi, due à l'initiative de Demante, la loi du 6 décembre 1850, est venue ajouter à l'art. 313 un alinéa ainsi conçu : « *En cas de séparation de corps prononcée, ou même demandée, le mari pourra désavouer l'enfant qui sera né trois cents jours après l'ordonnance du président, rendue aux termes de l'article 878 du code de procédure civile, et moins de cent quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande ou depuis la réconciliation. L'action en désaveu ne sera pas admise s'il y a eu réunion de fait entre les époux* ». La loi du 27 juillet 1884 (art. 2) n'a fait qu'adapter cette disposition au divorce, et celle du 18 avril 1886 (art. 3) s'est à peu près bornée à rectifier une erreur matérielle échappée au législateur de 1884, qui avait ordonné que l'addition fût faite à l'art. 312, tandis que son intention était de la faire à l'art. 313.

TROISIÈME CAUSE DE DÉSAVEU. *Naissance précoce de l'enfant.*

833. La durée *minima* de la gestation étant de 179 jours pleins (arg. art. 312 al. 2), il en résulte que la conception de l'enfant qui naît avant le 180^e jour du mariage remonte à une époque antérieure à la célébration. C'est au mari de juger s'il en est le père; seul il peut le savoir, et la loi s'en rapporte à lui sur ce point. S'il se considère comme étant le père de l'enfant, il gardera le silence, et l'enfant jouira en paix du bénéfice de la légitimité. Dans le cas contraire, il désavouera l'enfant (arg. art. 314), et celui-ci sera regardé comme illégitime. Remarquez que le désaveu est ici

péremptoire : le mari n'a aucune preuve à fournir de sa non-paternité. Cpr. *supra*, n. 828 al. fin.

On voit que l'enfant qui vient au monde avant le 180^e jour du mariage naît légitime. Cela est certain. En effet c'est par l'action en désaveu que le mari doit procéder contre cet enfant, quand il veut l'exclure de la famille. Or l'action en désaveu, qui a pour but de faire tomber l'autorité de la présomption *Pater is est...*, suppose nécessairement un enfant né sous le bénéfice de cette présomption, par conséquent un enfant qui est en possession de l'état d'enfant légitime. D'ailleurs l'art. 331 n'autorise la légitimation que pour les enfants *nés hors mariage*.

834. Mais comment la loi a-t-elle pu considérer l'enfant dont il s'agit comme légitime, puisqu'il a été conçu en dehors du mariage ? Ce ne peut être évidemment qu'en vertu d'une fiction ; car la vraie légitimité n'appartient qu'à l'enfant né *du* mariage, c'est-à-dire à l'enfant conçu pendant le mariage, et non à l'enfant né *en* mariage et conçu en dehors. Reste à savoir quelle est cette fiction, et ce point est l'objet d'une grave difficulté. Voici à cet égard les diverses opinions qui se sont fait jour.

I. D'après la majorité des auteurs, la fiction ne serait autre que celle de la légitimation (art. 331 et s.). En d'autres termes, l'enfant dont il s'agit est illégitime par son origine ; s'il était né avant le mariage de ses parents, ceux-ci auraient pu le légitimer par leur mariage subséquent (art. 331) ; la mère s'étant mariée pendant sa grossesse avec un homme que la loi suppose être le père de l'enfant, celui-ci se trouve immédiatement légitimé dans le sein de sa mère, et il naît ainsi en possession de la légitimité, sauf le droit qui appartient au mari de le désavouer.

Cette doctrine conduit aux conséquences suivantes :

1^o L'enfant venu au monde avant le 180^e jour du mariage naît illégitime, si, pendant toute la durée de la période où peut se placer sa conception, le mari de sa mère était engagé dans les liens d'un autre mariage non dissous. Exemple : Un homme veuf depuis quatre mois se remarie ; un mois après, sa nouvelle femme accouche. L'enfant naîtra illégitime ; car on ne pourrait le supposer conçu des œuvres du mari de sa mère sans lui donner une origine adultérine, et d'après l'art. 331 les enfants issus *d'un commerce adultérin* ne peuvent pas être légitimés.

2^o L'enfant qu'une femme met au monde avant le 180^e jour de son mariage naît illégitime, si la mère n'a pu se marier qu'en vertu de dispenses, à raison du lien de parenté ou d'alliance qui l'unissait à l'homme qu'elle a choisi pour époux. Ainsi un oncle épouse sa nièce, après avoir obtenu une dispense du chef de l'Etat ; un enfant naît avant le 180^e jour du mariage. Il est illégitime ; en effet sa conception remontant à une époque antérieure au mariage, on ne peut l'attribuer au mari de la mère sans donner à l'enfant une origine incestueuse, et d'après l'art. 331 les enfants issus *d'un commerce incestueux* ne peuvent pas être légitimés.

* 3^o L'enfant qui vient au monde avant le 180^e jour du mariage naissant illégitime quand sa conception, en la supposant l'œuvre du mari, est entachée d'adultère ou d'inceste, il en résulte que la légitimité de cet enfant pourra être contestée par tous les intéressés, et non pas seulement par le mari, et que leur action ne sera pas soumise aux exceptions et prescriptions particulières à l'action en désaveu.

* La cour de cassation, qui admet ce système, en accepte la première conséquence ; mais elle rejette la seconde. Cette particularité tient à ce que la cour suprême, ainsi qu'on le verra plus loin, considère les enfants nés d'un commerce incestueux comme pouvant être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, contracté en vertu de dispenses. Certains auteurs, qui ne partagent pas sur ce dernier point l'avis de la cour de

cassation, arrivent cependant par un autre chemin au même résultat; mais il leur est difficile d'échapper au reproche de contradiction.

II. Une autre opinion, qui prend tout à fait le contre-pied de la précédente, raisonne de la manière suivante : Il est incontestable que l'enfant né avant le 180^e jour du mariage est illégitime par sa conception; il est non moins incontestable qu'il naît légitime; il est certain enfin qu'il ne naît légitime qu'en vertu d'une fiction. Mais cette fiction n'est pas celle de la légitimation : c'est une fiction particulière qui n'a pas de nom spécial, une fiction *innommée*, qui a pour résultat de reporter la conception de l'enfant au jour de la célébration du mariage. L'enfant dont il s'agit naitrait donc véritablement légitime, et non légitimé. De là toute une série de conséquences contraires à celles qui résultent de l'opinion précédente. Notamment l'enfant venu au monde avant le 180^e jour du mariage naitrait légitime, alors même qu'en se reportant à l'époque de sa conception on trouverait que le commerce de sa mère avec l'homme qu'elle a plus tard épousé était entaché d'adultère ou d'inceste. La jurisprudence la plus récente des cours d'appel paraît se dessiner en ce sens. Poitiers, 19 juillet 1875, D., 76. 2. 28, S., 76. 2. 161.

Cette opinion se fonde sur les raisons suivantes : 1^o D'après l'art. 331 la légitimation n'est applicable qu'aux enfants nés *hors mariage*. Il n'en faut donc pas parler pour les enfants nés *en mariage*. — 2^o N'est-ce pas d'ailleurs ce qui résulte de la rubrique de notre chapitre : *De la filiation des enfants légitimes ou nés pendant le mariage*. Ou est ici synonyme de *c'est-à-dire*, et par conséquent cette rubrique donne à entendre que la légitimité est attachée par la loi au fait de la naissance pendant le mariage. — 3^o Les travaux préparatoires confirment pleinement cette solution. On cite notamment ces paroles de Régnaud de Saint-Jean-d'Angély : « C'est la naissance de l'enfant qui fait son titre. L'enfant conçu avant le mariage et né après est légitime si le père ne réclame pas ». — 4^o Enfin on invoque des considérations morales; mais elles seraient plus qu'équilibrées par des considérations du même ordre en sens contraire.

* A l'argument tiré de l'art. 331 on peut répondre que ce texte nous présente la légitimation comme s'appliquant à des enfants déjà nés, parce que, ici comme partout, *lex statuit de eo quod plerumque fit*. D'ailleurs supposer n'est pas disposer. Enfin, en raison, l'idée de la légitimation s'applique aux enfants conçus tout aussi bien qu'aux enfants déjà nés. Quant à la rubrique du chapitre I^{er}, non seulement nous repoussons l'argument que nos adversaires en tirent, mais nous la revendiquons en notre faveur. Si la rubrique signifie ce qu'on lui fait dire, si elle est l'équivalent de ceci : *De la filiation des enfants légitimes, c'est-à-dire nés pendant le mariage*, elle est incomplète; car elle omet toute une classe d'enfants légitimes, ceux qui sont conçus pendant le mariage et qui naissent après sa dissolution. Nous prétendons que la rubrique signifie : *De la filiation des enfants légitimes ou [des enfants] nés pendant le mariage*; — DES ENFANTS LÉGITIMES, ce qui comprend tous les enfants conçus pendant le mariage, quelle que soit d'ailleurs l'époque de leur naissance; — DES ENFANTS NÉS PENDANT LE MARIAGE, ce qui fait allusion aux enfants conçus avant le mariage et nés pendant, que la loi *assimile* seulement à des enfants légitimes, sans pour cela les dire tels. Ainsi entendue (et ce sens est plus rationnel et plus naturel tout à la fois que celui que tous les auteurs lui donnent), la rubrique fournit un argument très puissant à la première opinion, puisque la loi distinguerait les enfants légitimes proprement dits et ceux qui leur sont assimilés. Voici en outre à l'appui de cette opinion une considération qui nous paraît décisive : Soit une femme veuve qui se remarie quatre mois après la dissolution de son premier mariage, violant ainsi la prohibition de l'art. 228; un mois après elle devient mère. La conception de l'enfant remonte évidemment à une époque antérieure à la dissolution du premier mariage, et par conséquent l'enfant appartient au premier mari. Nul ne songerait sans doute à appliquer ici l'art. 314, et à décider que le deuxième mari sera considéré comme père de l'enfant s'il ne le désavoue pas; on ne permettrait même pas au deuxième mari de revendiquer la paternité de ce second enfant. Pourquoi cela? Nous n'en voyons pas d'autre raison que celle-ci : c'est qu'en supposant cet enfant issu des œuvres du deuxième mari, ce qui cependant est possible, on arrive à lui donner une origine adultérine, et il devient ainsi impossible que cet enfant ait été légitimé dans le sein de sa mère par son mariage avec le père, impossible par suite qu'il naisse

légitime (arg. art. 331). Eh bien ! si l'art. 314 ne peut pas s'appliquer lorsque son application conduirait à donner à l'enfant une origine adultérine par rapport à sa mère, quelle raison y aurait-il de l'appliquer quand il conduirait à donner à ce même enfant une origine adultérine par rapport à son père ?

* **835.** Quelle que soit d'ailleurs la solution qu'on adopte sur la question qui précède, on doit décider que l'enfant, conçu avant le mariage et né pendant, ne pourrait pas, en invoquant la maxime *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*, se prévaloir de sa légitimité pour recueillir une succession ouverte avant la célébration du mariage de ses parents, par exemple la succession d'un de ses frères utérins mort être la veille du mariage. En effet, jusqu'à la célébration du mariage, l'enfant a été naturel ; et, pour que sa légitimité pût rétroagir au jour de sa naissance, il faudrait dans la loi une disposition expresse qui n'existe pas.

836. Fin de non-recevoir contre l'action en désaveu pour cause de naissance précoce. L'art. 314 nous en indique trois : « *L'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage, ne pourra être désavoué par le mari, dans les cas suivants : 1° s'il a eu connaissance de la grossesse avant le mariage ; 2° s'il a assisté à l'acte de naissance, et si cet acte est signé de lui, ou contient sa déclaration qu'il ne sait signer ; 3° si l'enfant n'est pas déclaré viable* ».

Etudions ces trois fins de non-recevoir :

1° *Si le mari a eu connaissance de la grossesse avant le mariage.* — Il y a alors de la part du mari un aveu tacite de sa paternité. On n'épouse pas une femme qu'on sait être enceinte, quand on a la conviction qu'on n'est pas le père de son enfant ; si on a assez peu d'honneur pour le faire, la loi ne permet pas qu'on vienne le dire à la justice. *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans.*

2° *Si le mari a assisté à l'acte de naissance, et si cet acte est signé de lui, ou contient sa déclaration qu'il ne sait signer.* — Ici encore, la loi voit dans la conduite du mari un aveu tacite de sa paternité. Peu importe d'ailleurs qu'il ait participé à l'acte de naissance en qualité de déclarant ou en qualité de témoin. Mais il faut, bien entendu, que l'acte de naissance ne contienne aucune protestation ni réserve en ce qui concerne l'exercice de l'action en désaveu. Le mari a pu se croire obligé de déclarer la naissance de l'enfant, pour obéir à la prescription de l'art. 56 ; s'il prend soin d'expliquer que c'est là le motif qui le fait agir et qu'il entend se réserver le droit de désavouer l'enfant, on ne peut certes pas voir dans sa conduite une renonciation à l'action en désaveu.

La renonciation tacite du mari à l'action en désaveu pourrait-elle s'induire d'autres circonstances que de celles qui viennent d'être relatées et qui sont indiquées par l'art. 314 1° et 2° ? L'affirmative est généralement admise, l'art. 314 n'étant pas conçu dans les termes limitatifs ou restrictifs. Ainsi le mari, n'ayant pu assister à l'acte de naissance de l'enfant, écrit une lettre de félicitations à sa femme ou assiste à la fête du baptême de l'enfant. Les juges *pourront* considérer ces faits comme emportant renonciation tacite du mari à l'action en désaveu.

Si l'on admet cette solution, on doit décider que la renonciation expresse du mari le rendrait non recevable à agir en désaveu.

3° Si l'enfant n'est pas déclaré viable. — La viabilité, c'est l'aptitude à vivre, *vita habilis* : question de fait, à résoudre en cas de difficulté par les juges qui s'aideront au besoin des secours de la science.

Pourquoi le mari ne peut-il pas désavouer l'enfant qui n'est pas né viable? Il y en a deux raisons. D'abord la non-viabilité de l'enfant provient souvent de sa naissance avant terme, et alors l'induction, que l'on prétendrait tirer de la date de sa naissance, pour soutenir que sa conception remonte à une époque antérieure au mariage, perd toute sa force. En second lieu, l'enfant qui naît non viable, de même que celui qui est mort-né, est considéré comme n'ayant jamais été *in rerum natura*; aucun droit n'a pu se fixer sur sa tête, notamment un droit de succession (art. 725); la naissance d'un pareil enfant ne peut donc nuire à personne, et le mari par suite n'a pas d'intérêt à le désavouer. L'action en désaveu ne pourrait avoir pour but comme pour résultat que de déshonorer la mère, et le législateur ne devait pas l'admettre.

Cette deuxième raison, qui existe dans tous les cas où l'enfant est né non viable, a une telle puissance qu'elle doit conduire à considérer la non-viabilité de l'enfant comme constituant une fin de non-recevoir, non seulement contre l'action en désaveu formée pour cause de naissance précoce, conformément à l'art. 314-3°, mais aussi contre toute autre action en désaveu. On étend ainsi, il est vrai, en dehors de ses termes une disposition exceptionnelle de sa nature; mais il y a des exceptions qui s'étendent : ce sont celles qui ne sont que l'application d'un principe de droit commun. Or telle est précisément la fin de non-recevoir qui nous occupe; elle est fondée sur cette règle de droit commun : pas d'action sans intérêt.

N° 2. Des personnes auxquelles appartient l'action en désaveu.

837. La loi les détermine limitativement : ce sont le mari, et dans certains cas ses héritiers.

Tant que le mari est vivant, l'action en désaveu n'appartient qu'à lui.

Non seulement elle n'appartient qu'à lui, mais elle doit, à raison de l'élément moral qui y domine, être considérée quant à son exercice comme exclusivement attachée à sa personne. Elle ne pourrait donc pas être exercée de son chef par ses créanciers (arg. art. 1166 *in fine*).

Il est même fort douteux que l'action en désaveu puisse, au cas où le mari serait interdit, être exercée, comme on le décide généralement (Grenoble, 14 février et 5 décembre 1883, S., 84. 2. 73, par son tuteur, au moins sans l'autorisation du conseil de famille. V. sur ce point *infra*, n. 1177.

838. Après le décès du mari, l'action en désaveu passe à ses héritiers, s'il est mort maître de son action, c'est-à-dire étant encore dans le délai utile pour l'intenter et sans y avoir renoncé. A plus

forte raison, les héritiers du mari pourraient-ils continuer l'action en désaveu intentée par le mari, si celui-ci était mort *pendente lite*.

En passant aux héritiers, l'action en désaveu se transforme. Dans les mains du mari, elle constituait un droit moral; des intérêts pécuniaires, il est vrai, pouvaient s'y trouver mêlés aux intérêts moraux, mais ceux-ci dominaient et absorbaient ceux-là. Entre les mains des héritiers du mari, au contraire, l'action en désaveu devient un droit exclusivement pécuniaire; on n'en peut douter en lisant l'art. 317, qui nous représente les héritiers du mari comme exerçant l'action en désaveu pour sauvegarder un intérêt pécuniaire menacé par la prétention de l'enfant qui se dit légitime.

De ce principe que l'action en désaveu passe, à titre de droit *pécuniaire*, faisant partie de la succession du mari, aux héritiers de celui-ci, résultent les conséquences suivantes :

1^o L'action en désaveu peut être exercée, s'il y a lieu, par les créanciers des héritiers du mari, agissant du chef de ceux-ci en vertu de l'art. 1166;

2^o L'action en désaveu passe à tous ceux qui succèdent au mari *in universum jus*, à tous ses successeurs universels. Elle appartient donc :

a. — Aux héritiers légitimes du mari, c'est-à-dire aux personnes appelées à sa succession en qualité de parents légitimes. La règle ne souffre même pas d'exception en ce qui regarde les enfants issus du mariage. Leur qualité de fils de la femme dont l'honneur sera compromis par l'action en désaveu, et de frères, au moins utérins, de l'enfant qu'il s'agit de désavouer, pourra dans bien des cas élever en ce qui les concerne un obstacle moral, mais non un obstacle légal, à l'action en désaveu; car, la loi ne distinguant pas, sa disposition comprend nécessairement tous les héritiers du mari.

b. — Aux successeurs irréguliers du mari, tels que ses enfants naturels.

c. — Aux donataires ou légataires universels ou à titre universel du mari. Ils sont ordinairement compris sous la dénomination d'*héritiers*, et les travaux préparatoires prouvent, à n'en pas douter, que telle a bien été ici l'intention du législateur.

D'ailleurs les héritiers ou autres successeurs universels du mari peuvent exercer l'action en désaveu pour les mêmes causes que lui; car c'est son action qui leur est transmise, par conséquent l'action telle qu'elle lui appartient, avec ses mêmes caractères. Les héritiers du mari pourraient donc intenter l'action en désaveu, même pour la cause prévue par l'art. 313 al. 1, bien que cette action nécessite ici la preuve de l'adultère de la mère. On a vainement objecté qu'aux termes de l'art. 336 du code pénal, l'adultère de la femme ne peut être dénoncé que par le mari. Cette disposition signifie seulement que la dénonciation du mari est nécessaire pour que l'adultère de la femme puisse être l'objet d'une répression pénale. D'ailleurs, à ce compte, les héritiers du mari ne pourraient presque en aucun cas exercer l'action en désaveu, puisque cette action, sauf dans l'hypothèse de l'art. 314, implique toujours un adultère de la mère.

839. Telles sont les seules personnes qui peuvent intenter l'action en désaveu : le mari, et après lui ses héritiers quand il est mort maître de son action. Les dispositions de la loi sont limitatives sur ce point comme en ce qui concerne la détermination des causes de désaveu.

L'action en désaveu n'appartiendrait donc pas :

1^o Aux parents du mari, qui ne sont point ses héritiers, soit parce qu'ils ont renoncé à sa succession (arg. art. 785), soit parce qu'ils sont précédés par des parents plus proches qui les excluent de la succession, soit parce qu'ils sont écartés par la volonté du défunt,

comme il arriverait si un frère du mari, appelé par la loi à la succession à défaut de l'enfant dont la légitimité est douteuse, se trouvait écarté par l'institution d'un légataire universel. Cass., 3 mars 1874, D., 74. 1. 317, S., 74. 1. 201.

2° Aux légataires à titre particulier du mari. — Ils ne succèdent pas *in universum jus*, et ne se trouvent pas compris par suite sous la dénomination d'héritiers.

3° A la mère. Comment écouter en justice celle qui, ne respectant ni sa qualité d'épouse ni sa qualité de mère, viendrait proclamer son crime et demander qu'on en fit subir les conséquences à son enfant en le déclarant adultérin ? La mère est dans son rôle en combattant les prétentions de ceux qui intentent l'action en désaveu, et en cherchant ainsi à sauver son honneur ; elle n'y peut jamais être en mettant elle-même l'action en mouvement.

4° Aux héritiers de la mère.

* 5° A un donataire du mari, qui voudrait, en intentant l'action en désaveu, échapper à la révocation de plein droit qu'a entraînée la survenance d'un enfant au donateur (art. 960).

N° 3. Du délai dans lequel doit être intentée l'action en désaveu.

840. La loi fixe un délai dans lequel l'action en désaveu doit être exercée sous peine de déchéance. Ce délai devait être très bref, pour que l'état de l'enfant ne fût pas tenu trop longtemps en suspens. Sa durée varie, suivant que l'action est intentée par le mari, ou par ses héritiers après sa mort.

841. a. — L'action est exercée par le mari : « *Dans les divers cas où le mari est autorisé à réclamer, il devra le faire, dans le mois, s'il se trouve sur les lieux de la naissance de l'enfant ; — Dans les deux mois après son retour, si, à la même époque il est absent ; — Dans les deux mois après la découverte de la fraude, si on lui avait caché la naissance de l'enfant* » (art. 316).

C'est une question de fait, à résoudre en cas de contestation par le juge, que celle de savoir dans quels cas le mari sera assez éloigné du lieu de la naissance de l'enfant pour qu'il puisse être regardé comme *absent* dans le sens de notre article, et dans quels cas il se sera assez rapproché pour qu'il puisse être dit *de retour*.

La loi donne au mari un délai plus long au cas d'absence ou au cas de recel de la naissance, parce que, dans ces deux hypothèses, il sera pris au dépourvu, le jour où il apprendra la naissance de l'enfant, et aura besoin d'un certain temps pour réunir ses preuves. Au contraire, quand le mari est sur les lieux au moment de la naissance de l'enfant et que d'ailleurs rien n'a été fait pour lui cacher cette naissance, la loi suppose que, non seulement il la connaîtra immédiatement, mais qu'il a eu auparavant connaissance de la grossesse et qu'il a pu prendre ses mesures en conséquence.

Au cas de fraude commise pour cacher au mari la naissance de l'enfant, le délai de deux mois ne court qu'à compter du jour où le mari a acquis la connaissance certaine de la naissance de l'enfant, et non du jour où il a eu de simples soupçons, même sérieux. Cass., 12 février 1884, S., 84. 1. 228, Lyon, 21 janvier 1886, D., 87. 2. 1, S., 88. 2. 77.

L'idée qui ressort de l'art. 316, en ce qui concerne le point de départ du délai accordé pour l'exercice de l'action en désaveu, c'est que ce délai court à compter du jour où le mari a connu ou dû connaître l'événement qui donne ouverture à cette action, c'est-à-dire la naissance de l'enfant. Jusque-là le mari ne peut pas songer à exercer son action, et il ne peut être question de faire courir le délai à l'expiration duquel il sera considéré comme ayant tacitement renoncé au droit d'agir et par suite comme foreclos. Cela posé, le législateur fait courir immédiatement le délai d'un mois contre le mari *présent sur les lieux*, parce qu'il suppose que, faisant ménage commun avec sa femme, il sera immédiatement avisé de la naissance de l'enfant. Mais cette supposition n'a plus de raison d'être au cas de

séparation de corps. Aussi est-il conforme à l'esprit de la loi d'admettre qu'au cas de séparation de corps le délai pour intenter l'action en désaveu, conférée au mari par l'alinéa 2 de l'art. 313, ne court qu'à compter du jour où le mari a connu en fait la naissance de l'enfant, alors même qu'elle ne lui aurait pas été cachée. Au cas de séparation de corps, en effet, le mari présent sur les lieux peut parfaitement ignorer, surtout dans une grande ville, l'accouchement de sa femme, alors même que celle-ci n'aurait rien fait pour le dissimuler; et si le délai, très bref d'ailleurs, de l'action en désaveu commençait à courir immédiatement, il pourrait arriver que le mari fût forclos avant même d'avoir su qu'il y avait lieu d'agir. La jurisprudence s'était formée dans ce sens sous l'empire de la loi du 6 décembre 1850, qui a introduit, comme on sait, l'action en désaveu spéciale au cas de séparation de corps, en ajoutant un alinéa à l'art. 313, et il n'y a pas de motif pour que les tribunaux ne persévèrent pas aujourd'hui dans cette voie, car les modifications que les lois des 27 juillet 1884 et 18 avril 1886 ont fait subir à l'alinéa 2 de l'art. 313, ne concernent pas la séparation de corps.

842. b. — L'action en désaveu est exercée par les héritiers du mari : « *Si le mari est mort avant d'avoir fait sa réclamation, mais* » *étant encore dans le délai utile pour la faire, les héritiers auront* » *deux mois pour contester la légitimité de l'enfant, à compter de* » *l'époque où cet enfant se serait mis en possession des biens du* » *mari, ou de l'époque où les héritiers seraient troublés par l'enfant* » *dans cette possession* » (art. 317).

— *Pour contester la légitimité de l'enfant.* Pourquoi la loi n'a-t-elle pas dit : *pour exercer l'action en désaveu*? Peut-être, disent MM. Aubry et Rau, a-t-on évité l'emploi du mot *désaveu*, « parce que les héritiers du mari ne peuvent précisément avouer ou désavouer un fait de paternité qui leur est complètement étranger ».

Le délai accordé aux héritiers du mari pour intenter l'action en désaveu, est de deux mois dans tous les cas. La loi impartit un délai plus court (un mois) au mari, quand il est présent sur les lieux et que la naissance de l'enfant ne lui a pas été cachée, parce que, ayant eu vraisemblablement connaissance de la grossesse de sa femme, il a pu réunir ses preuves à l'avance.

Le délai de deux mois court, d'après notre article, à compter de l'époque où l'enfant se serait mis en possession des biens du mari ou de l'époque où les héritiers seraient troublés par lui dans cette possession. Ce texte prouve, ainsi que nous l'avons déjà remarqué plus haut par anticipation, que l'action en désaveu a, entre les mains des héritiers du mari, un caractère pécuniaire. En effet, en faisant courir le délai de l'action en désaveu du jour où l'enfant dispute aux héritiers du mari tout ou partie des biens de celui-ci, la loi nous donne clairement à entendre qu'elle considère les héritiers comme ne pouvant songer à agir en désaveu que du jour où ils verront leurs intérêts pécuniaires menacés par les prétentions de l'enfant, et que par suite elle ne leur accorde l'action en désaveu qu'en tant qu'elle peut servir pour eux de point d'appui à un intérêt pécuniaire.

De là il semble bien résulter que les héritiers du mari ne pourraient pas prendre les devants, et intenter l'action en désaveu, tant que l'enfant ne manifeste aucune prétention à la succession du mari. Jusque-là en effet ils n'ont pas d'intérêt pécuniaire à désavouer l'enfant; du moins ils n'ont qu'un intérêt futur et éventuel, et il est de principe que, lorsque une action ne peut être intentée que sur le fondement d'un intérêt pécuniaire, cet intérêt doit être né et actuel. Malgré ces raisons, la jurisprudence et la grande majorité des auteurs décident que les héritiers du mari peuvent prendre l'offensive et intenter l'action en désaveu contre l'enfant qui garde le silence, tout au moins lorsqu'il possède le titre d'enfant légitime, ayant un acte de naissance et une possession d'état conforme. Il ne faut pas, dit-on, les obliger à rester perpétuellement sous la menace d'une réclamation de l'enfant, qui attend peut-être pour manifester ses prétentions que les preuves dont pourraient user les héritiers du mari aient disparu.

* Le délai de deux mois, accordé aux héritiers du mari pour intenter l'action en désaveu, ne constitue pas une prescription, mais bien un délai préfix, à l'expiration duquel il y a déchéance du droit d'agir. Ce délai courrait donc contre les héritiers même mineurs tandis que, s'il s'agissait d'une prescription, elle serait suspendue pendant toute la durée de leur minorité (art. 2252).

843. L'art. 318 fournit soit au mari, soit à ses héritiers, un moyen d'allonger d'un mois le délai de l'action en désaveu. « *Tout acte extrajudiciaire 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* ».

Ainsi, en désavouant l'enfant par acte extrajudiciaire pendant le délai accordé pour exercer l'action, fût-ce le dernier jour, le mari ou ses héritiers peuvent utilement intenter l'action en désaveu dans le délai d'un mois à dater de l'acte.

844. C'est l'enfant désavoué qui est défendeur à l'action en désaveu. S'il est majeur, il soutiendra lui-même la lutte. Presque toujours il sera mineur et même en très bas âge : c'est ce que suppose la loi qui, ici comme ailleurs, *statuit de eo quod plerumque fit*, et c'est pourquoi elle ordonne la nomination à l'enfant d'un tuteur *ad hoc* qui le représentera. Ce tuteur doit être nommé même quand l'enfant est déjà pourvu d'un tuteur ordinaire.

Par qui sera nommé ce tuteur *ad hoc*? Une jurisprudence constante, approuvée par la majorité des auteurs, décide que cette nomination doit être faite par un conseil de famille composé suivant les règles écrites dans les art. 406 et s. En effet, dans le silence de la loi, on doit se référer aux règles du droit commun, qui font rentrer les nominations de tuteurs dans les attributions des conseils de famille (art. 405). Il a même été jugé que la nomination *par le conseil de famille* est requise à peine de nullité de la procédure. Cass. 24 nov. 1880, D., 82. 1. 52, S., 81. 1. 65. Cpr. Montpellier, 21 juillet 1886, S., 88. 2. 100.

Cette solution est vivement combattue par quelques auteurs, qui pensent que la nomination du tuteur *ad hoc* doit être faite par le tribunal. La principale raison qu'ils en donnent est qu'un conseil de famille, formé suivant les règles du droit commun, sera composé d'adversaires de l'enfant; car tous ses parents soit paternels, soit maternels, sont intéressés, pécuniairement au moins, au succès de l'action en désaveu, qui, si elle réussit, exclura l'enfant de la succession paternelle, et ne lui permettra plus de réclamer dans la succession maternelle que les droits accordés par la loi soit à un enfant naturel simple, soit à un enfant adultérin. Charger de la nomination du tuteur *ad hoc* un conseil de famille, c'est donc confier aux adversaires de l'enfant le soin de lui choisir un protecteur. Cpr. *supra*, n. 438 *in fine*.

845. Notre article dit que l'action en désaveu sera dirigée « *contre un tuteur ad hoc donné à l'enfant, et en présence de sa mère* ». La mère doit être entendue, parce que son honneur est en jeu; elle figure donc à l'instance pour son propre compte, et c'est peut-être bien pour ce motif que la loi n'a pas voulu lui confier le soin d'y figurer en même temps pour le compte de son enfant.

846. On est d'ailleurs d'accord pour admettre que l'action en désaveu ne pourrait pas être intentée avant la naissance de l'enfant. Tant que l'enfant n'est pas né, il ne constitue

pas encore une personne, et ne peut par suite être désavoué. La loi considère bien quelquefois l'enfant simplement conçu comme étant déjà né, mais seulement lorsqu'il s'agit de ses intérêts. *Infans conceptus pro nato habetur* QUOTIES DE COMMODIS EJUS AGITUR. Enfin l'enfant peut ne pas naître viable, auquel cas l'action intentée prématurément se trouverait avoir causé un scandale inutile.

N° 4. Effets du désaveu.

847. Quand le demandeur en désaveu triomphe, l'enfant est exclu de la famille. En effet sa filiation se trouve établie à l'égard de sa mère sans l'être à l'égard du mari de celle-ci, c'est-à-dire qu'il est considéré comme adultérin. Cependant, quand l'enfant a été désavoué pour cause de naissance précoce (art. 314), il est seulement regardé comme enfant naturel simple.

* Quand l'action en désaveu a été intentée par le mari contre l'enfant ou ses héritiers, la décision judiciaire intervenue sur sa demande fait loi, quelle qu'elle soit, *erga omnes*. Tous peuvent l'invoquer, et on peut l'invoquer contre tous. La raison en est que, nul autre que le mari n'ayant le droit d'intenter l'action en désaveu, personne ne peut plus débattre judiciairement ce qui a été définitivement jugé avec lui : seul il avait le droit d'agir au nom de tous ; ce qui est jugé pour lui est jugé pour les autres intéressés. Il en est de même de la décision judiciaire, qui aurait été rendue contradictoirement avec tous les héritiers du mari. En dehors de ces cas, il y aurait lieu d'appliquer les règles du droit commun sur l'autorité de la chose jugée. Si donc quelques-uns seulement des héritiers du mari ont figuré dans l'instance en désaveu, quelle que soit la décision judiciaire obtenue, eux seuls pourront s'en prévaloir, et elle ne sera opposable qu'à eux, conformément à la règle *Res inter alios judicata aliis neque nocere neque prodesse potest* (arg. art. 1351). Il faut donner une solution analogue pour le cas où l'action en désaveu aurait été intentée par le mari contre quelques-uns seulement des héritiers de l'enfant.

§ III. De l'action en contestation de légitimité.

848. L'action en désaveu, dont nous venons de nous occuper, ne s'applique qu'à un enfant qui peut invoquer la présomption *Pater is est...*, puisqu'elle a pour but de faire tomber l'autorité de cette présomption. L'action en contestation de légitimité, au contraire, est dirigée contre un enfant qui n'est pas né sous la protection de la règle *Pater is est...* C'est celle par laquelle on soutient qu'un enfant n'est pas légitime, parce que sa naissance ou sa conception se place en dehors du mariage, ou parce que sa mère n'était pas mariée. L'action en contestation de légitimité suppose d'ailleurs, comme l'action en désaveu, la filiation de l'enfant établie par rapport à sa mère.

L'action en désaveu et celle en contestation de légitimité sont, *lato sensu*, des actions *en contestation d'état*. Toutefois cette dernière expression est plus spécialement employée pour désigner l'action par laquelle on conteste la filiation maternelle de l'enfant, c'est-à-dire soit l'accouchement de la femme qu'il prétend être sa mère, soit son identité avec l'enfant dont elle est accouchée.

849. C'est de l'action en contestation de légitimité que s'occupe l'art. 315, ainsi conçu : « *La légitimité de l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage pourra être contestée* ».

La durée la plus longue de la gestation étant, d'après la présomption de la loi, de trois cents jours (arg. art. 312), la conception de l'enfant qui naît après le 300^e jour depuis la dissolution du mariage, se place en dehors du mariage. Il semble alors que cet enfant aurait dû être déclaré de plein droit illégitime. Telle était, en effet la pensée du tribunal, qui proposait cette rédaction : « La loi ne reconnaît pas la légitimité de l'enfant né 301 jours après la dissolution du mariage ». Mais cette proposition ne fut pas admise par le conseil d'Etat. Pourquoi déclarer de plein droit l'enfant illégitime, quand sa légitimité ne fait ombre à personne, nul ne la contestant ? « Tout intérêt particulier, dit le tribun Duveyrier, ne peut être combattu que par un intérêt contraire... ; si l'état de l'enfant n'est point attaqué, il reste à l'abri du silence que personne n'est intéressé à rompre ».

850. La légitimité d'un enfant né après le 300^e jour depuis la dissolution du mariage est contestée par ses adversaires. Cet enfant doit-il nécessairement être déclaré illégitime ? ou bien le juge peut-il, si des circonstances extraordinaires paraissent expliquer la tardiveté de sa naissance, le considérer comme conçu avant la dissolution du mariage, et par suite le déclarer légitime ? La doctrine adopte en général le premier sentiment. Quand l'art. 315 dit que la légitimité de l'enfant dont il s'agit *pourra être contestée*, le mot *contestée* est synonyme de *déniée*, et le mot *pourra* indique une faculté pour les adversaires de l'enfant de dénier sa légitimité, mais non une faculté pour le juge de faire droit à leur prétention ou de la repousser. On rencontre des expressions analogues dans les art. 312 et 313 : « Le mari... *pourra* désavouer l'enfant... », et, de l'avis à peu près unanime des auteurs, le mot *pourra* indique ici une faculté pour le mari d'intenter l'action en désaveu, mais non une faculté pour le juge de la rejeter, sous prétexte que la conception de l'enfant pourrait remonter à une époque antérieure au 300^e jour avant sa naissance. D'ailleurs il résulte de la discussion au conseil d'Etat et des discours des orateurs du gouvernement et du tribunal que le législateur, en déterminant les limites extrêmes de la gestation, s'est principalement proposé de supprimer en cette matière l'arbitraire du juge, qui avait donné lieu dans notre ancien droit à tant de décisions scandaleuses. Or on le fait renaitre avec tous ses inconvénients, si on admet que le juge n'est pas obligé, sur la demande des intéressés, de déclarer illégitime l'enfant né plus de 300 jours après la dissolution du mariage, car alors où sera la limite ? — La jurisprudence est incertaine ; elle offre peu de monuments sur la question.

851. Il résulte par argument *a contrario* de l'art. 315 que la légitimité de l'enfant, né le trois centième jour au plus tard après la dissolution du mariage, ne peut pas être utilement contestée pour cause de naissance tardive. Et toutefois il faut excepter le cas où une veuve étant accouchée d'un premier enfant peu de temps après la mort de son mari, en mettrait un autre au monde dans les trois cents jours de la dissolution du mariage. Il est bien évident que ce dernier enfant ne peut pas appartenir au mari décédé, et la présomption légale qui pourrait le lui attribuer doit être rejetée comme conduisant à une énormité.

852. A qui appartient l'action en contestation de légitimité ? La loi garde le silence sur ce point, c'est donc le droit commun qui

doit être appliqué. Or il conduit à décider que l'action appartient à toute personne intéressée, c'est-à-dire à toute personne ayant un intérêt pécuniaire *né et actuel* à contester la légitimité de l'enfant. Citons notamment :

1° Le mari lui-même, au cas de divorce. Il peut, le cas échéant, contester la légitimité de l'enfant né de sa femme trois cents jours après le divorce légalement prononcé (*supra* n. 829);

2° Les héritiers du mari, au cas où l'enfant élèverait des prétentions à la succession du mari;

3° Les héritiers de la mère, en vue de réduire l'enfant dans la succession maternelle aux droits d'un enfant naturel, droits qui sont beaucoup moins étendus que ceux d'un enfant légitime (art. 757 et s.);

4° La mère elle-même, si elle a un intérêt pécuniaire né et actuel. C'est ce qui arriverait notamment dans l'espèce suivante : Un mari meurt sans enfants, laissant un testament par lequel il institue sa femme légataire universelle; plus de trois cents jours après son décès, sa veuve devient mère; un jour l'enfant se prétend légitime, et réclame à ce titre ses droits dans la succession paternelle. La mère pourra repousser cette demande en opposant l'illégitimité du réclamant;

5° Enfin l'enfant lui-même aurait le droit d'opposer son illégitimité, dans les cas où son intérêt l'exigerait, par exemple pour faire déclarer non recevable une demande d'aliments, formée contre lui par les ascendants de sa mère. Cpr. *supra*, n. 596 al. antép.

L'action en contestation de légitimité n'appartenant qu'à ceux qui ont un intérêt pécuniaire né et actuel à contester la légitimité de l'enfant, il faut en conclure que cette action ne doit être envisagée que comme l'auxiliaire d'un intérêt pécuniaire, et que par suite sa durée se mesurera exactement sur celle de l'intérêt pécuniaire auquel elle se rattache. L'extinction de ce dernier, notamment par la prescription, entraînerait donc l'extinction de l'action en contestation de légitimité.

Mais si l'action en contestation de légitimité est prescriptible, comme l'intérêt pécuniaire dont elle est le soutien, l'action en réclamation d'état au contraire est imprescriptible à l'égard de l'enfant (art. 328). L'enfant pourrait donc, même après trente ans, exercer une action tendant à faire reconnaître sa légitimité, et alors bien évidemment ceux contre lesquels il intente l'action seraient reçus à contester sa légitimité; car, tant qu'une action peut être exercée, il faut que celui contre qui elle est dirigée puisse contredire la prétention du demandeur.

853. Différences entre l'action en désaveu et l'action en contestation de légitimité. — L'indication de ces différences va nous permettre de résumer ce que nous avons dit relativement à ces deux actions.

1° L'action en désaveu est dirigée contre un enfant qui est né sous la protection de la maxime *Pater is est quem nuptiæ demons-*

trant; elle tend donc à chasser de la famille un enfant qui y est entré. L'action en contestation de légitimité a pour but, au contraire, d'interdire l'entrée de la famille à un enfant qui veut s'y introduire, car elle s'applique à un enfant qui ne peut pas invoquer la présomption *Pater is est...*

2° L'action en désaveu n'appartient qu'à certaines personnes limitativement déterminées par la loi, c'est-à-dire au mari et à ses héritiers. L'action en contestation de légitimité appartient à tout intéressé.

3° L'action en désaveu doit être exercée dans les délais très brefs déterminés par les art. 316 à 318; tandis que l'action en contestation de légitimité reste soumise au droit commun en ce qui concerne le délai dans lequel elle doit être intentée.

* Les mots *réclamer, réclamation, contester la légitimité*, qu'on trouve dans les art. 316 et 317 pourraient faire croire, au premier abord, que ces textes sont applicables à l'action en contestation de légitimité; mais l'art. 318 prouve d'une manière péremptoire qu'ils sont exclusivement écrits en vue de l'action en désaveu. C'est donc, ainsi que nous venons de le dire, le droit commun qui devra être appliqué en ce qui concerne la durée du délai pendant lequel la légitimité peut être contestée. On se trouve ainsi conduit à décider que, si la légitimité est contestée par voie d'action, comme il arriva par exemple lorsque l'enfant sera en possession des biens du mari et que les héritiers de celui-ci voudront en obtenir la restitution, l'action pourra être exercée tant que subsistera l'intérêt pécuniaire dont elle doit assurer le triomphe. Si au contraire la contestation de légitimité est opposée par voie d'exception à une action en réclamation d'état intentée par l'enfant, elle sera possible à quelque époque que l'enfant intente son action: ce qui pourra avoir lieu même après trente ans, puisque l'action en réclamation d'état est imprescriptible à l'égard de l'enfant (art. 328).

CHAPITRE II

DES PREUVES DE LA FILIATION DES ENFANTS LÉGITIMES

853 bis. La loi s'occupe dans ce chapitre: 1° des divers modes de preuve de la filiation légitime (art. 319 à 325); 2° des actions en réclamation et en contestation d'état (art. 326 à 330). Nous traiterons ces matières dans deux paragraphes.

§ I. *Des divers modes de preuve de la filiation légitime.*

854. On sait que l'enfant qui se dit légitime doit prouver: 1° le mariage de sa mère; 2° sa conception ou au moins sa naissance pendant ledit mariage; 3° sa filiation maternelle; 4° sa filiation paternelle (*supra* n. 814). Nous savons comment se prouvent le mariage (art. 194 et s.) et la conception pendant le mariage (art. 312 et s.). Quant à la filiation paternelle, nous avons vu qu'elle n'est pas susceptible d'une preuve directe, aussi la loi la fait-elle

résulter d'une présomption. Mais cette présomption ne peut profiter, bien évidemment, qu'à l'enfant dont la filiation maternelle est établie. Comment fera-t-il, en cas de contestation, la preuve de cette filiation? Telle est la question que le législateur résout dans notre chapitre intitulé : « De la preuve de la filiation *des enfants légitimes* » ; lisez *des enfants qui se prétendent légitimes, car l'enfant n'est pas légitime quand sa filiation n'est pas encore prouvée.*

On pourrait formuler une autre critique au sujet de cet intitulé. Les termes généraux dans lesquels il est conçu donneraient à penser que le chapitre est consacré à la preuve de la filiation paternelle et de la filiation maternelle tout à la fois ; or le législateur ne traite ici que de la filiation maternelle : il s'est occupé de la filiation paternelle dans le chapitre précédent. Toutefois, comme, d'une part, la preuve de la filiation maternelle conduit à celle de la filiation paternelle pour les enfants qui se prétendent légitimes, puisque, la première étant prouvée, la seconde se présume, et comme, d'autre part, parmi les modes de preuve dont le législateur s'occupe ici, il y en a un, la preuve par la possession d'état, qui peut être considéré comme prouvant la paternité aussi bien que la maternité, et un autre, la preuve testimoniale, qui pourra quelquefois conduire à la preuve plus ou moins directe de la paternité, somme toute, la généralité des termes de la rubrique peut paraître suffisamment justifiée. — Il y a un reproche plus grave à adresser au législateur : c'est d'avoir traité de la filiation paternelle (chapitre I) avant de s'être occupé de la filiation maternelle. Puisque la filiation paternelle s'induit d'une présomption établie par la loi au profit de l'enfant dont la filiation maternelle est prouvée, l'ordre logique des idées commandait de s'occuper d'abord de celle-ci.

855. La loi a rendu la preuve de la filiation légitime plus facile que celle de la filiation illégitime. En d'autres termes, quand l'enfant qui veut établir sa filiation prétend être légitime, la loi est plus disposée à écouter sa prétention que lorsqu'il se dit illégitime ; elle autorise en effet trois modes de preuve de la filiation légitime, savoir : l'acte de naissance, la possession d'état et la preuve testimoniale ; tandis qu'elle n'en admet que deux pour la filiation illégitime : l'acte de reconnaissance et exceptionnellement la preuve testimoniale, quand elle n'interdit pas complètement la preuve de cette filiation. Il y a deux raisons de cette préférence. D'abord la filiation légitime est le fondement de la société, tandis que la filiation illégitime est une des causes qui la ruinent. D'un autre côté, l'action qui tend à établir une filiation et par suite une paternité ou une maternité légitimes, ne porte aucune atteinte à l'honneur de ceux contre qui elle est dirigée, tandis qu'il en est autrement de l'action qui tend à établir une filiation illégitime. A ce double point de vue, le législateur devait se montrer plus sympathique à la cause des enfants légitimes qu'à celle des enfants naturels.

Mais alors n'est-il pas à craindre que l'enfant, qui sait être illégitime et qui veut prouver sa filiation, ne s'annonce comme étant un enfant légitime, et qu'il n'arrive ainsi à usurper un mode de preuve réservé à la filiation légitime ? Non ; car il ne suffit pas au réclamant de se dire légitime pour être admis à user des modes de preuve réservés à la filiation légitime : il faut qu'il y ait en sa faveur une présomption de légitimité ; or cette présomption n'existe qu'autant que l'enfant prouve le mariage de la femme qu'il prétend être sa mère et sa conception ou tout au moins sa naissance pendant le mariage.

855 bis. Ces préliminaires posés, étudions successivement les trois modes de preuve admis pour la filiation légitime, savoir : 1° l'acte de naissance ; 2° la possession d'état ; 3° la preuve par témoins.

I. *Preuve par l'acte de naissance.*

856. « *La filiation des enfants légitimes se prouve par les actes de naissance inscrits sur le registre de l'état civil* » (art. 319).

L'acte de naissance est le mode de preuve régulier et normal de la filiation légitime. C'est le « passeport que la loi délivre à chacun de nous lors de son entrée dans la société civile », ainsi que l'a dit le tribun Lahary.

L'acte de naissance d'un enfant légitime prouve sa naissance et sa filiation maternelle.

Sa naissance, c'est-à-dire le fait de son entrée dans le monde.

Sa filiation maternelle, c'est-à-dire sa naissance *de telle femme*.

La filiation maternelle une fois prouvée par l'acte de naissance, la filiation paternelle se trouve par cela même établie, en vertu de la règle *Pater is est quem nuptiæ demonstrant* (art. 312), sauf désaveu du mari. On s'explique ainsi, d'une part, comment l'art. 319 a pu dire que l'acte de naissance prouve la *filiation* des enfants légitimes (ce qui semble comprendre la filiation paternelle et la filiation maternelle tout à la fois), et, d'autre part, comment l'art. 57 a pu exiger dans l'acte de naissance l'indication, non seulement du nom de la mère, mais aussi de celui du père, bien que l'acte de naissance ne prouve et n'ait pour but de prouver que la filiation maternelle.

857. L'acte de naissance n'étant pas destiné à prouver la filiation paternelle, il en résulte que les omissions, ou les indications contraires à la présomption de la loi, qu'il pourrait contenir au sujet de cette filiation, ne tireraient pas à conséquence. Ainsi l'acte de naissance n'indique pas, comme le veut l'art. 57, le nom du père. Il n'importe, la présomption *Pater is est...* suppléera à cette lacune. Ou bien l'acte de naissance assigne à l'enfant un père autre que le mari de sa mère. Peu importe encore : c'est là une indication contraire à la loi, due le plus souvent à la malveillance du déclarant — une sage-femme peut-être — que l'officier de l'état civil aurait dû ne pas mentionner dans l'acte et qui ne doit pas nuire à l'enfant. La présomption de la loi a plus d'autorité que les dires des déclarants, et d'ailleurs ceux-ci ne peuvent pas être les arbitres du sort de l'enfant. Tout cela résulte de l'art. 323, qui ne considère le titre (acte de naissance) comme insuffisant pour établir la filiation de l'enfant et n'oblige celui-ci à avoir recours à la preuve testimoniale que lorsqu'il a été inscrit sous de *faux noms* (ce pluriel exclut le cas où, le nom du père étant faussement indiqué, celui de la mère le serait d'une manière exacte), ou comme né « de père et mère inconnus », ce qui exclut le cas où l'acte de naissance déclare seulement l'enfant né d'un père inconnu.

L'acte de naissance n'est pas non plus destiné à fournir la preuve du mariage. Il importerait donc peu, si la mère est réellement mariée, que l'acte de naissance contint à cet égard des indications inexactes, en la désignant comme fille ou comme veuve, ou à plus forte raison en la désignant sous son nom de fille, sans dire si elle est ou non mariée.

858. Bien entendu, pour que l'acte de naissance dont je produis un extrait prouve ma filiation, il doit être constant que cet acte de naissance est le mien, c'est-à-dire que je suis la personne même en

vue de laquelle cet acte a été dressé ; autrement je pourrais facilement usurper la filiation qui vous appartient, en me faisant délivrer un extrait de votre acte de naissance. En cas de contestation, je devrais donc, conformément aux règles du droit commun, prouver mon *identité*, c'est-à-dire démontrer que je suis identiquement la personne même à laquelle s'applique l'acte de naissance dont je me prévaux.

Cette preuve pourra être faite par la possession d'état, et à défaut par témoins ; car la preuve testimoniale est admise, quel que soit l'intérêt engagé, pour prouver de simples faits qui par eux-mêmes ne produisent ni droit ni obligation.

* Toutefois la jurisprudence n'admet le réclamant à faire par témoins la preuve de son identité qu'autant qu'il possède un commencement de preuve par écrit. Elle fonde cette exigence sur l'art. 323. Mais on ne saurait, à notre avis, faire une plus fausse application de ce texte. L'art. 323 n'est relatif qu'au cas où l'enfant veut faire la preuve de sa *filiation* par témoins ; or, dans notre hypothèse, ce n'est pas sa filiation que l'enfant demande à prouver, mais bien son identité. Appliquer ici l'art. 323, c'est confondre la preuve de l'identité avec celle de la filiation. Où est le danger d'ailleurs d'admettre la preuve testimoniale toute nue dans l'espèce dont il s'agit ? L'acte de naissance, que présente le réclamant pour établir sa filiation, constate que telle femme a mis au monde un enfant légitime. Si le réclamant n'est pas, comme il le prétend, l'enfant auquel cet acte s'applique, et s'il fait entendre de faux témoins à l'appui de sa prétention, sera-t-il bien difficile à ses adversaires de le convaincre d'imposture ? Il y a eu un enfant légitime, c'est un fait constant. Qu'est-il devenu ? Les parents doivent le savoir. S'il est mort, ils présenteront son acte de décès ; et s'il est vivant, ils le désigneront et prouveront que c'est à lui que l'acte de naissance s'applique.

859. L'acte de naissance ne prouve la filiation légitime qu'autant qu'il est « inscrit sur le registre de l'état civil » (art. 319). Donc un acte inscrit sur une feuille volante n'aurait aucune force probante en ce qui concerne la filiation.

II. *Preuve par la possession d'état.*

860. « *A défaut de ce titre, la possession constante de l'état d'enfant légitime suffit* ». Ainsi s'exprime l'art. 320.

La rédaction primitive de ce texte portait : « *Si les registres sont perdus ou s'il n'en a pas été tenu, la possession constante de l'état d'enfant légitime suffit* ». C'était dire en d'autres termes que l'enfant n'était autorisé à faire la preuve de sa filiation par la possession d'état que lorsqu'il se trouvait dans l'un des cas prévus par l'art. 46. Mais on fit remarquer qu'il y a d'autres cas encore dans lesquels il est impossible à l'enfant de rapporter son titre, par exemple celui où, les registres de l'état civil ayant été régulièrement tenus, sa naissance n'aurait pas été déclarée à l'officier de l'état civil, qui, par suite, n'en aurait pas dressé acte. Aussi remplaça-t-on les mots : « *Si les registres sont perdus ou s'il n'en a point été tenu* » par ceux-ci qui sont beaucoup plus généraux : « *A défaut de ce titre* ». L'enfant légitime peut donc faire preuve de sa filiation par la possession d'état toutes les fois qu'il n'a pas de titre, quelle qu'en soit la cause, et sans être obligé de démontrer l'existence de cette cause ni même de l'indiquer. En un mot il suffit à l'enfant, qui veut prouver sa filiation légitime par la possession d'état de dire : Je n'ai pas de titre. Sauf à ses adversaires à prouver qu'il en existe un et qu'il est contraire à sa prétention : ce qui rendrait inutile la preuve que l'enfant voudrait faire de sa possession d'état ; car, en cas de contradiction entre le titre et la possession d'état, c'est le titre qui l'emporte, la loi ne

reconnaissant à la possession d'état la vertu de prouver la filiation légitime qu'à défaut de titre.

861. La possession d'état d'enfant légitime consiste dans la jouissance de l'état, de la qualité d'enfant légitime et des prérogatives attachées à ce titre. A la possession d'état d'enfant légitime celui qui, en fait, se comporte comme enfant légitime et est considéré comme tel dans la famille et dans le public. Mais comment cela peut-il prouver que l'enfant soit véritablement légitime? Le droit est ordinairement d'accord avec le fait, et c'est pourquoi la loi conclut volontiers du fait au droit. Quand un enfant a été traité comme légitime par ses père et mère, quand il a été accepté comme tel par la famille, intéressée à méconnaître sa légitimité, quand le public enfin, se faisant l'écho de la voix des père et mère et de celle de la famille, a toujours reconnu à l'enfant la qualité de légitime, toutes les apparences sont pour lui; et comme il y a toutes chances que ces apparences soient conformes à la réalité, la loi, s'associant à l'opinion de la famille et à celle du public, proclame à son tour la légitimité de l'enfant.

862. Les explications qui viennent d'être fournies ont indiqué par avance quels sont les principaux faits d'où résulte la possession d'état. L'art. 321 dit à ce sujet : « *La possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la famille à laquelle il prétend appartenir. — Les principaux de ces faits sont : — Que l'individu a toujours porté le nom du père auquel il prétend appartenir ; — Que le père l'a traité comme son enfant, et a pourvu, en cette qualité, à son éducation, à son entretien et à son établissement ; — Qu'il a été reconnu constamment pour tel dans la société ; — Qu'il a été reconnu pour tel dans la famille* ».

La doctrine a condensé depuis longtemps tous les faits dont parle notre article dans trois mots : *nomen, tractatus, fama*.

Nomen : « Que l'individu a toujours porté le nom du père auquel il prétend appartenir ».

Tractatus : « Que le père l'a traité comme son enfant, et a pourvu en cette qualité, à son éducation, à son entretien et à son établissement ».

Fama : « Qu'il a été reconnu constamment pour tel dans la société ; — Qu'il a été reconnu pour tel par la famille ». C'est la commune renommée.

Ce sont là, dit notre article, les *principaux* faits qui constituent la possession d'état. Le réclamant peut donc en invoquer d'autres. D'un autre côté, il n'est pas nécessaire que tous ces faits se trouvent réunis, pour qu'il y ait possession d'état; la loi paraît laisser à

cet égard une certaine latitude au juge, puisqu'elle dit que « La possession d'état s'établit par une réunion *suffisante* de faits qui indiquent... »

Conformément à la maxime *Probatio incumbit ei qui agit*, c'est au réclamant qui invoque la possession d'état de prouver les différents faits d'où il prétend la faire résulter. Cette preuve peut être faite par témoins : c'est le droit commun pour tous les faits matériels, qui par eux-mêmes n'engendrent ni droit ni obligation. D'ailleurs la preuve testimoniale n'offre pas ici de dangers; car il s'agit de faits extrêmement notoires, et le témoin qui viendrait mentir à la justice trouverait à l'instant même cent contradicteurs. Les adversaires de l'enfant ont en effet le droit de faire entendre eux aussi des témoins pour contredire les assertions de ceux qui viennent déposer en faveur de l'enfant. C'est de bonne guerre : l'enquête appelle la contre-enquête (C. pr., art. 256).

863. Caractères que doit présenter la possession d'état invoquée comme moyen de preuve de la légitimité. — Elle doit : 1° être constante; 2° exister simultanément et indivisément à l'égard du père et à l'égard de la mère.

Nous disons d'abord que la possession d'état doit être *constante* (art. 320); c'est-à-dire *continue, sans lacunes*. « La possession d'état, dit Demante, doit avoir un caractère de fixité et de continuité qui remonte jusqu'à la naissance ». Ainsi la possession d'état d'enfant légitime ne serait pas constante, si l'enfant avait été considéré et traité comme enfant naturel pendant les premières années de son existence, et ensuite comme enfant légitime.

En second lieu, la possession d'état doit exister simultanément et indivisément à l'égard du père et à l'égard de la mère. — L'art. 321 dit en effet que « La possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation et de parenté » entre un individu et la *famille* à laquelle il prétend appartenir ». Il faut donc que les faits articulés par le réclamant prouvent qu'il appartient à « la famille » : ce qui n'est possible qu'autant que sa filiation est établie par rapport à son père et à sa mère tout à la fois. D'ailleurs c'est la possession d'état « d'enfant légitime » (art. 320) que le réclamant doit démontrer; or qui dit *enfant légitime* dit enfant issu d'une femme mariée et de son mari. On ne peut donc pas avoir la possession d'état d'enfant légitime par rapport à l'un des époux sans l'avoir par rapport à l'autre; on ne peut passer pour enfant légitime de telle femme qui est mariée, sans passer pour enfant légitime de son mari, ni réciproquement. Et si l'art. 321 ne mentionne que des faits de possession relatifs au père, ce n'est pas assurément pour exclure ceux relatifs à la mère, mais bien parce que les faits qui établissent la possession d'état à l'égard du père l'établiront aussi à l'égard de la mère.

864. La possession d'état d'enfant légitime prouve à la fois la filiation maternelle, la filiation paternelle et la légitimité de l'enfant. Elle est donc plus puissante que l'acte de naissance, qui ne prouve (outre le fait de la naissance) que la filiation maternelle.

De là résulte une conséquence importante : Quand un enfant qui se prétend légitime établit sa filiation maternelle par son acte de naissance, la paternité du mari n'étant pas prouvée par cet acte, mais seulement *présumée* en vertu de la règle *Pater is est...*, le mari peut échapper à cette présomption en désavouant l'enfant, s'il est dans un des cas où la loi admet le désaveu. Au contraire, quand un enfant légitime a prouvé sa filiation par la possession d'état, cette preuve établissant directement sa filiation paternelle aussi bien que sa filiation maternelle, le mari ne peut pas le désavouer. En effet l'action en désaveu suppose que la paternité est établie par la présomption *Pater is est...*, qu'elle a pour objet de faire tomber; or ici l'enfant n'invoque pas cette présomption; donc il ne peut être question pour le mari de la renverser. D'ailleurs, les faits mêmes, dont l'enfant doit faire la preuve pour établir sa possession d'état, impliquent un aveu de paternité de la part du mari et par suite une renonciation à l'action en désaveu.

865. La possession d'état, qui peut suppléer l'acte de naissance

pour prouver la filiation légitime, ne peut pas en principe suppléer l'acte de mariage pour prouver le mariage. Il y a plusieurs raisons de cette différence. D'abord un enfant n'a pu surveiller ni la rédaction de son acte de naissance ni l'inscription de cet acte sur les registres de l'état civil, et on ne saurait par suite le rendre responsable de la négligence ou de la fraude par suite de laquelle cet acte n'a pas été dressé ou inscrit. On peut au contraire sans injustice rendre les époux responsables de l'absence de leur acte de mariage, parce qu'ils ont pu veiller à ce que cet acte fût régulièrement dressé et inscrit sur les registres de l'état civil. D'autre part les époux ne peuvent ignorer la commune dans laquelle leur mariage a été célébré; il leur sera donc facile de rapporter l'acte de célébration, s'il a été dressé. Au contraire un enfant peut fort bien, surtout après la mort de ses père et mère, ignorer la commune dans laquelle il est né, et se trouver par suite dans l'impossibilité de représenter son acte de naissance. Enfin la possession d'état d'époux légitimes est l'œuvre des époux prétendus : c'est parce qu'ils se sont comportés et traités comme époux que la famille d'abord et le public ensuite leur ont reconnu cette qualité; accepter la possession d'état comme preuve du mariage, ce serait donc admettre une preuve fabriquée de toutes pièces par les intéressés. Au contraire la possession d'état d'enfant légitime n'est pas l'œuvre de l'enfant, mais bien de sa famille, c'est-à-dire de ceux qui seraient intéressés à contester son état; il n'y avait donc pas de motif pour lui interdire ce genre de preuve; bien au contraire.

866. En cas de collision entre le titre et la possession d'état, c'est le titre qui l'emporte (arg. art. 320). Mais quand le titre et la possession d'état concourent, c'est-à-dire quand ils donnent à l'enfant la même filiation, ils se prêtent un mutuel appui; la possession d'état fortifie alors le titre, et l'état de l'enfant se trouve assis sur une base inébranlable. C'est ce qui résulte de l'art. 322, ainsi conçu : « *Nul ne peut réclamer un état contraire à celui que lui donnent son titre de naissance et la possession conforme à ce titre; — Et réciproquement, nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son titre de naissance* ».

Ainsi l'état d'un enfant n'est pas irrévocablement fixé, quand il n'est prouvé que par « son titre de naissance » (acte de naissance), ou quand il ne repose que sur la possession d'état; mais il devient inattaquable, quand il est assis sur la double base de l'acte de naissance et de la possession d'état. Ce n'est pas que la preuve résultant du titre et de la possession conforme soit infaillible. Ainsi il

peut arriver que deux époux qui n'ont jamais eu d'enfant s'en procurent un, et le présentent comme étant le fruit de leurs œuvres à l'officier de l'état civil qui l'inscrira sous leurs noms; puis, cette fraude une fois commise, qu'ils élèvent l'enfant comme leur appartenant : auquel cas l'enfant ayant un titre et une possession conforme se trouvera avoir un état mensonger que ni lui ni personne ne pourra contester. Mais ce sera là un fait infiniment rare, et, dans l'intérêt du repos des familles, la loi a cru devoir accorder à la preuve résultant du titre et de la possession conforme une autorité irréfragable. D'ailleurs, si le législateur avait admis ici la preuve contraire, elle aurait dû nécessairement être faite par témoins, et c'eût été, comme le dit fort bien M. Laurent, préférer à deux preuves sûres (le titre et la possession) une troisième preuve très chanceuse.

Pour que l'art. 322 reçoive son application, il faut qu'il y ait identité entre la personne à laquelle s'applique le titre et celle à laquelle s'applique la possession d'état. C'est ce qui arrive dans l'espèce que nous venons de proposer. Il n'en serait plus de même, si l'on offrait de prouver que, depuis la rédaction de l'acte de naissance, il y a eu substitution d'enfant; alors l'action en contestation d'état serait recevable; car, la substitution une fois établie, il sera certain que l'acte de naissance ne s'applique pas à celui qui a la possession d'état et que par suite il n'a pas un titre et une possession conformes. Paris, 31 juillet 1890, S., 92. 2. 302, D., 91. 2. 129, et la note de M. de Loynes.

Au surplus, l'art. 322 ne signifie pas que la légitimité de celui qui a un titre et une possession d'état conforme ne puisse jamais être contestée, mais seulement qu'elle ne peut pas l'être sur ce fondement que sa filiation est mensongère. Il est certain que la légitimité de celui qui a un titre et une possession d'état conforme pourrait être contestée sur ce fondement que ses père et mère n'ont jamais été mariés, ou qu'il est né trois cents jours après la dissolution du mariage (art. 315).

III. Preuve par témoins.

867. Dans quel cas ce mode de preuve est admis. — Aux termes de l'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 la filiation peut se faire par témoins. — Néanmoins cette preuve ne peut être admise que lorsqu'il y a commencement de preuve par écrit, ou lorsque les présomptions ou indices résultant de faits dès lors constants sont assez graves pour déterminer l'admission* ».

De cet article, combiné avec le précédent, il résulte que la preuve testimoniale est admissible pour établir la filiation légitime dans quatre cas :

1° *Quand l'enfant a une possession d'état sans titre* (arg. art. 322 al. 1). — L'enfant peut alors soutenir que la filiation qui lui est attribuée par sa possession d'état est mensongère, et prouver par témoins sa véritable filiation.

2° *Quand il a un titre sans possession d'état.* — L'enfant peut alors prouver sa véritable filiation par témoins, après avoir préalablement démontré qu'il « a été inscrit, soit sous de faux noms, soit comme né de père et mère inconnus ».

— *Sous de faux noms.* Ce qui s'appliquerait, soit à l'inscription sous des noms imaginaires, soit à l'inscription sous le nom de personnes déterminées que l'enfant prétendrait n'être pas ses père et mère véritables.

— *Comme né de père et mère inconnus.* Dans ce cas l'acte de naissance de l'enfant n'indique à vrai dire aucune filiation.

3° *Quand l'enfant a un titre et une possession contradictoires* (arg. art. 323 cbn. 322 al. 1).

En pareil cas l'enfant a, jusqu'à preuve contraire, la filiation que lui donne son titre ; car, en cas de collision, le titre l'emporte sur la possession d'état. Mais il peut prouver que la filiation résultant de son titre est mensongère, qu'il a été inscrit sous de faux noms, et établir par témoins sa véritable filiation, soit celle que lui donne sa possession d'état, soit une autre.

4° *Quand l'enfant n'a ni titre ni possession d'état.* — La loi dit : « A défaut de titre et de possession constante... »

Peu importe d'ailleurs la cause pour laquelle l'enfant se trouve privé de son titre, soit qu'il ignore le lieu de sa naissance et qu'il ne sache par suite où trouver son acte de naissance, soit que cet acte n'ait jamais été dressé, soit enfin que les registres sur lesquels était inscrit son acte de naissance aient été perdus ou détruits, cas prévus par l'art. 46. Seulement, dans cette dernière hypothèse l'enfant n'aura pas besoin de commencement de preuve par écrit : c'est le seul moyen de concilier l'art. 323 avec l'art. 46. — L'enfant, qui demande à faire la preuve de sa filiation par témoins à défaut de titre, n'est même pas obligé d'indiquer la cause pour laquelle il ne peut rapporter son titre.

868. Conditions requises pour l'admission de la preuve testimoniale dans les quatre cas ci-dessus. — La loi se défie partout de la preuve testimoniale, mais surtout en matière de filiation, à raison soit de la gravité des intérêts engagés, soit des facilités particulières que rencontre ici le faux témoignage, vu la difficulté de convaincre les témoins d'imposture. Il fallait garantir les familles contre les entreprises d'audacieux intriguants qui n'auraient pas craint de suborner des témoins pour se faire attribuer une filiation mensongère. Aussi le législateur a-t-il soumis en cette matière l'admission de la preuve testimoniale à de sévères restrictions. L'enfant ne sera reçu à prouver sa filiation par témoins qu'autant que sa prétention sera rendue vraisemblable, soit par un commencement de preuve par écrit, soit par des présomptions ou indices graves résultant de faits *dès lors constants* (art. 323 al. 2).

869. Un commencement de preuve par écrit résulte d'un écrit qui, sans prouver complètement la prétention du demandeur, la rend cependant vraisemblable. L'art. 324 indique quels écrits peuvent fournir ici ce commencement de preuve : « *Le commencement de preuve par écrit résulte des titres de famille, des registres et*

» *papiers domestiques du père ou de la mère, des actes publics et*
 » *même privés, émanés d'une partie engagée dans la contestation,*
 » *ou qui y aurait intérêt si elle était vivante* ».

— *Des titres de famille, des registres et papiers domestiques DU PÈRE OU DE LA MÈRE.* La loi ne distingue pas s'ils sont vivants ou décédés, parties ou non au procès.

— *Des ACTES publics et MÊME PRIVÉS.* Des lettres missives, émanées de l'une des personnes dont parle l'article, par exemple de la mère, pourraient être invoquées comme commencement de preuve par écrit, bien qu'une lettre missive ne soit pas un *acte* à proprement parler. Toutefois les lettres missives ne peuvent en aucun cas être produites en justice sans le consentement du destinataire; car elles sont sa propriété, et il peut tenir à ce qu'elles ne soient pas divulguées. La jurisprudence est d'accord avec la doctrine sur ces deux points.

— *Emanés d'une partie engagée dans la contestation OU QUI Y AURAIT INTÉRÊT SI ELLE ÉTAIT VIVANTE.* Telle serait une lettre émanée d'un enfant, aujourd'hui décédé, de l'homme et de la femme que le réclamant désigne comme ses père et mère. Si cet enfant, dont le réclamant se dit le frère, était vivant, il aurait intérêt à contester la prétention du nouveau venu qui veut s'introduire dans la famille; son témoignage ne peut donc pas être suspect. De plus, l'acte dont il s'agit étant antérieur à l'époque où le procès a été engagé, on ne peut guère supposer qu'il ait été fait pour le besoin de la cause.

* Si l'on compare l'art. 324 avec l'art. 1347 qui contient les règles du droit commun en ce qui concerne le commencement de preuve par écrit, requis pour l'admission de la preuve testimoniale en matière excédant 150 francs, on voit que, d'après l'art. 1347, le commencement de preuve par écrit ne peut résulter que d'un acte écrit émané du défendeur ou de celui qu'il représente, tandis qu'en matière de filiation légitime il peut résulter aussi d'actes émanés d'une personne, appelée ici improprement *partie*, qui n'est point engagée dans la contestation, mais qui y aurait intérêt si elle était vivante. On voit en outre que la loi admet ici comme équivalant au commencement de preuve par écrit les présomptions ou indices graves résultant de faits dès lors constants, tandis que l'art. 1347 repousse ce tempérament. On voit enfin qu'en matière ordinaire, les simples présomptions peuvent être considérées par le juge comme fournissant une preuve complète dans tous les cas où la preuve testimoniale est admissible (arg. art. 1353), tandis qu'en matière de filiation légitime les présomptions ne peuvent servir qu'à faire admettre la preuve testimoniale, sans pouvoir, par elles-mêmes et par elles seules, faire preuve complète de la filiation.

869 bis. Le commencement de preuve par écrit peut être remplacé, à l'effet de donner passage à la preuve testimoniale, par des présomptions ou indices graves résultant de faits *dès lors constants*, c'est-à-dire établis autrement que par la preuve testimoniale, par exemple par l'aveu des adversaires de l'enfant. Ainsi l'enfant vient dire à sa mère : « Vous m'avez abandonné sur la voie publique, après m'avoir fait une marque; cette marque, je la porte, la voilà ». Et la mère avoue le fait. Ou bien encore il existe une ressemblance frappante entre le réclamant et la femme qu'il désigne comme étant sa mère... C'est d'ailleurs une question de fait, à résoudre par le juge, que celle de savoir si les présomptions ou indices fournis par l'enfant ont assez de gravité pour déterminer l'admission de la preuve testimoniale.

Le projet exigeait dans tous les cas un commencement de preuve par écrit. Considérée comme trop rigoureuse, cette disposition fut

tempérée par l'admission, à titre d'équivalent, des présomptions ou indices dont nous venons de parler.

870. L'enfant qui, satisfaisant aux conditions requises par l'art. 323 al. 2, est reçu à prouver par témoins sa filiation maternelle, doit prouver l'accouchement de la femme qu'il prétend être sa mère et son identité avec l'enfant dont elle est accouchée. Cette preuve une fois faite, la filiation maternelle sera établie, et l'enfant pourra invoquer contre le mari, que l'on suppose partie à l'instance, la présomption *Pater is est quem nuptiæ demonstrant* (arg. art. 312), de sorte qu'il aura ainsi établi du même coup sa filiation maternelle et sa filiation paternelle. Cette solution résulte de l'art. 325, qui rejette sur les adversaires de l'enfant l'obligation de prouver la non-paternité du mari lorsque la filiation maternelle est établie, et suppose ainsi que la preuve de la filiation maternelle entraîne par voie de conséquence la présomption de paternité du mari. Ce texte est ainsi conçu : « *La preuve contraire pourra se faire par tous les moyens propres à établir que le réclamant n'est pas l'enfant de la mère qu'il prétend avoir, ou même, la maternité prouvée, qu'il n'est pas l'enfant du mari de la mère* ».

Pour que le réclamant, qui a prouvé par témoins sa filiation à l'égard de sa mère, puisse invoquer contre le mari de celle-ci la présomption *Pater is est...*, il faut que la preuve de la filiation maternelle ait été faite contradictoirement avec le mari, c'est-à-dire lui présent ou dûment appelé. Car autrement le mari pourrait, en invoquant la maxime *Res inter alios judicata aliis non nocet* (art. 1351) prétendre que la maternité n'est pas légalement établie *par rapport à lui*, et qu'on ne peut par suite en induire contre lui une présomption de paternité. Le réclamant serait alors obligé d'engager avec le mari, au sujet de la filiation maternelle, un nouveau débat dans lequel il pourrait succomber. Pour éviter cet inconvénient, le réclamant devra mettre en cause le mari ou ses représentants.

En supposant que cela ait été fait, le mari ou ses représentants pourront contredire la prétention de l'enfant en employant les mêmes armes que lui, c'est-à-dire la preuve par témoins (C. pr., art. 256). Ils pourront donc prouver que l'enfant n'a pas droit à la filiation maternelle qu'il réclame; ils y ont intérêt pour échapper à la présomption de paternité, conséquence légale de la maternité prouvée. Et s'ils reconnaissent l'impossibilité de contredire la prétention de l'enfant relativement à sa filiation maternelle, ils pourront la contredire en ce qui concerne la filiation paternelle. Ils pourront donc prouver par tous les moyens possibles que le réclamant, en supposant qu'il soit le fils de la mère qu'il réclame, n'est pas celui de son mari; la preuve contraire portera en pareil cas sur la non-paternité du mari. En effet l'enfant, tout en réclamant en apparence une seule chose, sa filiation maternelle, en réclame deux en réalité, puisque la preuve de la filiation maternelle conduira par voie d'induction à celle de la filiation paternelle. Eh bien! dans l'impossibilité où ils se trouvent de combattre la prétention de l'enfant pour le tout, ses adversaires la combattent pour la moitié; ils lui concèdent sa filiation maternelle, mais ils nient sa filiation paternelle. Et remarquez que les adversaires de l'enfant peuvent prouver la non-paternité du mari, même en dehors des cas où l'action en désaveu est admise. La loi attache en effet moins d'énergie à la présomption *Pater is est...*, quand elle est la conséquence d'une maternité prouvée par témoins, que lorsqu'elle est la conséquence d'une maternité prouvée par le moyen normal, c'est-à-dire par l'acte de naissance, ou même par la possession d'état, qui implique un aveu du mari; et c'est pourquoi elle se montre plus facile pour permettre au mari d'attaquer cette présomption. Les circonstances ne se pré-

sentent pas en effet sous un jour favorable pour l'enfant. « Lorsque l'enfant n'a ni possession constante ni titre, dit Bigot-Préameneu dans l'exposé des motifs, ou lorsqu'il a été inscrit soit sous de faux noms, soit comme né de père et mère inconnus, il en résulte une *présomption très forte* qu'il n'appartient pas au mariage ». Cette présomption doit, sinon neutraliser, du moins affaiblir la présomption *Pater is est...* Il était donc tout naturel que la loi permit au mari de l'attaquer plus facilement que dans les cas ordinaires : il lui suffira, pour y échapper, de prouver une simple impossibilité morale de cohabitation, sans qu'il soit nécessaire que les autres conditions requises par l'art. 313 al. 1 se trouvent réunies.

§ II. De l'action en réclamation d'état, et de l'action en contestation d'état.

871. On donne le nom d'action *en réclamation d'état* à l'action par laquelle un enfant légitime, qui n'est pas en possession de son *état*, c'est-à-dire de sa qualité d'enfant légitime, réclame cet état. L'action *en contestation d'état* est celle par laquelle les adversaires d'un enfant lui contestent son état d'enfant légitime dont il est en possession. Ainsi l'action en réclamation d'état suppose un enfant qui n'est pas en possession de son état; s'il le possède, il n'a pas à le réclamer, car on ne réclame pas ce que l'on a. Pour l'enfant qui possède son état d'enfant légitime, il ne peut être question que d'une action en contestation d'état, dirigée contre lui par ses adversaires.

* L'enfant légitime peut posséder son état en droit ou en fait : *en droit*, s'il a un acte de naissance inscrit sur les registres de l'état civil, qui constate sa filiation maternelle, et que d'ailleurs son identité ne soit pas contestée; *en fait*, si, à défaut de titre, il a la possession d'état. Pour qu'il y ait lieu à l'action en réclamation d'état, il faut que l'enfant ne possède son état ni en droit ni en fait, à moins cependant qu'il ne revendique un état autre que celui que lui attribue sa possession de droit ou sa possession de fait. Si l'enfant possède son état en droit seulement ou en fait seulement, il peut y avoir lieu contre lui, de la part de ses adversaires, à l'action en contestation d'état. Enfin, s'il a tout à la fois la possession de droit et la possession de fait, son état est irrévocablement fixé; il n'y a lieu ni à la contestation de cet état de la part de ses adversaires ni à la réclamation d'un autre état de sa part (arg. art. 322).

Lato sensu, l'expression *action en contestation d'état* comprend l'action en désaveu et l'action en contestation de légitimité, ainsi que nous l'avons vu plus haut. Mais on prend ordinairement cette expression dans un sens beaucoup plus restreint, comme désignant l'action dirigée contre un enfant qui est en possession de l'état d'enfant légitime et dont on conteste la *filiation maternelle*. C'est dans ce sens restreint que nous emploierons désormais l'expression *action en contestation d'état*.

N° 1. De l'action en réclamation d'état.

872. Souvent un enfant légitime est mis dans la nécessité d'avoir recours à la preuve testimoniale, pour établir sa filiation mater-

nelle, par suite d'un crime ou d'un délit qui a eu pour résultat de supprimer la preuve de son état et qu'on désigne dans la doctrine sous la dénomination générique de *crime de suppression d'état*. Ainsi l'officier de l'état civil a commis un faux en rédigeant l'acte de naissance d'un enfant : par exemple il a inscrit cet enfant sous d'autres noms que ceux qui lui ont été déclarés par les comparants (C. pén., art. 146); ou bien encore les comparants ont donné de fausses indications à l'officier de l'état civil, qui, en relatant exactement leurs déclarations, a ainsi donné à l'enfant dans son acte de naissance une filiation mensongère (C. pén., art. 345 et 363); ou enfin l'officier de l'état civil a inscrit l'acte de naissance sur une feuille volante (C. pén., art. 192), ce qui lui enlève son autorité au point de vue de la preuve de la filiation. Dans tous ces cas et dans d'autres encore, il y a un crime ou un délit dont le résultat est de mettre l'enfant dans l'impossibilité d'établir sa véritable filiation par le mode de preuve normal, la représentation de son titre de naissance; et si la possession d'état lui fait défaut, il sera forcé d'avoir recours à la preuve testimoniale, que la loi toutefois n'admet, même dans ce cas, que moyennant un commencement de preuve par écrit, ou moyennant des présomptions ou indices graves résultant de faits dès lors constants (art. 323).

Cela posé, si la loi n'avait établi ici aucune règle particulière, il aurait fallu décider, par application des principes du droit commun :

1° Que l'action civile née du crime ou du délit de suppression d'état, c'est-à-dire l'action tendant à obtenir le rétablissement de la preuve de la filiation, peut être intentée soit *principalement* devant les tribunaux civils, soit, *incidemment à l'action publique*, devant le tribunal criminel déjà saisi de cette action (C. I. cr., art. 3), ou même par voie principale devant le tribunal de police correctionnelle, au cas où la preuve de l'état a été supprimée par suite d'un simple délit (C. I. cr., art. 182);

2° Que, dans le cas où le tribunal civil, d'une part, et un tribunal criminel, d'autre part, se trouveraient saisis, l'un de l'action civile, l'autre de l'action publique résultant d'un crime de suppression d'état, il devrait être sursis au jugement de l'action civile jusqu'après la décision des tribunaux criminels, d'après la règle *Le criminel tient le civil en état*; EN ÉTAT, c'est-à-dire en suspens, *in statu quo* (C. I. cr., art. 3).

Mais les art. 326 et 327 sont venus déroger sur l'un et l'autre point aux règles du droit commun. Ces articles sont ainsi conçus :

ART. 326. *Les tribunaux civils seront seuls compétents pour statuer sur les réclamations d'état.*

ART. 327. *L'action criminelle contre un délit de suppression d'état ne pourra commencer qu'après le jugement définitif sur la question d'état.*

Il résulte de ces deux textes :

1° Qu'en dehors des tribunaux civils (tribunaux d'arrondissement, au premier degré, et cours d'appel, au deuxième degré), nulle juridiction n'est compétente pour connaître des questions d'état, même incidemment. En aucun cas donc les tribunaux criminels ne peuvent être appelés à statuer sur ces questions. La même règle s'applique aux juges de paix, aux tribunaux de commerce, aux tribunaux administratifs, aux conseils de révision. Ces derniers cependant ont souvent à tenir compte de l'état des personnes, pour appliquer les règles relatives aux dispenses du service militaire, par exemple pour désigner ceux qui doivent être dispensés de deux années de service, à titre de soutiens de famille (L. 13 juillet 1889, art. 34). Mais leurs décisions à cet égard n'ont pas l'autorité de la chose jugée. Cass., 5 déc. 1885, D., 87. 1. 93.

* Les contestations sur l'état civil des citoyens doivent être jugées par les cours d'appel en audience solennelle. Cette règle fléchit lorsque la question d'état n'a été soulevée qu'incidemment et comme moyen de défense à l'action principale. Mais elle reprend son empire lorsque, par l'effet des conclusions respectives des parties, la cour saisie de la demande originaire est appelée à statuer par une disposition spéciale sur l'état civil de l'une d'elles, devenu l'objet principal et dominant du débat. Décret du 30 mars 1808 art. 22, et Cass., 18 janvier 1888, S., 88. 1. 256.

2° Que les tribunaux criminels ne peuvent être saisis de l'action publique, résultant d'un crime ou d'un délit de suppression d'état, que lorsque les tribunaux civils auront définitivement statué sur la question d'état (art. 327); de sorte que, par une inversion de la règle ordinaire, c'est ici le civil qui tient le criminel en état. La justice criminelle est paralysée jusqu'à ce que la justice civile ait statué (art. 327).

873. Cette double dérogation paraît avoir été consacrée, les travaux préparatoires en font foi, comme sanction de la règle qui n'autorise l'admission de la preuve testimoniale, pour prouver la filiation maternelle, que moyennant un commencement de preuve par écrit ou moyennant des présomptions ou indices graves résultant de faits dès lors constants (art. 323). On a craint que la possibilité d'agir en réclamation d'état devant les tribunaux criminels, soit par voie principale, soit par voie incidente, ne fournisse un moyen d'éluder cette règle salutaire. La preuve testimoniale toute nue, a-t-on dit, étant toujours admise devant les tribunaux criminels, si on

les autorise à statuer sur les actions en réclamation d'état, le réclamant pourra prouver sa filiation par témoins, sans avoir fourni les garanties préalables exigées par l'art. 323. — Cette crainte était chimérique. Elle suppose en effet que les règles du droit commun, relatives à la preuve, ne sont pas applicables devant les tribunaux criminels, qu'un même fait pourrait être prouvé par un mode différent, suivant qu'on aurait à en faire la preuve devant un tribunal civil ou devant un tribunal criminel. Or il n'en est rien. Aucune loi n'établit de règles spéciales pour la preuve à faire devant les tribunaux criminels : ils restent donc soumis à cet égard aux règles du droit commun ; et si la preuve testimoniale est d'un usage très fréquent devant les tribunaux criminels, cela tient, non pas au prétendu principe, dont notre loi ne contient aucune trace, que la preuve testimoniale est toujours admise *de plano* devant les tribunaux criminels, mais à cet autre principe, écrit celui-là dans l'art. 1348, qu'à l'impossible nul n'est tenu, et que par suite la preuve testimoniale est autorisée sans aucune restriction, quand il a été impossible au réclamant de se procurer une preuve écrite des faits qu'il doit prouver : ce qui arrive presque toujours, mais non toujours cependant, pour les faits dont la preuve est à faire devant les tribunaux criminels.

Ainsi, la preuve testimoniale n'est admise devant les tribunaux criminels que dans les cas et sous les conditions où elle pourrait l'être devant les tribunaux civils. La preuve à faire varie suivant la nature des faits à prouver, et non suivant la juridiction devant laquelle la preuve doit être faite.

Quelques applications mettront ce principe dans tout son jour. Ainsi le fait d'un vol peut être prouvé par témoins sans commencement de preuve par écrit, soit par le ministère public exerçant au nom de la société l'action publique, soit par la partie lésée intentant son action civile en réparation du préjudice causé par l'infraction, parce qu'il a été impossible à l'un comme à l'autre de se procurer une preuve écrite du vol. Et la situation de la partie lésée sera la même, à ce point de vue de la preuve, soit qu'elle intente, comme elle en a le droit, son action civile devant un tribunal criminel, saisi ou non de l'action publique, soit qu'elle l'intente devant un tribunal civil. Mais supposons qu'il s'agisse d'une violation de dépôt, délit qui est compris dans le code pénal sous la dénomination générique d'*abus de confiance* (C. pén. art. 408). L'existence du contrat de dépôt, base du délit qui nous occupe, pourra-t-elle être prouvée par témoins sans commencement de preuve par écrit, soit par le ministère public, sur l'action publique, soit par la partie lésée, le déposant, sur son action civile ? Non ; tout au moins quand il s'agira d'un dépôt volontaire et que la valeur de la chose déposée excédera 150 francs. Le droit commun en effet n'autorise ici la preuve par témoins que moyennant un commencement de preuve par écrit (art. 1341 et 1347), et cette règle doit s'appliquer, qu'il s'agisse de prouver l'existence du contrat de dépôt devant un tribunal criminel ou devant un tribunal civil. Cpr. Cass., 3 janvier 1890, S., 90. 1. 144, et 3 juin 1892, S., 92. 1. 431.

Conformément à ces principes, si le législateur avait admis, par

application des règles du droit commun, que les tribunaux criminels peuvent être saisis de l'action en réclamation d'état, soit incidemment à l'action publique intentée contre l'auteur du délit de suppression d'état, soit même principalement dans le cas de l'art. 182 C. I. cr., le réclamant n'aurait pas été plus favorisé, pour la preuve à faire de son état, devant les tribunaux criminels que devant les tribunaux civils. Dans un cas comme dans l'autre, il n'aurait pu prouver sa filiation maternelle par témoins que moyennant les adminicules exigés par l'art. 323.

Mais de ce que l'on a donné, lors de la confection de la loi, une mauvaise raison pour justifier les dérogations au droit commun établies par les art. 326 et 327, ce n'est pas à dire qu'il n'en existe pas de bonnes.

D'abord, à la différence de ce qui a lieu dans les autres infractions, la question civile, à laquelle donne naissance le délit de suppression d'état, a pu paraître à bon droit plus importante que la question pénale, en ce sens que la société est plus intéressée au rétablissement de l'état supprimé qu'à la punition du coupable auteur de la suppression. La conservation de l'état des citoyens est en effet l'une des bases de l'ordre social, et la loi a considéré que le rétablissement de cet état, quand il a été supprimé, offre un intérêt de premier ordre. A ce point de vue, on comprend fort bien que la loi ait voulu que la question la plus importante ne fût pas préjugée par celle qui l'est le moins ; elle l'eût été, si l'action publique avait pu être jugée la première, car les juges civils auraient subi l'influence de la décision rendue par les juges criminels. Ils auraient même été liés par cette décision, si l'on admet, conformément à l'opinion générale et à une jurisprudence constante, que la sentence des tribunaux criminels a l'autorité de la chose jugée par rapport aux tribunaux civils (1). De là cette règle qu'en matière de réclamation d'état *le civil tient le criminel en état* : ce qui permet à la question civile, celle du rétablissement de l'état supprimé, d'arriver vierge de tout préjugé devant le tribunal qui doit en connaître.

(1) Ce principe doit être entendu en ce sens seulement « qu'il n'est jamais permis au juge civil de méconnaître ce qui a été nécessairement et certainement décidé par le juge criminel » (Cass., 31 mai 1892, D., 92. 1. 381, S., 92. 1. 292). Il ne fait donc pas obstacle à ce que le juge civil prononce une condamnation à des dommages et intérêts à raison d'un fait pour lequel le défendeur a été acquitté par une juridiction criminelle, si sa décision respecte de tous points celle du juge criminel. Ainsi, l'auteur d'un fait dommageable ayant été traduit à raison de ce fait devant une juridiction répressive, et acquitté, parce que le fait ne présentait pas les éléments d'un délit, rien ne s'oppose à ce que le tribunal civil prononce une condamnation à des dommages et intérêts à raison de ce même fait envisagé comme quasi-délit. Cass., arrêt précité, et 10 janvier 1893, D., 93. 1. 84.

D'un autre côté, les questions d'état sont souvent difficiles et compliquées ; le juge, chargé de les résoudre, a besoin de calme non moins que de science. Or, à ce double point de vue, la justice civile offrait des garanties bien autrement sérieuses que la justice criminelle. En effet elle est ordinairement rendue par des juges plus éclairés, et d'autre part le juge civil siège dans une atmosphère moins tourmentée que le juge de répression, il n'a pas à lutter contre toutes les passions qui s'agitent autour des procès criminels !

873 bis. La double exception aux règles du droit commun, contenue dans les art. 326 et 327, se trouve donc ainsi suffisamment justifiée.

* **874.** Et toutefois la deuxième, au moins s'il faut accepter l'extension que lui donnent les décisions judiciaires, prête à la critique. D'après une jurisprudence constante, l'art. 327, qui renverse pour les questions d'état la règle que *le criminel tient le civil en état* (C. I. cr., art. 3), ne signifie pas seulement que l'action publique résultant d'un délit de suppression d'état doit être suspendue jusqu'à ce qu'il ait été prononcé définitivement sur l'action civile par le tribunal *qui en est actuellement saisi*; il signifierait en outre que le ministère public a les mains liées, tant qu'il plaite à la partie lésée de ne pas saisir les tribunaux civils de son action civile en réclamation d'état; de sorte que, si, par négligence ou par collusion, les intéressés ne soulèvent pas la question d'état au civil, l'action du ministère public sera paralysée. Paris, 26 juin 1883, S., 84. 2. 13, et 25 mars 1891, D., 93. 2. 63. Un simple particulier pourrait donc ainsi tenir en échec l'action publique. Il faut, dit-on, admettre cette solution, pour que le vœu de la loi soit rempli, à savoir que l'action civile arrive vierge de tout préjugé devant le tribunal civil. D'ailleurs l'art. 327 est conçu dans des termes qui excluent toute distinction entre l'action civile intentée et celle à intenter.

La grande majorité des auteurs approuve l'interprétation extensive que la jurisprudence donne à l'art. 327. Ce n'est pas cependant que les objections manquent. D'abord les termes de l'art. 327 ne sont pas aussi absolus qu'on le prétend. « L'action criminelle », dit cet article, « ne pourra commencer qu'après le jugement définitif sur la question d'état ». Cette disposition ne donne-t-elle pas à entendre qu'il y a une *question d'état* engagée ? La loi, qu'on le remarque bien ne dit pas : après le jugement définitif *sur l'état*; mais bien sur la *question* d'état. Il faut donc qu'il y ait une question d'état; or la question d'état ne naît que quand elle est posée au juge, c'est-à-dire quand il y a une action intentée. D'un autre côté, l'art. 3 du code d'instruction criminelle fournit contre la solution de la jurisprudence un puissant argument d'analogie. D'après ce texte, l'action civile n'est suspendue jusqu'au jugement de l'action publique que lorsque l'action publique est « intentée avant ou pendant la poursuite de l'action civile ». Par conséquent la maxime *Le criminel tient le civil en état* signifie que l'action publique *intentée* suspend le cours de l'action civile qui n'a pas encore reçu une solution définitive. La maxime retournée, qui résulte de l'art. 327 C. civ. : *Le civil tient le criminel en état*, doit donc signifier que l'action *intentée* avant ou pendant le cours de l'action publique suspend l'exercice de celle-ci. En d'autres termes, de même que l'exercice de l'action civile, dans les cas ordinaires, n'est pas suspendu par la simple éventualité de l'exercice de l'action publique, de même, dans le cas qui nous occupe, l'exercice de l'action publique ne doit pas être suspendu par la simple éventualité de l'exercice de l'action civile.

Il est vrai (et ceci viendrait à l'appui du système de la jurisprudence) qu'il y a une différence de rédaction entre l'art. 3 C. I. cr. et l'art. 327 C. civ. Le premier dit que l'exercice de l'action civile « est suspendu tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique intentée *avant* ou *pendant* la poursuite de l'action civile ». Il est donc certain

que l'action civile peut être intentée en vertu de ce texte avant l'action publique, sauf à être suspendue si l'action publique est intentée avant qu'elle soit définitivement jugée. L'art. 327 dit au contraire : « L'action criminelle ne pourra COMMENCER qu'après le jugement définitif sur la question d'état » : ce qui semble bien signifier que l'action publique ne peut même pas être intentée tant que l'action civile n'a pas été définitivement jugée.

Si la loi doit être interprétée dans le sens que lui donne la jurisprudence, elle mérite, nous l'avons dit, d'être critiquée. Doit-il dépendre d'un particulier d'arrêter le cours de la justice criminelle? Peut-on admettre surtout que l'impunité soit assurée au coupable, lorsque l'action civile ne peut plus être exercée soit par suite de la mort de l'enfant à qui cette action appartient, soit pour toute autre cause? A moins qu'on ne dise que l'intérêt de l'enfant, dont l'état a été supprimé ou compromis, domine et absorbe l'intérêt social, et que la loi a cru devoir, en se plaçant à ce point de vue, rendre la victime de l'infraction maîtresse de la poursuite criminelle, en ce sens que, tant qu'elle ne réclamera pas, la société n'aura pas le droit d'élever la voix.

875. Nature de l'action en réclamation d'état. — « *L'action en réclamation d'état est imprescriptible à l'égard de l'enfant* », dit l'art. 328. L'état des personnes n'est pas chose dans le commerce; par conséquent, il n'est pas susceptible de faire l'objet d'une convention (art. 1128), ni d'une renonciation, ni d'une prescription (art. 2226), la prescription n'étant qu'une renonciation présumée.

Mais si l'action en réclamation d'état est imprescriptible à l'égard de l'enfant, il n'en est pas de même des intérêts pécuniaires qui peuvent s'y rattacher. Ainsi un homme meurt, et son fils recueille sa succession; trente-cinq ans après se présente un individu, qui prétend être fils légitime du défunt, frère par conséquent de l'enfant qui a recueilli sa succession, et qui réclame à ce titre, la moitié de cette succession par l'action en pétition d'hérédité. La prétention du réclamant sera admise, si elle est fondée, en tant qu'elle a pour objet d'établir sa filiation, et par suite son état d'enfant légitime; mais elle sera repoussée en ce qui concerne les biens de la succession. Car si l'action en réclamation d'état est imprescriptible, il n'en est pas de même de l'action en pétition d'hérédité et des autres droits pécuniaires qui se rattachent à l'état. Arg. art. 2262.

876. L'action en réclamation d'état peut-elle être exercée après la mort de l'enfant par ses héritiers? La loi distingue : « *L'action ne peut être intentée par les héritiers de l'enfant qui n'a pas réclamé, qu'autant qu'il est décédé mineur, ou dans les cinq années après sa majorité* » (art. 329).

Sous la dénomination d'héritiers il faut comprendre ici tous les successeurs universels du réclamant, non seulement par suite ses héritiers légitimes, mais aussi ses donataires ou légataires universels ou à titre universel.

Aux yeux de la loi, l'enfant qui n'a pas agi dans les cinq ans à compter de sa majorité a tacitement renoncé au droit de réclamer

son état. Cette renonciation, qui ne pourrait pas être opposée à l'enfant lui-même, peut-être opposée à ses héritiers, que la loi déclare en ce cas déchu du droit d'exercer l'action en réclamation d'état. La raison en est que l'action dont il s'agit se transforme en passant aux héritiers : dans la personne de l'enfant, elle constituait principalement un droit moral, tandis que, dans la personne de ses héritiers, elle apparaît surtout comme pouvant servir de point d'appui à des intérêts pécuniaires, et devient à ce titre susceptible de renonciation et de prescription.

Aux termes de l'art. 330 : « *Les héritiers peuvent suivre cette action lorsqu'elle a été commencée par l'enfant, à moins qu'il ne s'en fût désisté formellement, ou qu'il n'eût laissé passer trois années sans poursuites, à compter du dernier acte de la procédure* ».

Ce texte suppose que l'enfant meurt pendant le cours d'une instance qu'il avait engagée en vue de réclamer son état; il meurt *pendente lite*. La loi appliquant la règle romaine *Actiones quæ morte aut tempore pereunt semel inclusæ judicio salvæ permanent*, décide que les héritiers pourront suivre l'action, alors même que l'enfant serait mort après sa vingt-sixième année. Toutefois, pour qu'ils aient ce droit, il faut :

1° Que l'enfant ne se soit pas désisté formellement. S'il s'est désisté, il a renoncé, sinon à son droit, du moins à l'instance qu'il avait engagée; la situation est donc la même que si cette instance n'avait jamais été introduite, ce qui entraîne pour les héritiers déchéance du droit d'agir, si leur auteur est mort après sa vingt-sixième année.

2° Que l'enfant n'eût pas laissé passer trois années sans poursuites à compter du dernier acte de la procédure; car autrement il y aurait désistement présumé de l'enfant, et ce désistement présumé produirait le même effet que le désistement exprès dont il vient d'être parlé.

* Il faut décider, conformément aux règles du droit commun, que le désistement exprès de l'enfant ne constitue une fin de non-recevoir pour ses héritiers qu'autant qu'il a été accepté par l'adversaire (C. pr., art. 402); et aussi que le désistement présumé, résultant de la discontinuation des poursuites pendant trois ans, n'entraîne pour les héritiers déchéance du droit de continuer l'instance qu'autant que la péremption a été demandée et prononcée (C. pr., art. 399). Il y a toutefois controverse sur l'un et l'autre point.

* Si l'enfant est mort avant sa vingt-sixième année, son désistement ou la péremption de l'instance n'empêcherait pas ses héritiers d'intenter l'action en réclamation d'état; car c'est seulement l'instance qui disparaît par l'effet du désistement ou de la péremption, et par suite la situation est la même, après le désistement ou la péremption, que s'il n'y avait jamais eu d'instance.

877. L'art. 329, qui ne permet pas aux héritiers d'un enfant mort après sa vingt-

sixième année d'intenter du chef de leur auteur l'action en réclamation d'état que celui-ci n'a pas intentée de son vivant, s'applique-t-il aux descendants de l'enfant? Il y a de bonnes raisons pour soutenir la négative. En revendiquant pour leur père décédé l'état de fils légitime, les enfants du défunt revendiquent pour eux-mêmes la qualité de petits-fils légitimes. C'est donc une action en réclamation de leur propre état qu'ils exercent, et elle est imprescriptible aux termes de l'art. 328, dans lequel le mot *enfant* doit être considéré comme comprenant les petits-enfants. Et cependant la question est controversée. On invoque surtout, en faveur de la solution contraire, la généralité des termes de l'art. 329, qui parle des *héritiers* sans distinction.

N° 2. De l'action en contestation d'état.

878. La contestation d'état, dont la loi ne parle pas, implique une réclamation d'état de la part de l'enfant : ses adversaires lui contestent l'état qu'il réclame. Aussi reconnaît-on que les art. 326, 327 et 328 sont applicables à l'action en contestation d'état, comme à l'action en réclamation d'état.

Quant aux art. 329 et 330, la nature même de leurs dispositions s'oppose à ce qu'on les applique à l'action en contestation d'état. Cette action pourrait être intentée, conformément au droit commun, par toute personne ayant intérêt.

* Il est de jurisprudence que le ministère public n'a pas le droit d'intenter une action concernant l'état des personnes, alors même qu'elle serait préjudicielle à une poursuite criminelle qu'il se proposerait d'exercer. Paris, 25 mars 1891, D., 93. 2. 63.

CHAPITRE III

DES ENFANTS NATURELS

879. Un enfant naturel ou illégitime est celui qui est issu de parents non mariés, *extra justas nuptias quæsitus*.

On distingue trois classes d'enfants naturels :

1° *Les enfants naturels simples.* Cette expression, qui appartient à la doctrine et qu'on ne trouve pas dans les textes, désigne les enfants illégitimes dont l'origine n'est entachée ni d'adultère ni d'inceste, c'est-à-dire ceux issus du commerce de deux personnes libres l'une et l'autre de tout lien matrimonial (*ex soluto et soluta*) et entre lesquelles il n'existe pas de parenté ni d'alliance au degré où le mariage est prohibé, de deux personnes en un mot qui auraient pu contracter ensemble un mariage valable, au moment de la conception de l'enfant. Ce sont en général les enfants naturels simples que la loi entend désigner, quand elle dit sans préciser autrement : *les enfants naturels*.

2° *Les enfants adultérins*, fruit d'un adultère. Tel est l'enfant né du commerce d'un homme marié avec une fille libre, ou l'enfant né du commerce d'un homme marié avec une femme mariée autre que la sienne. Dans le premier cas, l'enfant est le fruit d'un adul-

tère simple dont la mère de l'enfant a été la complice; dans le deuxième cas, il est le fruit d'un double adultère.

3° *Les enfants incestueux*, fruit d'un *inceste*, c'est-à-dire du commerce de deux personnes entre lesquelles il existe un empêchement au mariage à raison de la parenté ou de l'alliance, par exemple l'enfant issu du commerce d'un frère avec sa sœur ou d'un oncle avec sa nièce.

Pour savoir si un enfant illégitime est naturel simple, adultérin ou incestueux, il faut se reporter à l'époque de sa conception; car la qualité d'un enfant dépend évidemment de la nature du commerce de ses parents lors de sa procréation. On sait que la conception d'un enfant se place, d'après la présomption de la loi, entre le trois centième et le cent quatre-vingtième jour avant sa naissance. Il faudra toujours, pour déterminer la qualité de l'enfant, choisir le moment de cette période le plus favorable à son intérêt.

Faisons quelques applications de cette règle. Un homme marié qui a une concubine devient veuf; la concubine, enceinte de ses œuvres, accouche le 180^e jour après la dissolution du mariage. L'enfant sera naturel simple; car, en plaçant sa conception à la limite extrême de la période légale, c'est-à-dire au 180^e jour avant sa naissance, on trouve qu'elle est postérieure à la dissolution du mariage de son père. Si au contraire l'enfant était né la veille, il serait nécessairement adultérin, au moins quant à son père. Arg. art. 314.

Autre espèce. Un homme qui a une concubine épouse une autre femme, et continue ses relations avec sa concubine; un enfant naît de ces relations le trois centième jour après la célébration du mariage, ou plus tôt. Cet enfant ne sera pas considéré comme adultérin; car, en le supposant né à l'extrême limite du terme le plus long que la loi assigne à la gestation, sa conception remonte à une époque antérieure à la célébration du mariage de son père. Mais si l'enfant est né plus de 300 jours après cette célébration, il sera nécessairement adultérin, au moins par rapport à son père. Arg. art. 315.

Supposons enfin qu'un oncle entretient des relations avec sa nièce; il l'épouse ensuite en vertu de dispenses; un enfant naît le 180^e jour du mariage, ou plus tard. La conception de cet enfant pouvant, d'après la présomption de la loi, se placer dans le mariage, il naîtra légitime. Au contraire, si l'enfant naît avant le 180^e jour du mariage, sa conception se plaçant nécessairement, d'après la présomption de la loi, en dehors du mariage, son origine est incestueuse; on a vu (*supra* n. 834), qu'il y a controverse sur le point de savoir s'il naît légitime ou incestueux.

880. La loi se montre, à divers points de vue, plus favorable aux enfants naturels simples qu'aux enfants adultérins ou incestueux: — 1° Les premiers peuvent être reconnus par leurs auteurs; la reconnaissance des seconds est interdite (art. 335); — 2° Les enfants naturels simples peuvent être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère; la loi refuse cette faveur aux enfants adultérins ou incestueux (art. 331); — 3° Les enfants naturels dont la filiation est légalement constatée, ont des droits importants dans la succession de leurs père et mère (art. 757 et s.); les enfants adultérins ou incestueux sont exclus de la succession de

leurs parents ; du moins la loi ne leur accorde qu'un morceau de pain sur cette succession (art. 762).

Ces différences s'expliquent. L'enfant naturel, fruit d'une simple faiblesse, inspire naturellement plus de sympathie que l'enfant adultérin ou incestueux, fruit d'un crime. Et toutefois on ne peut s'empêcher de remarquer que les rigueurs de la loi tombent sur des innocents. Un enfant est-il coupable de l'irrégularité de son origine ? Cette considération aurait peut-être dû porter le législateur à se montrer un peu moins rigoureux à l'égard des enfants adultérins ou incestueux. Ils sont hommes, après tout, et à ce titre ils ont le droit de vivre ; or c'est à peine si notre loi leur donne le droit de ne pas mourir de faim.

881. L'ordre naturel des idées semblait conduire à parler d'abord de la reconnaissance des enfants naturels et ensuite de leur légitimation ; car la reconnaissance, comme on le verra bientôt, est un préliminaire obligé de la légitimation. Le législateur a suivi un ordre inverse : il traite d'abord de la légitimation, sans doute parce que, venant de s'occuper des enfants légitimes, il tenait à parler immédiatement des enfants naturels qui leur sont assimilés par le bénéfice de la légitimation. Fidèle à la ligne de conduite que nous nous sommes tracé, nous suivrons le plan adopté par le législateur.

SECTION PREMIÈRE

DE LA LÉGITIMATION DES ENFANTS NATURELS

882. Définition. — La légitimation est un bienfait de la loi, en vertu duquel un enfant naturel est élevé à la dignité d'enfant légitime par le mariage que ses père et mère contractent ensemble après l'avoir reconnu. Les parents ayant ainsi réparé, dans la mesure du possible, l'irrégularité de l'union à laquelle l'enfant naturel doit le jour, la loi veut bien regarder cet enfant comme un fruit anticipé du mariage. En offrant aux parents comme présent de noces la légitimation de leur enfant, le législateur a voulu les inviter à transformer leur concubinage en un mariage légitime. Système assurément préférable à celui de la législation anglaise, qui, dans la crainte apparemment de favoriser le concubinage en permettant aux concubins d'en réparer les conséquences, interdit la légitimation des enfants naturels. La passion ne calcule pas, et l'expérience a prouvé qu'il ne suffit pas de déclarer une faute irréparable pour empêcher qu'elle ne soit commise. Bien plus sage est le législateur qui, comptant avec la faiblesse humaine, autorise la réparation de fautes que les prohibitions les plus sévères seront toujours impuissantes à prévenir.

883. Historique. — Le droit romain admettait quatre modes de légitimation des enfants *naturels*, c'est-à-dire des enfants issus d'un concubinat : 1° la légitimation par

oblation à la curie; 2^o la légitimation par mariage subséquent; 3^o la légitimation par rescrit du prince; 4^o la légitimation par testament. Cette dernière ne pouvait être opérée que moyennant un rescrit: ce qui fait que certains auteurs n'y voient qu'une variante de la légitimation par rescrit.

Notre ancien droit admettait la légitimation par mariage subséquent, et la légitimation par lettres patentes du roi, qui correspondait à la légitimation par rescrit. A l'origine ces deux modes de légitimation produisaient les mêmes effets; mais plus tard il s'établit entre eux des différences importantes. La légitimation par mariage subséquent tend à absorber la légitimation par rescrit, en ce sens que les effets de cette dernière vont toujours en diminuant. Ainsi on décide d'abord que l'enfant légitimé par rescrit ne pourra succéder à son auteur qu'autant que les lettres du prince lui conféreront expressément ce droit; puis finalement on en vient à lui refuser le droit de succéder. Alors quel était l'effet de cette légitimation? Elle conférait à l'enfant le droit de porter le nom de son père, et aussi les armes de sa maison, mais avec une brisure de gauche à droite, signe de la bâtardise. Elle avait aussi pour résultat de relever l'enfant de diverses incapacités dont les bâtards étaient alors frappés, notamment de l'incapacité de remplir certaines fonctions ecclésiastiques.

Notre code civil ne reconnaît qu'un seul mode de légitimation: la légitimation par mariage subséquent.

I. *Quels enfants peuvent être légitimés.*

884. Les enfants naturels simples peuvent seuls être légitimés. C'est ce qui résulte de l'art. 331, ainsi conçu: « *Les enfants nés hors mariage, autres que ceux nés d'un commerce incestueux ou adultérin, pourront être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, lorsque ceux-ci les auront légalement reconnus avant leur mariage, ou qu'ils les reconnaîtront dans l'acte même de célébration* ».

La loi exclut, on le voit, du bénéfice de la légitimation les enfants adultérins ou incestueux; et, pour savoir si un enfant a cette qualité, il faut se reporter, comme on l'a vu, à l'époque de sa conception (*supra* n. 879). C'est d'ailleurs ce qui résulte très formellement de notre article qui déclare la légitimation impossible pour les enfants « *nés d'un COMMERCE adultérin ou incestueux* ».

Cela posé, on ne comprend guère qu'il puisse y avoir controverse sur le point de savoir si les enfants issus du commerce de deux personnes parentes ou alliées au degré où le mariage est prohibé, sont légitimés par le mariage subséquent que leurs auteurs contractent avec dispenses. Un oncle a commerce avec sa nièce, ou un beau-frère avec sa belle-sœur; de ce commerce naît un enfant; il est incestueux (arg. art. 162 et 163); les parents obtiennent une dispense pour contracter mariage, et ils se marient après avoir reconnu leur enfant. Cet enfant sera-t-il légitimé? L'art. 331 répond trois fois non: une première fois, en défendant la légitimation des enfants issus d'un COMMERCE incestueux; une deuxième fois, en exigeant préalablement à la légitimation la reconnaissance de l'enfant à légitimer, condition impossible à remplir ici (voyez art. 335); enfin une troisième fois, en ce sens que, si la disposition de notre article, relative aux enfants incestueux, ne s'applique pas à l'hypothèse dont il s'agit, elle n'a pas d'application possible: nous allons revenir à l'instant sur ce point. Malgré ces raisons écrasantes, la cour de cassation juge, d'une manière constante, que les enfants dont il s'agit sont légitimés par le mariage subséquent de leurs auteurs. Quelle raison en donne-t-elle? Dans son dernier arrêt sur la question, celui du 27 janvier 1874 (D., 74. 1. 216, S., 74. 1. 108), on lit: « Attendu qu'il résulte des

termes et de l'esprit de l'art. 331 que la prohibition de légitimer par mariage subséquent des enfants incestueux ne s'applique qu'aux enfants *nés de personnes entre lesquelles le mariage est absolument interdit*, ou qui n'ont pas obtenu du gouvernement l'autorisation de le contracter ». Ainsi l'art. 331 signifie que les enfants, issus du commerce d'un père avec sa fille ou d'un frère avec sa sœur, ne pourront pas être légitimés par le mariage subséquent de leurs auteurs ! Mais, en interprétant ainsi l'art. 331, on prête au législateur une naïveté, pour ne pas dire une niaiserie. Comprend-on que le législateur soit venu nous dire que deux personnes, *qui ne peuvent en aucun cas se marier ensemble*, ne pourront pas légitimer leurs enfants par le mariage ? Sous peine de reconnaître que l'art. 331, en tant qu'il parle des enfants incestueux, n'a pas de sens, il faut donc nécessairement interpréter ce texte comme signifiant que les enfants issus d'un commerce incestueux ne seront pas légitimés par le mariage que leurs auteurs pourront contracter plus tard avec dispenses. Cette rigueur, d'ailleurs, peut recevoir une explication telle quelle. Le législateur a peut-être pensé qu'il diminuerait le nombre des liaisons incestueuses, en interdisant dans tous les cas la légitimation des enfants qui en sont le fruit.

On ne peut se dissimuler cependant que la prohibition de légitimer les enfants incestueux présente de grands inconvénients pratiques. Les enfants nés, avant mariage, d'un oncle et de sa nièce, d'un beau-frère et de sa belle-sœur qui se sont ensuite mariés avec dispenses, et même, d'après l'opinion exposée plus haut (*supra* n. 834), ceux nés avant le 180^e jour du mariage, seront incestueux, et comme tels privés de tous droits de succession ; tandis que leurs frères, qui ont eu le bonheur de venir au monde un peu plus tard, jouiront des honneurs et des bienfaits de la légitimité. On verra donc, sous le même toit, des frères dont la condition semble devoir être égale, et qui seront cependant séparés par un abîme. Ces considérations expliquent, sans la justifier, la solution à laquelle s'est arrêtée la jurisprudence. Elles expliquent aussi la proposition qui fut faite le 11 mai 1872, d'un projet de loi modifiant l'art. 331 « pour le mettre d'accord avec la jurisprudence de la cour de cassation ». La loi se mettant d'accord avec la jurisprudence ! c'est assez plaisant. Quoi qu'il en soit, ceux qui ont présenté ce projet se proposaient un but très louable : ils voulaient mettre fin à un conflit qu'ils considéraient avec raison comme fatal pour l'autorité de la loi, *exemplo pessimum*. Ceux qui l'ont fait échouer, sur ce fondement qu'il était inutile « parce que la question était définitivement tranchée par la jurisprudence », semblent n'avoir pas compris combien il est périlleux d'encourager le juge à se faire législateur en réformant la loi quand il la trouve inique !

885. Aux termes de l'art. 332 : « *La légitimation peut avoir lieu, même en faveur des enfants décédés qui ont laissé des descendants ; et, dans ce cas, elle profite à ces descendants* ».

Il s'agit des descendants *légitimes* de l'enfant naturel décédé. La légitimation les fera devenir petits-fils ou arrière-petits-fils légitimes des auteurs de leur père aujourd'hui décédé ; elle les mettra dans la même situation, à l'égard des parents de leur père, que si celui-ci avait été légitimé de son vivant. — Quant aux enfants naturels de l'enfant naturel, la légitimation de leur père ne leur ouvrirait pas la porte de la famille dans laquelle celui-ci entre ; à plus forte raison ne pourraient-ils pas y entrer par une légitimation obtenue après son décès.

II. Conditions requises pour la légitimation.

886. Deux conditions sont requises pour la légitimation (art. 331).
PREMIÈRE CONDITION. L'enfant ou les enfants qu'il s'agit de légiti-

mer, doivent avoir été reconnus par leurs deux auteurs avant le mariage ou au plus tard dans l'acte de célébration (art. 331).

Notre ancien droit n'exigeait pas cette condition ; il admettait la légitimation des enfants reconnus pendant le cours du mariage par les deux époux. Mais ce système donnait lieu à une fraude facile à commettre et souvent commise : des époux, dont l'union avait été stérile, reconnaissaient l'un et l'autre un enfant qui ne leur appartenait pas, et se procuraient ainsi le bénéfice de la paternité légitime en dehors des formes prescrites pour l'adoption. C'était, comme l'a dit le premier consul, « créer des enfants par consentement mutuel ». En exigeant que la filiation fût devenue certaine avant la célébration du mariage ou au plus tard au moment même de cette célébration, le code civil a paré à ce danger. Mais n'est-ce pas au prix d'un danger plus grave ? Beaucoup de mères, considérant leur maternité comme certaine par cela seul que l'acte de naissance de leur enfant la constate, ne songent pas à reconnaître cet enfant, en vue de la légitimation duquel, la plupart du temps, elles contractent mariage ; leur erreur est irréparable, le mariage une fois célébré. Il y aurait bien un moyen d'obvier à ce grave inconvénient, ce serait d'obliger l'officier de l'état civil à prévenir les futurs époux que, s'ils ont un ou plusieurs enfants à légitimer, ils doivent, au cas où ils ne les auraient pas déjà reconnus, les reconnaître dans l'acte de célébration. Mais une semblable admonition serait souvent trouvée de mauvais goût par les contractants.

Pourvu d'ailleurs que la reconnaissance précède le mariage, il importe peu qu'elle soit volontaire ou forcée. Les termes de la loi paraissent, il est vrai, faire allusion à une reconnaissance volontaire ; mais ici comme ailleurs *lex statuit de eo quod plerumque fit*. En raison, d'ailleurs, il n'y a pas de motifs pour distinguer entre la reconnaissance volontaire et la reconnaissance forcée. Enfin la reconnaissance forcée produit, comme on le verra plus loin, les mêmes effets que la reconnaissance volontaire. Nous disons *les mêmes effets*, pas davantage. On ne saurait donc admettre l'opinion, erronée en sens inverse, de quelques auteurs qui pensent que la reconnaissance forcée, survenue pendant le mariage, pourrait être utile au point de vue de la légitimation.

DEUXIÈME CONDITION. Il faut que le père et la mère de l'enfant contractent mariage ensemble. Bien entendu le mariage doit être valable ou au moins putatif. Cpr. *supra*, n. 551.

Le projet du code civil contenait un article ainsi conçu : « Le mariage contracté à l'extrémité de la vie entre deux personnes qui auraient vécu en concubinage, ne légitime point les enfants qui seraient nés avant le mariage ». On craignait sans doute, que l'espoir de légitimer au dernier moment de la vie les enfants issus d'un concubinage, ne favorisât le dérèglement des mœurs. Mais, sur les observations de Berlier, cette mesure fut reconnue impuissante, et l'article supprimé. La légitimation résulterait donc d'un mariage *in extremis*. Cpr. *supra*, n. 422.

887. Aucune autre condition n'est requise pour la légitimation. Ainsi il n'y a pas de délai fixé pour la conclusion du mariage qui doit opérer la légitimation, sans doute parce qu'il n'est jamais trop tard pour réparer une faute. Il n'est pas non plus nécessaire, comme en droit romain, que le mariage ait été possible entre les auteurs de l'enfant lors de sa conception : ce qui permet de légitimer l'enfant né d'une fille âgée de moins de quinze ans (art. 144) et celui conçu par une veuve dans les dix mois qui suivent la dissolution de son mariage (art. 228). Enfin l'existence d'un mariage intermédiaire, contracté par l'un des auteurs de l'enfant, ne ferait pas obstacle à la légitimation. « Personne ne doute, dit Pothier, que le mariage a la force de légitimer les enfants nés du commerce charnel que les parties ont eu auparavant ensemble, quoique l'une d'elles, depuis ce commerce, en ait contracté un avec une autre personne, après la dissolution duquel elles se sont mariées ensemble ».

888. Quand les deux conditions prescrites par la loi se trouvent remplies, la légitimation se produit de plein droit, *ipso jure, vi et*

potestate legis, sans qu'il soit nécessaire que les parents aient manifesté la volonté de l'opérer, et, bien plus, alors même qu'ils auraient manifesté une volonté contraire. Le mot *pourront* (art. 331) fait allusion, non à la faculté qu'auraient les parents, lorsqu'ils se marient, de légitimer ou de ne pas légitimer les enfants par eux reconnus, mais bien à la faculté qui leur appartient de se marier ou de ne pas se marier, ce qui les rend, il est vrai, indirectement les arbitres du sort de leurs enfants.

Le consentement de l'enfant légitimé n'est pas non plus nécessaire, comme il l'était en droit romain. Bien plus, l'enfant ne pourrait pas, en exprimant une volonté contraire, empêcher sa légitimation de se produire; l'état des personnes ne saurait dépendre de leur volonté.

Cependant l'enfant légitimé devrait être admis, s'il y avait intérêt, à contester, soit au point de vue du fond, soit à celui de la forme, la reconnaissance dont il été l'objet de la part d'un de ses auteurs ou de tous les deux; et, s'il faisait annuler cette reconnaissance, la légitimation tomberait par voie de conséquence, puisqu'elle suppose nécessairement une reconnaissance, et une reconnaissance valable.

* On ne pourrait pas, suivant l'opinion générale, opposer à l'enfant qui conteste la reconnaissance et par suite la légitimation dont il a été l'objet, une fin de non-recevoir tirée de l'art. 322, qui ne permet pas à un enfant de réclamer un état autre que celui que lui donne son titre de naissance et la possession d'état conforme. L'art. 322 n'est pas applicable à l'enfant naturel légitimé, soit parce qu'il ne peut pas avoir une possession d'état d'enfant légitime conforme à son titre de naissance, puisque, d'après son titre, il est naturel, soit parce qu'il n'a pas la possession constante de l'état d'enfant légitime, puisque le plus souvent il n'aura cette possession que depuis le mariage de ses père et mère. Cpr. Toulouse, 2 février 1884. S., 85. 2. 56, D., 85. 2. 227.

* Ce n'est pas seulement l'enfant légitimé qui peut contester la reconnaissance et par suite la légitimation dont il a été l'objet : tout intéressé a le même droit (arg. art. 339). Ainsi un donataire pourrait, afin d'échapper à la révocation pour cause de survenance d'enfant (art. 960), contester la reconnaissance, faite par le donateur, d'un enfant né depuis la donation, et la légitimation qui l'a suivie. Cpr. *infra*, n. 904, et Cass., 20 avril 1885, S., 86. 1. 313, D., 86. 1. 23.

III. Effets de la légitimation.

889. « Les enfants légitimés par le mariage subséquent, auront » les mêmes droits que s'ils étaient nés de ce mariage », dit l'art. 333. Ce principe était déjà formulé dans une décrétale d'Alexandre III : « *Tanta vis est matrimonii ut qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur* ».

889 bis. Il résulte de l'art. 333 que la légitimation ne rétroagit pas au jour de la naissance de l'enfant : c'est au contraire la naissance de l'enfant qui est fictivement reportée au jour de la célébration du mariage. *Dies nuptiarum dies est conceptionis et natiuitatis legitimæ.*

* Nous tirons de là plusieurs conséquences :

* 1^o L'enfant légitimé n'a aucun droit aux successions ouvertes avant la célébration du mariage, fût-ce après sa conception. Exemple : Un homme a un fils naturel ; il se marie avec une femme autre que la mère de cet enfant, et de ce mariage naissent deux autres enfants, *Primus* et *Secundus* : l'un d'eux, *Secundus*, meurt ; puis le père devenu veuf épouse sa concubine, et légitime son enfant naturel. Celui-ci ne pourra réclamer aucun droit dans la succession de son frère consanguin *Secundus*, mort avant le mariage qui a produit sa légitimation.

* 2^o Un enfant naturel légitimé peut être légalement le puiné par rapport à des enfants légitimes issus d'un mariage antérieur à celui qui a produit sa légitimation et qui, en fait, sont moins âgés que lui. Ainsi, dans l'espèce qui vient d'être citée tout à l'heure, l'enfant naturel légitimé, bien que plus âgé, en fait, serait légalement le puiné par rapport à son frère consanguin *Primus*. Celui-ci jouirait donc, à l'exclusion de celui-là, des avantages attachés au droit d'aînesse : ce qui avait autrefois beaucoup plus d'importance qu'aujourd'hui, principalement en ce qui concerne les majorats. — Toutefois il est douteux qu'il y ait lieu d'appliquer cette déduction au cas prévu par l'art. 21 de la loi du 15 juillet 1889, ainsi conçu : « En temps de paix, après un an de service sous les drapeaux, sont envoyés en congé..... 1^o L'aîné d'orphelins de père et de mère..... 2^o Le fils unique ou l'aîné des fils..... d'une femme actuellement veuve..... 3^o Le fils unique ou l'aîné des fils d'une famille de sept enfants au moins ». Dans la pensée du législateur, le mot *aîné* désigne ici très probablement l'aîné d'âge, qui est le plus apte à remplir le rôle de soutien de famille, à raison duquel l'exemption est accordée. Cpr. Cass., 5 déc. 1885. D., 87. 1. 93.

Si plusieurs enfants naturels ont été légitimés par un même mariage, l'aîné sera le plus âgé.

* 890. On a vu que la législation anglaise n'admet pas la légitimation des enfants naturels par le mariage subséquent de leurs parents. De là peut naître un conflit entre les deux législations. Voici les divers aspects sous lesquels il peut se présenter :

A. Un Français épouse une Française en Angleterre. Ce mariage légitimera-t-il les enfants naturels que les époux auraient reconnus l'un et l'autre, au plus tard dans l'acte de célébration du mariage ? Oui, d'après la loi française, qui est la loi nationale des contractants. Non, d'après la loi du pays où ils ont contracté mariage. Laquelle des deux doit s'appliquer ? La loi française ; car la loi qui régit la légitimation appartient au statut personnel, et les Français sont régis par leur statut personnel même quand ils contractent en pays étranger. Bordeaux, 27 août 1877, S., 79. 2. 105, D., 78. 2. 193.

B. Un Anglais épouse une Anglaise en France. Leur mariage n'opèrera pas la légitimation de leurs enfants naturels (1). Ainsi le veut la loi personnelle des contractants, qui leur est applicable même en France. — C'est la contre-partie de la proposition précédente. Cpr. Cass., 20 janvier 1879, S., 79. 1. 417, D., 79. 1. 107.

C. Une Française épouse un Anglais soit en France, soit en Angleterre. Elle perd ainsi sa nationalité et devient Anglaise (art. 19). De là il résulte que, pour résoudre la question de savoir si le mariage produit la légitimation des enfants naturels, il faut se référer à la loi anglaise qui forme le statut personnel des deux époux ; or, d'après cette loi, la légitimation n'a pas lieu. La jurisprudence paraît être en sens contraire ; mais les raisons qu'elle invoque prouvent trop ou pas assez. Cass., 23 novembre 1857, S., 58. 1. 293, D., 57. 1. 423. Cpr. Paris, 23 mars 1888, S., 88. 2. 131, D., 89. 2. 117.

* 891. Un conflit d'un autre genre peut se produire entre la loi française et une loi étrangère, lorsque des Français ayant des enfants naturels se marient en pays étranger. Dans cette hypothèse, la légitimation sera régie quant à son principe et quant aux conditions de fond par la loi française, car les conditions de fond appartiennent au statut personnel, qui régit les Français même en pays étranger ; mais en ce qui concerne les conditions de forme, la légitimation sera réglée par la loi étrangère, conformément à la règle *Locus regit actum*.

(1) Il en est autrement cependant, d'après la loi anglaise elle-même, si les époux sont domiciliés en France au moment du mariage. La loi anglaise admet alors la prépondérance de la loi du domicile. Paris, 23 mars 1888 S., 88. 2. 131, D., 89. 2. 117.

La difficulté est de savoir quelles conditions sont de fond et quelles autres de forme. Il y a deux conditions de fond : 1^o que les enfants à légitimer aient été reconnus par les deux époux avant le mariage ou au plus tard lors de la célébration ; 2^o que les auteurs de l'enfant contractent mariage. Le reste semble appartenir à la forme : il en est ainsi notamment de la célébration du mariage et du mode de constatation de la reconnaissance. Même au point de vue de la légitimation, le mariage pourrait donc être valablement célébré, et la reconnaissance valablement constatée, dans la forme prescrite par la loi du pays. D'où il résulte logiquement que la filiation des enfants serait suffisamment établie par une possession constante antérieure au mariage, si la loi du pays où le mariage est contracté admet la possession d'état comme mode de preuve de la filiation des enfants naturels ; car la filiation serait alors établie antérieurement au mariage suivant les formes prescrites par la loi du pays. Mais il paraît difficile d'admettre, comme l'a cependant fait la cour de Besançon (25 juillet 1876, S., 79. 2. 249), que la légitimation puisse se produire au profit d'enfants dont la filiation n'était aucunement établie lors du mariage, pas même par la possession d'état, et qui acquièrent cette possession pendant le cours du mariage : cela sous prétexte que la loi du pays où le mariage est contracté (la Californie) admet la légitimation dans ces conditions. Le mode de constatation de la reconnaissance des enfants naturels, et par suite de leur filiation, appartient bien à la forme ; mais l'époque à laquelle la filiation doit être constatée, paraît être une condition de fond, qui doit à ce titre être régie par la loi française.

SECTION II

DE LA RECONNAISSANCE DES ENFANTS NATURELS

892. Sous ce titre, le législateur traite des divers modes de preuve de la filiation naturelle. Tandis qu'il établit dans le chapitre II trois modes de preuve de la filiation légitime, savoir l'acte de naissance, la possession d'état et la preuve par témoins, il n'en indique plus ici que deux en ce qui concerne la filiation naturelle : la reconnaissance volontaire, et la reconnaissance judiciaire ou forcée. On verra qu'il n'y a pas lieu d'ajouter à cette liste.

§ I. *De la reconnaissance volontaire.*

893. La reconnaissance volontaire est une déclaration de paternité ou de maternité, faite par le père ou par la mère d'un enfant naturel dans les formes prescrites par la loi. L'acte authentique (art. 334), qui constate cette reconnaissance, forme le titre de l'enfant naturel. Il constitue le mode de preuve régulier et normal de la filiation naturelle, de même que l'acte de naissance constitue le mode de preuve régulier et normal de la filiation légitime (art. 319). Au point de vue de la preuve de la filiation, l'acte de reconnaissance est donc pour l'enfant naturel ce qu'est l'acte de naissance pour l'enfant légitime.

N^o 1. **En quelle forme la reconnaissance doit être faite.**

894. La reconnaissance d'enfant naturel doit être faite dans la forme authentique. C'est ce qui résulte de l'art. 334, ainsi conçu :

« La reconnaissance d'un enfant naturel sera faite par un acte authentique, lorsqu'elle ne l'aura pas été dans son acte de naissance ». L'acte authentique est celui qui a été reçu par un officier public compétent, et avec les solennités requises (art. 1317). L'authenticité est ici nécessaire : 1^o pour assurer l'irrévocabilité de la reconnaissance. Il restera en effet une minute de l'acte, qui ne sera pas à la disposition des parties et qu'elles ne pourront pas faire disparaître ; 2^o pour garantir la liberté et la sincérité de la reconnaissance. La présence de l'officier public qui recevra la reconnaissance et des témoins instrumentaires, protégera dans une certaine mesure l'auteur de la reconnaissance contre les surprises ou les violences dont on voudrait le rendre victime. A ce double point de vue, un acte sous seing privé eût été loin d'offrir les mêmes garanties.

On le voit, c'est pour des raisons majeures que la loi a exigé l'authenticité de l'acte de reconnaissance. Aussi tous les auteurs admettent-ils que l'authenticité est requise ici *ad sollemnitatem*, c'est-à-dire comme une condition essentielle à la validité, disons mieux, à l'existence même de la reconnaissance. La loi ne le dit pas, mais elle le sous-entend. La reconnaissance d'enfant naturel est donc un acte *solennel*, c'est-à-dire un acte dans lequel *forma dat esse rei*.

895. Quels sont les officiers publics compétents pour recevoir une reconnaissance d'enfant naturel et en dresser acte ? Régulièrement ce sont les officiers de l'état civil et les notaires.

A. *Les officiers de l'état civil.* Leur compétence est naturellement indiquée, puisqu'il s'agit d'un acte relatif à l'état civil. — Si la reconnaissance est faite devant l'officier de l'état civil en même temps que la déclaration de naissance de l'enfant, l'officier de l'état civil dresse un acte unique pour constater tout à la fois la naissance et la reconnaissance. — Si la reconnaissance est faite postérieurement à la déclaration de naissance, alors l'officier de l'état civil en dresse un acte distinct, qu'il inscrit sur les registres à sa date, et dont il doit faire mention en marge de l'acte de naissance, s'il en existe un (art. 62). — Dans le cas particulier où la reconnaissance est faite en vue de la légitimation de l'enfant, au moment de la célébration du mariage de ses père et mère, l'officier de l'état civil la constate dans l'acte de mariage (art. 331). Cpr. *supra*, n. 276.

B. *Les notaires.* Ils ont en effet qualité, d'après l'art. 1^{er} de la loi du 25 ventôse an XI, pour recevoir tous les actes auxquels les par-

ticuliers veulent ou doivent faire donner le caractère de l'authenticité.

D'après le projet, les officiers de l'état civil devaient avoir une compétence exclusive pour recevoir les reconnaissances d'enfants naturels et en dresser acte. Ce système présentait un inconvénient grave : il ne permettait pas à l'auteur de la reconnaissance de la tenir secrète. En effet la reconnaissance reçue par un officier de l'état civil sera nécessairement inscrite sur les registres de l'état civil, qui sont publics. On pouvait craindre qu'un grand nombre de reconnaissances ne fussent ainsi entravées. C'est pourquoi le législateur a admis, parallèlement à la compétence de l'officier de l'état civil, la compétence du notaire. La reconnaissance faite devant notaire pourra être tenue dans l'ombre jusqu'au moment où il conviendra de la faire apparaître. En effet les minutes des notaires ne sont pas à la disposition du public : il n'en est dû communication qu'aux parties intéressées (loi du 25 ventôse an XI, art. 23). Ces considérations prouvent que la reconnaissance faite devant notaire, ne doit pas nécessairement être transcrite sur les registres de l'état civil. L'art. 62 ne contredit pas cette solution. D'abord sa place, dans le titre *Des actes de l'état civil*, semble bien indiquer qu'il n'est applicable qu'aux reconnaissances faites devant l'officier de l'état civil. Son texte d'ailleurs confirme cette induction : l'acte de reconnaissance, dit la loi, doit être *inscrit* sur les registres ; or, pour un acte notarié de reconnaissance, il ne pourrait être question que d'une *transcription* ou copie, et non d'une *inscription* sur les registres. Enfin l'article ajoute que l'acte doit être inscrit *à sa date*, ce qui serait souvent impossible pour un acte notarié de reconnaissance.

896. D'après l'art. 2 de la loi du 21 juin 1843, la reconnaissance d'enfant naturel figure parmi les actes pour lesquels la présence réelle du notaire en second ou des témoins instrumentaires est exigée à peine de nullité, au moins au moment de la lecture de l'acte par le notaire rédacteur et de sa signature par les parties.

L'acte notarié, contenant reconnaissance d'un enfant naturel, doit être rédigé en minute à peine de nullité (arg. art. 20 et 68 de la loi du 25 ventôse an XI).

Une reconnaissance faite par acte sous seing privé ne deviendrait pas valable par le dépôt qui serait fait de cet acte chez un notaire ; les actes sous-seing privé dont le dépôt a été effectué dans l'étude d'un notaire et constaté par un acte, ne deviennent pas pour cela des actes authentiques.

* **897.** Il est généralement admis en doctrine et en jurisprudence qu'une reconnaissance d'enfant naturel peut accidentellement être reçue et constatée :

1^o Par le juge de paix, assisté de son greffier, *siégeant comme magistrat conciliateur*, dans le procès-verbal qu'il dresse pour constater les dires et déclarations des parties et les conventions intervenues entre elles. Ce procès-verbal étant un acte authentique, on ne voit pas pourquoi la reconnaissance qu'il constate ne serait pas valable. En dehors de cette hypothèse spéciale, et peut-être de celle où il préside un conseil de famille, le juge de paix ne pourrait pas recevoir une reconnaissance d'enfant naturel et en dresser acte, parce qu'il n'a pas qualité pour constater dans la forme authentique les déclarations faites par les particuliers.

2^o Par un tribunal, lorsque, dans le cours d'une instance pendante devant lui, l'une des parties a reconnu un enfant naturel, et qu'il a été demandé acte de cette reconnaissance au tribunal. Il faut que la reconnaissance se rattache au débat. On peut citer comme exemple la reconnaissance intervenue pendant le cours d'une instance en dommages et intérêts, intentée par une fille séduite contre son séducteur. La reconnaissance peut encore être reçue par un juge commissaire ou un magistrat instructeur dans un procès-verbal d'enquête. Un arrêt de la cour de cassation du 13 juillet 1886, S., 87. 1. 65, D., 87. 1. 119, a fait l'application de ce principe dans l'espèce suivante : Une jeune fille abandonnée par son séducteur avait tenté de le tuer ; celui-ci, entendu comme témoin, déclara qu'il avait eu avec l'accusée des relations à la suite desquelles elle était devenue enceinte. Cette

déclaration, constatée dans le procès-verbal d'enquête, qui est un acte authentique, équivaut, dit la cour de cassation, à une reconnaissance au profit de l'enfant à naître. Le fait que cette reconnaissance a été provoquée par les questions du magistrat instructeur et a eu lieu après la prestation de serment, n'implique pas qu'elle ait été le résultat d'une violence morale.

3° Une reconnaissance d'enfant naturel peut valablement être faite dans un testament *par acte public* ; car ce testament est un acte notarié (art. 971), partant un acte authentique. Mais non dans un testament olographe, qui est un acte sous seing privé (art. 999). Ni même dans un testament mystique. Il n'y a d'authentique dans le testament mystique que l'acte de suscription ; cet acte de suscription ne communique pas l'authenticité au testament dont il signale seulement l'existence sous l'enveloppe. La reconnaissance pourrait, il est vrai, être faite valablement dans l'acte de suscription ; mais on ne comprendrait guère que le testateur, qui, en employant la forme mystique, paraît rechercher le secret, usât de ce moyen, qui fera passer la reconnaissance sous les yeux de six témoins au moins (arg. art. 976).

La reconnaissance contenue dans un testament par acte public, serait-elle révocable comme l'est le testament qui la contient ? Il y a controverse sur ce point. La jurisprudence décide que la reconnaissance, étant irrévocable de sa nature, conserve ce caractère même quand elle est déposée dans un testament. Il y a en effet de puissantes raisons à faire valoir en ce sens. L'art. 895 qui pose le principe de la révocabilité des dispositions testamentaires, nous dit en même temps que « Le testament est un acte par lequel le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens ». C'est le testament ainsi défini que la loi déclare révocable, donc le testament en tant qu'il est un acte de disposition des biens. Par suite, s'il renferme accidentellement des dispositions étrangères aux biens, et que ces dispositions soient irrévocables de leur nature, cette circonstance qu'elles sont contenues dans un testament ne les rendra pas révocables. Or tel est le caractère de la reconnaissance ; elle est un aveu, et un aveu est irrévocable de sa nature. Il en doit être, à ce point de vue, de la reconnaissance contenue dans un testament, comme de celle qui serait contenue dans un contrat de mariage. Le contrat de mariage n'est qu'un projet, tant que le mariage en vue duquel il a été dressé n'est pas conclu : ce qui n'empêche pas, de l'avis général, la reconnaissance renfermée dans un contrat de mariage d'être efficace indépendamment de la célébration. Pourquoi n'en serait-il pas de même de la reconnaissance contenue dans un testament ? — Mêmes principes pour la reconnaissance contenue dans une procuration.

Et toutefois la jurisprudence a reculé devant une conséquence nécessaire de son système. Si la reconnaissance contenue dans un testament est irrévocable, il n'y a pas de motif pour qu'elle ne puisse pas produire ses effets immédiatement ; on devra donc permettre à l'enfant de s'en prévaloir même du vivant de son auteur, par exemple pour obtenir une pension alimentaire ; de même qu'on devrait lui permettre d'invoquer la reconnaissance contenue dans un contrat de mariage, même avant que le contrat ait été vivifié par la célébration du mariage. En refusant d'admettre la conséquence qui vient d'être signalée, la jurisprudence a fourni une arme puissante à ses adversaires qui ont dit : Si la conséquence n'est pas admissible, le principe d'où elle découle ne l'est pas non plus ; un prétendu principe qui engendre des conséquences inacceptables est un faux principe. — La critique paraît fondée : si l'on admet le principe, il faut admettre la conséquence. — C'est impossible, dit-on ; car on arriverait ainsi à exécuter un testament du vivant du testateur, ce qui est contraire à toutes les règles. — Ne peut-on pas répondre que, donner un effet immédiat à la reconnaissance, ce n'est pas exécuter le testament, par cette raison toute simple que la disposition qui contient la reconnaissance n'est pas une disposition testamentaire ; il n'y a de telles que celles relatives aux biens (art. 895). Ce n'est pas plus une disposition testamentaire que la reconnaissance contenue dans un contrat de mariage n'est une convention matrimoniale ; et, de même qu'une telle reconnaissance peut produire son effet avant que le contrat de mariage ait force obligatoire, de même rien ne s'oppose à ce que la reconnaissance contenue dans un testament produise

ses effets du vivant du testateur. Encore une fois, ce n'est pas une disposition testamentaire.

898. Si la reconnaissance ne doit pas être faite en termes sacramentels, elle ne peut cependant résulter que d'une déclaration ne laissant aucun doute sur la volonté de son auteur. D'ailleurs la reconnaissance peut être faite incidemment dans un acte authentique ayant un autre objet, par exemple dans un acte portant donation entre vifs; et il importerait peu dans ce cas que la reconnaissance fût faite en termes simplement énonciatifs, s'ils supposent nécessairement la volonté de reconnaître l'enfant chez l'auteur de celui-ci. Cass., 24 janvier 1888, S., 89. 1. 53, D., 88. 1. 302. Cpr. Cass., 13 juillet 1886, S., 87. 1. 65, D., 87. 1. 119, et Amiens, 26 nov. 1891, D., 92. 2. 425.

N° 2. Au profit de quels enfants la reconnaissance peut avoir lieu.

899. La reconnaissance ne peut avoir lieu qu'au profit des enfants naturels simples. « *Cette reconnaissance ne pourra avoir lieu au profit des enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin* », dit l'art. 335. Dans un intérêt de moralité publique, on n'a pas voulu que la paternité ou la maternité adultérine ou incestueuse pût être révélée.

La reconnaissance des enfants adultérins ou incestueux étant prohibée, il en résulte que l'officier public, qui serait requis de constater une semblable reconnaissance, devrait refuser de la recevoir : ministre de la loi, son premier devoir est de ne pas prêter la main à sa violation. La pratique offre cependant d'assez nombreux exemples de reconnaissances d'enfants adultérins ou incestueux. C'est que le plus souvent les auteurs de la reconnaissance, ne révèlent pas à l'officier public, dont ils empruntent le ministère, le vice d'adultère ou d'inceste dont la reconnaissance est entachée. Ainsi un homme marié, qui veut reconnaître son enfant adultérin, évitera soigneusement de faire savoir à l'officier public qu'il était marié lors de la conception de l'enfant, et l'officier public qui, on le suppose, ne connaît pas personnellement le déclarant, dressera acte de la reconnaissance. Ou bien encore, si les auteurs d'un enfant incestueux veulent reconnaître leur enfant dans un seul et même acte, ils se garderont bien d'indiquer à l'officier public le lien de parenté qui les unit; de sorte que l'officier public, qui ignore ce lien de parenté, dressera, de bonne foi acte d'une reconnaissance illégale.

* La reconnaissance est un aveu. Or l'aveu est indivisible (arg. art. 1356). Il en résulte que, si un homme non marié, en reconnaissant un enfant naturel, lui a assigné comme mère une femme mariée, la nullité de la reconnaissance, en tant qu'elle s'applique à la mère, entraîne aussi la nullité de la reconnaissance quant au père. Même solution, bien que ce soit un peu plus douteux, pour le cas d'une reconnaissance faite par une femme libre de tout lien, avec attribution de la paternité de l'enfant à un homme marié. Cass., 29 janvier 1883, D., 83. 1. 319, S., 84. 1. 73, et la note.

900. Dans tous les cas où il sera *légalement constant* que la reconnaissance s'applique à un enfant adultérin ou incestueux, cette reconnaissance sera nulle. La loi ne le dit pas, mais elle le donne clairement à entendre par les termes prohibitifs de l'art. 335. Ainsi un homme marié a un enfant, fruit de ses relations avec une fille libre; il reconnaît cet enfant. L'acte de reconnaissance ne dit pas que le père de l'enfant était marié lors de la conception de celui-ci, mais ce fait est prouvé par son acte de mariage inscrit sur les registres de l'état civil. La reconnaissance sera nulle. De même, en ce qui concerne un enfant incestueux, si cet enfant a été reconnu par son père et par sa mère dans un même acte, le lien de parenté qui existe entre les auteurs de l'enfant étant, on le suppose, légalement constant, la reconnaissance sera nulle. Mais si l'enfant a été reconnu par son père seulement ou par sa mère seulement, la reconnaissance sera valable, puisque l'origine incestueuse de l'enfant ne sera pas légalement établie.

900 bis. La reconnaissance faite au profit d'un enfant dont l'origine adultérine ou

incestueuse est légalement établie étant nulle, il en résulte que cette reconnaissance ne produit aucun effet, ni *contre l'enfant*, ni *en sa faveur*, conformément à la règle *Quod nullum est nullum producit effectum*.

Elle ne produit pas d'effet *contre l'enfant*. On ne pourra donc pas la lui opposer pour faire réduire les donations qui lui auraient été faites par son auteur en violation de l'art. 908, c'est-à-dire les donations qui excèderaient les limites d'une donation alimentaire.

Elle ne produit pas non plus d'effet *au profit de l'enfant*. Il ne pourra donc pas l'invoquer à l'effet d'obtenir des aliments conformément aux art. 762 et 763.

Mais alors, dira-t-on, les art. 908 et 762 seront lettre morte. Si la reconnaissance faite au profit d'un enfant adultérin ou incestueux ne peut pas être invoquée contre lui à l'effet de lui faire appliquer l'art. 908, et si ce même enfant ne peut pas invoquer cette reconnaissance pour exercer le droit qui lui est conféré par l'art. 762, ces deux textes ne recevront jamais leur application, puisqu'il ne sera jamais possible aux adversaires d'un enfant d'établir sa filiation adultérine ou incestueuse, ni à l'enfant lui-même de prouver cette filiation. — On pourrait être tenté de croire en effet que le législateur, en décrétant les art. 908 et 762, a perdu de vue la disposition de l'art. 335. Mais cette imputation serait d'une extrême gravité, et ne doit être admise qu'à la dernière extrémité. Or il n'est pas impossible de trouver des cas, rares, il est vrai, dans lesquels la filiation adultérine ou incestueuse d'un enfant se trouve légalement constatée en l'absence de toute reconnaissance. Alors s'appliqueront les art. 908 et 762. Citons les principaux :

a. Un mari désavoue l'enfant de sa femme. Le jugement qui admet le désaveu constate la filiation adultérine de l'enfant, puisqu'il est légalement constant qu'il appartient à la mère et que le mari n'en est pas le père.

b. Un enfant qui se prétend légitime est admis à prouver sa filiation maternelle par témoins; il réussit dans cette preuve; mais le mari de son côté parvient à prouver, comme le lui permet l'art. 325, qu'il n'est pas le père de l'enfant. Le jugement qui constatera ces deux points établira la filiation adultérine de l'enfant.

c. Un mariage est annulé comme ayant été contracté au mépris de l'existence d'un premier lien. L'adultérité des enfants issus de ce mariage sera légalement établie.

d. Un mariage est annulé comme ayant été contracté entre deux personnes parentes au degré où le mariage est prohibé. Les enfants issus de ce mariage seront légalement des enfants incestueux.

901. Les enfants naturels simples sont donc les seuls qui puissent être l'objet d'une reconnaissance valable et susceptible de produire des effets. D'ailleurs rien ne s'oppose à ce qu'un enfant naturel soit reconnu pendant qu'il est encore dans le sein de sa mère. Le père peut songer à faire une semblable reconnaissance en prévision du cas où il viendrait à mourir avant la naissance de l'enfant, et la mère en prévision du cas où elle succomberait, dans les douleurs de l'enfantement. L'intérêt de l'enfant à cette reconnaissance anticipée est manifeste, et par suite elle doit être autorisée en vertu de la maxime *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*. Cpr. Cass., 13 juillet 1886, S., 87. 1. 65, D., 87. 1. 119, et *supra* n. 897-2°.

Il est également sans difficulté que la reconnaissance d'un enfant naturel pourrait être faite après sa mort, au cas où il aurait laissé des descendants, et en vue de procurer à ceux-ci le bénéfice de la légitimation (arg. art. 331 et 332).

La question de savoir si un enfant naturel peut être reconnu après sa mort, quand il n'a

pas laissé de descendants, est plus délicate. On a dit en faveur de la négative : Une pareille reconnaissance se présente sous un jour défavorable, car elle est faite uniquement en vue de recueillir la succession de l'enfant décédé. Comprend-on que la loi accueille la prétention d'un homme ou d'une femme, qui, après avoir dissimulé sa paternité ou sa maternité pendant toute la vie de son enfant, sans doute pour échapper aux charges qu'elle lui aurait imposées, vient la révéler quand elle peut être pour lui la source d'un profit? D'ailleurs il résulte de l'art. 332 que la légitimation d'un enfant naturel décédé n'est possible que quand il a laissé des descendants; il en doit être de même de la reconnaissance, car, au point de vue des droits qu'elle peut conférer aux parents, la reconnaissance équivaut à une légitimation, quand l'enfant n'a pas laissé de descendants. V. dans ce sens un arrêt de la cour de cassation de Florence, toutes chambres réunies, très longuement motivé, rapporté dans S., 86. 4. 22. — La loi aurait pu consacrer ce système; mais, dans son silence, il est fort douteux qu'on puisse l'admettre. L'art. 332 n'est rien moins que décisif. L'argument *a contrario* qu'on en tire prouverait jusqu'à un certain point qu'on ne peut pas légitimer un enfant naturel décédé qui n'a pas laissé de descendants; mais il ne prouve nullement que cet enfant ne puisse pas être reconnu; car autre chose est la légitimation, autre chose la reconnaissance. La vérité est qu'il n'y a pas de loi qui interdise la reconnaissance; donc elle doit être permise. La reconnaissance ne fait que révéler une filiation préexistante, et on ne voit pas comment la mort de l'enfant pourrait faire obstacle à cette révélation. N'y a-t-il pas des cas d'ailleurs où aucune faute ne peut être reprochée à l'auteur de la reconnaissance posthume? Qu'on suppose une mère, qui a toujours prodigué à son enfant les soins les plus empressés; elle n'a pas reconnu cet enfant pendant sa vie, parce qu'elle croyait la reconnaissance inutile, sa maternité étant hautement avouée; et puis, lorsqu'après la mort de l'enfant le fisc se présentera pour recueillir sa maigre succession, on ne permettra pas à la mère de l'exclure, sous prétexte qu'elle n'a pas reconnu l'enfant du vivant de celui-ci, et que la reconnaissance faite après sa mort est nulle!

N° 3. Par qui la reconnaissance d'un enfant naturel peut être faite.

902. La reconnaissance d'un enfant naturel ne peut émaner que de ses auteurs ou de l'un d'eux, car il s'agit d'un fait essentiellement personnel.

Il en résulte notamment que la reconnaissance d'un enfant naturel ne peut pas être faite par les héritiers de son auteur décédé. Paris, 11 juin ou août 1891, D., 92. 2. 533, S., 92. 2. 213.

Notre principe ne fait pas obstacle à ce que la reconnaissance soit effectuée par le ministère d'un mandataire; mais la procuration donnée à cet effet doit nécessairement être *spéciale*, c'est-à-dire *ad hoc*, et *authentique*, c'est-à-dire notariée. Arg. art. 36 C. civ. et art. 2 de la loi du 21 juin 1843.

Lorsque les deux auteurs de l'enfant le reconnaissent à la fois, cette double reconnaissance peut être constatée par un seul et même acte.

La loi ne s'explique pas sur la capacité requise pour reconnaître un enfant naturel. Concluons-en que ce droit appartient à toute personne capable de faire une déclaration digne de foi. On ne peut guère songer à appliquer ici les règles relatives à la capacité de contracter; car la reconnaissance d'un enfant naturel n'est pas un contrat: c'est une déclaration, un aveu.

Une reconnaissance d'enfant naturel peut donc être faite valablement, non seulement par tout individu majeur et maître de ses droits, mais encore :

a. *Par un interdit*, pendant un intervalle lucide, bien entendu. *Non obstat* art. 502 qui dispose que « Tous actes passés par l'interdit... sont nuls de droit » ; car l'interdiction n'a pour but que la protection des intérêts pécuniaires de l'interdit ; ses effets ne doivent donc se produire que relativement aux actes qui ont un caractère pécuniaire ; or la reconnaissance d'enfant naturel a un caractère *essentiellement* sinon *exclusivement* moral. A plus forte raison, une reconnaissance d'enfant naturel pourrait-elle être faite par une personne soumise à l'autorité d'un conseil judiciaire sans l'assistance de son conseil (arg. art. 499 et 513). Caen, 26 avril 1887, S., 87. 2. 125. Cpr. *infra*. n. 1180 *bis*.

b. *Par un mineur même non émancipé*. Si un mineur ne pouvait pas lui-même reconnaître son enfant naturel, la reconnaissance serait impossible jusqu'à sa majorité ; car, de l'avis de tous, cet acte ne rentre pas dans le mandat du tuteur. Or ce résultat serait doublement regrettable. D'abord il empêcherait la légitimation de l'enfant par le mariage de ses parents jusqu'à leur majorité. Et puis l'enfant serait nécessairement privé de son état par suite de la mort de ses auteurs avant leur majorité. Cpr. Bruxelles, 25 février 1888, S., 89. 4. 3.

c. *Par une femme mariée*, sans l'autorisation de son mari ou de la justice. C'est ce qui paraît résulter de l'art. 337.

La doctrine et la jurisprudence sont à peu près d'accord sur ces divers points.

903. La reconnaissance émanée d'un seul des auteurs d'un enfant naturel n'établit sa filiation qu'à l'égard de cet auteur ; elle demeure sans effet par rapport à l'autre. La reconnaissance est un aveu ; or l'aveu est essentiellement personnel. Il en serait ainsi, alors même que l'acte de reconnaissance contiendrait l'indication du nom de l'autre auteur de l'enfant.

Cependant à cette règle l'art. 336 apporte une exception : « La reconnaissance du père, sans l'indication et l'aveu de la mère, n'a d'effet qu'à l'égard du père » (1). Une jurisprudence constante induit de cet article, par argument *a contrario*, que la reconnaissance du père avec l'indication et l'aveu de la mère produit effet à l'égard de celle-ci. C'est-à-dire que si le père d'un enfant naturel, en le reconnaissant, a indiqué le nom de la mère, il suffira que la mère confirme par son aveu la déclaration de maternité faite par le père, pour que la filiation de l'enfant soit légalement établie par rapport à elle. Et comme la loi n'exige pas que l'aveu de la mère soit fait dans une forme déterminée, on en conclut qu'un aveu quelconque suffit, soit un aveu exprès, contenu dans un écrit émané de la mère, soit même un aveu tacite, résultant des circonstances, principalement de la conduite de la mère à l'égard de l'enfant, par exemple, des soins qu'elle lui a donnés. Nîmes, 13 février 1887, S., 87. 2. 172, et Cass. Belgique, 6 juillet 1888, D., 89. 2. 236.

Cette solution toutefois est vivement contestée par quelques auteurs. L'art. 336, disent-

(1) C'est surtout dans les reconnaissances faites par le père avant la naissance de l'enfant que l'on rencontre l'indication de la mère. Cette indication est alors absolument indispensable pour permettre de savoir qui est l'enfant auquel s'applique la reconnaissance.

ils, n'est pas assez précis pour qu'on puisse le considérer comme établissant une dérogation aussi grave au principe, essentiel en cette matière, que la reconnaissance d'un enfant naturel ne peut être faite que par acte authentique (art. 334). Mais on doit convenir qu'ils ne donnent pas une explication bien satisfaisante des mots « sans l'indication et l'aveu de la mère ». Ils signifieraient : *sans l'indication de la mère, faite de son aveu*; DE SON AVEU, c'est-à-dire avec son consentement, et ce consentement ne pourrait être donné que par acte authentique conformément à l'art. 334. L'art. 336 voudrait donc dire : Quand un père, en reconnaissant son enfant naturel, a indiqué la mère, sans que celle-ci lui en ait donné pouvoir par une procuration spéciale et authentique, cette indication ne produit aucun effet par rapport à la mère.

Ainsi interprété, l'art. 336 ne contiendrait rien de particulier à la reconnaissance faite par le père; car il en serait exactement de même de la reconnaissance faite par la mère: nul doute, en effet, que l'indication du père, faite par la mère dans l'acte par lequel elle reconnaît son enfant, sans une procuration spéciale et authentique du père, ne produirait aucun effet par rapport à celui-ci. Et alors on se demande pourquoi le législateur n'aurait pas conservé la troisième rédaction qui avait été donnée à l'art. 336 à la suite des discussions au conseil d'Etat: « La reconnaissance d'un enfant naturel n'aura d'effet qu'à l'égard de celui qui l'aura reconnu ». En remplaçant cette rédaction par celle qu'il a définitivement adoptée, le législateur a certainement voulu établir une particularité relative à la reconnaissance faite par le père. Où est cette particularité dans le système qui vient d'être développé? On la voit au contraire très nettement dans celui de la jurisprudence: elle consiste en ce que l'indication de la mère, faite par le père dans l'acte de reconnaissance, suffit pour constater la filiation maternelle de l'enfant, si cette indication est confirmée par un aveu de la mère; tandis que l'indication du père, faite par la mère, fût-elle confirmée par un aveu exprès ou tacite du père, ne suffit pas pour prouver la filiation paternelle de l'enfant. Différence d'ailleurs assez facile à expliquer dans le système adopté par le législateur du code civil, qui interdit la recherche de la paternité (art. 340), tandis qu'il admet la recherche de la maternité (art. 341). — Quelques auteurs regrettent même que le législateur n'ait pas accordé à l'indication de la mère, faite par ceux qu'il charge de déclarer la naissance de l'enfant et constatée par l'acte de naissance de cet enfant, la même vertu qu'à l'indication faite par le père et consignée dans l'acte constatant sa reconnaissance, c'est-à-dire la vertu de prouver légalement la filiation maternelle, sous la seule condition d'être confirmée par l'aveu exprès ou tacite de la mère.

N° 4. Dans quels cas une reconnaissance d'enfant naturel est inexistante ou nulle.

904. a. La reconnaissance d'enfant naturel est inexistante, ou nulle de nullité radicale et absolue, suivant le langage de quelques-uns;

- 1° Lorsqu'elle émane d'un individu privé de raison;
- 2° Lorsqu'elle n'a pas été faite dans les formes prescrites par la loi, car la reconnaissance est un acte solennel. Telle serait la reconnaissance faite par acte sous seing privé ou verbalement. Toutefois la reconnaissance faite *par la mère* en la forme sous seing privé pourrait servir à l'enfant de commencement de preuve par écrit, à l'effet de prouver par témoins sa filiation maternelle (arg. art. 341).

L'inexistence d'une reconnaissance peut être invoquée en tout temps et par tout intéressé, soit en demandant, soit en défendant.

904 bis. b. — Une reconnaissance d'enfant est simplement nulle ou annulable.

1° Lorsqu'elle est entachée de violence ou de dol.

* La nullité ne peut être invoquée dans ce cas que par l'auteur de la reconnaissance (arg. art. 1117). Elle serait susceptible de se couvrir par la confirmation ou ratification et aussi par la prescription. Mais la prescription ne s'accomplirait ici que par trente ans (arg. art. 2262), et non pas dix ans, conformément à l'art. 1304 dont la disposition exceptionnelle ne vise que les actions en nullité des *conventions*.

2° Lorsqu'elle est contraire à la vérité. C'est à cette hypothèse que se réfère l'art. 339, ainsi conçu : « *Toute reconnaissance de la part du père ou de la mère, de même que toute réclamation de la part de l'enfant, pourra être contestée par tous ceux qui y auront intérêt* ».

L'intérêt, sur le fondement duquel on peut être admis à contester une reconnaissance comme n'étant pas l'expression de la vérité, peut être moral ou pécuniaire.

A. On peut citer comme ayant un intérêt moral :

a. L'enfant objet de la reconnaissance. Il ne lui suffirait pas de déclarer qu'il répudie la reconnaissance dont il a été l'objet, car sa volonté ne saurait exercer aucune influence sur son état; il doit prouver que cette reconnaissance est contraire à la vérité, et il peut faire cette preuve par tous les moyens possibles.

b. Toute personne qui a déjà reconnu l'enfant naturel. Et cela non seulement lorsque la deuxième reconnaissance est contradictoire avec la première, mais aussi lorsqu'elle est susceptible de se concilier avec elle. Deux reconnaissances sont contradictoires quand elles émanent de deux personnes de même sexe, nul ne pouvant avoir deux pères ni deux mères. Deux reconnaissances sont susceptibles de se concilier entre elles, quand elles sont faites par des personnes de sexe différent. Même dans ce dernier cas, comme nous venons de le dire, l'auteur de l'une des reconnaissances peut contester l'autre : car un homme a un intérêt moral incontestable à ce qu'une femme quelconque n'usurpe pas la maternité de l'enfant dont il s'est reconnu le père, et une femme a un intérêt plus palpable encore à ce que sa maternité ne soit pas rattachée à la paternité du premier venu.

c. Enfin l'auteur lui-même de la reconnaissance contraire à la vérité peut l'attaquer. Cette solution, qui est admise sans difficulté dans l'hypothèse où la reconnaissance est le résultat d'une violence, d'un dol, ou d'une erreur sur la personne de l'enfant, est au contraire contestée pour le cas où la fausse reconnaissance a été faite sciemment et en dehors de toute influence étrangère. Mais la maxime *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, que l'on oppose alors comme fin de non-recevoir à l'auteur de la reconnaissance qui veut la contester, ne paraît pas suffisante pour neutraliser l'argument tiré de la généralité des termes de l'art. 339, qui permet à « tout intéressé », sans exception, d'attaquer la reconnaissance. D'autant plus qu'il s'agit ici de l'état d'un enfant, c'est-à-dire d'une matière d'ordre public, et il est désirable que la vérité se fasse jour par tous les moyens possibles.

Par arrêt en date du 20 avril 1885 (D., 86. 1. 23, S., 86. 1. 313), la cour de cassation a décidé que les collatéraux peuvent, indépendamment de tout intérêt pécuniaire, être admis, comme représentant la famille légitime d'une personne décédée, à contester la reconnaissance que cette personne a faite au profit de son enfant naturel et la légitimation qui en a été la conséquence. Cpr. Orléans, 14 avril 1886, sur renvoi, S., 86. 2. 191, D., 87. 2. 95.

B. Pourraient contester la reconnaissance, sur le fondement d'un intérêt pécuniaire :

a. Les héritiers de l'auteur de la reconnaissance, après le décès de celui-ci. — Ils ont intérêt à la faire tomber, pour empêcher l'enfant naturel de venir réclamer dans la succession de son auteur les droits que lui accordent les art. 757 et s.

b. Les donataires ou légataires, même à titre particulier, de l'auteur de la reconnaissance. L'annulation de la reconnaissance leur permettra d'échapper à l'action en réduction que l'enfant naturel exercerait contre eux en vue d'obtenir la réserve à laquelle il a droit.

c. Les autres enfants naturels reconnus de l'auteur de la reconnaissance. — En contestant la reconnaissance, ils cherchent à écarter un concurrent dont la présence diminue leurs droits.

905. Celui qui attaque une reconnaissance d'enfant naturel doit prouver qu'elle est contraire à la vérité. Cette preuve peut se faire par tous les moyens qu'admet la loi pour établir un simple fait, par conséquent même par témoins et par présomptions. L'action doit être intentée contre l'auteur de la reconnaissance et contre l'enfant. Si l'enfant n'était pas mis en cause, la décision judiciaire qui annulerait la reconnaissance n'aurait pas l'autorité de la chose jugée par rapport à lui (arg. art. 1351).

Dans la pratique, on nomme à l'enfant, quand il est mineur, un tuteur *ad hoc*. Mais la loi n'exigeant pas cette nomination, elle ne serait pas nécessaire pour la régularité de la procédure. L'enfant serait donc valablement représenté dans l'instance par son tuteur ordinaire.

905 bis. L'enfant naturel dont la reconnaissance est contestée ne peut pas invoquer contre l'action dont il est l'objet une fin de non-recevoir tirée de ce qu'il a une possession d'état conforme à son titre (acte de reconnaissance). L'art. 322 est spécial à la filiation légitime. Ce point est constant en jurisprudence depuis l'arrêt de cassation du 12 février 1868, (D., 68. 1. 60).

N° 5. Des effets de la reconnaissance volontaire.

906. La reconnaissance est non pas *attributive* mais simplement *déclarative* de la filiation de l'enfant auquel elle s'applique. Il est clair en effet, qu'avant la reconnaissance l'enfant avait une filiation, seulement cette filiation était légalement inconnue ; la reconnaissance vient la révéler et la constater. Il en résulte que les effets de la reconnaissance remontent au jour de la naissance et même, s'il y a lieu, de la conception de l'enfant.

La jurisprudence est, sur ce point, d'accord avec la doctrine. V. notamment Cass., 22 janvier 1884, D., 84. 1. 117, S., 84. 1. 227; Dijon, 20 déc. 1883, S., 84. 2. 163; Orléans, 5 févr. 1885, D., 86. 2. 166, S., 85. 2. 152; Dijon, 18 déc. 1891, D., 92. 2. 217, S., 92. 2. 44. Ce dernier arrêt juge, en conséquence, que la donation faite par un père naturel à son enfant tombe sous le coup de l'art. 908, même quand elle a été faite avant la reconnaissance.

Nous savons que la reconnaissance n'établit la filiation de l'enfant que par rapport à celui de ses auteurs dont elle émane, et non par rapport à l'autre ; ainsi la reconnaissance faite par la mère n'établit pas la filiation de l'enfant à l'égard de son père, de même que la reconnaissance faite par le père n'établit pas la filiation de l'enfant à l'égard de sa mère. Ajoutons que la reconnaissance ne crée de lien qu'entre l'enfant et l'auteur qui l'a reconnu, mais non entre l'enfant et les parents de cet auteur. La reconnaissance est un aveu ; or les conséquences d'un aveu sont personnelles à celui dont il émane. L'enfant naturel n'entre donc pas dans la famille de son père ou de sa mère qui l'a reconnu (art. 756 *in fine*). De là il résulte que la famille d'un enfant naturel est tou-

jours fort restreinte : elle ne peut comprendre que ses descendants légitimes ou ses enfants naturels, et, en ligne ascendante, seulement son père et sa mère qui l'ont reconnu. L'enfant naturel n'a pas de parents collatéraux. Et toutefois la loi semble reconnaître l'existence d'un lien de parenté entre les enfants naturels qui ont le même père ou la même mère ; elle les désigne sous le nom de *frères naturels*, et établit entre eux, à ce titre, un droit réciproque de successibilité (art. 766).

907. En révélant la filiation de l'enfant naturel, la reconnaissance fait naître à son profit certains droits, engendre à sa charge certaines obligations, et le frappe de certaines incapacités :

1° L'enfant naturel a le droit de porter le nom de son père ou de sa mère qui l'a reconnu. S'il a été reconnu par les deux, il portera le nom de son père ;

2° Les père et mère d'un enfant naturel reconnu ont sur sa personne et sur ses biens quelques-uns des droits, et sont soumis à la plupart des obligations résultant de la puissance paternelle (art. 383).

3° L'enfant naturel reconnu ne peut se marier ou se donner en adoption, sans obtenir le consentement ou sans requérir le conseil de ses père et mère, suivant les distinctions établies par la loi quand il s'agit d'un enfant légitime (art. 158 et 346).

4° La reconnaissance engendre une obligation alimentaire réciproque entre le père ou la mère dont elle émane et l'enfant reconnu.

5° Elle fait naître entre l'enfant et ses parents qui l'ont reconnu un droit réciproque de successibilité (art. 757 et 758, 764).

L'art. 338 nous indique par anticipation que les droits de succession de l'enfant naturel sont moins étendus que ceux de l'enfant légitime. « *L'enfant naturel reconnu ne pourra réclamer les droits d'enfant légitime. Les droits des enfants naturels seront réglés au titre des Successions* ». Ce n'est là qu'un article de renvoi. Le législateur a saisi la première occasion qui s'est offerte à lui pour annoncer qu'il ne voulait pas maintenir la scandaleuse assimilation établie par les lois révolutionnaires entre les enfants naturels et les enfants légitimes.

6° L'enfant naturel reconnu est frappé de l'incapacité de recevoir de ses père et mère, par donation entre vifs ou par testament, au delà de ce qui lui est accordé au titre *Des successions* (art. 908).

908. L'acte de reconnaissance forme le titre de l'enfant naturel, de même que l'acte de naissance forme le titre de l'enfant légitime. L'un comme l'autre prouve la filiation de l'enfant *erga omnes*.

L'enfant naturel reconnu peut donc invoquer son titre à l'égard de tous, à l'effet d'exercer les droits que lui donne sa qualité d'enfant naturel ; de même que tous intéressés peuvent lui opposer ce titre, à l'effet de lui faire subir les charges ou de lui faire appliquer les incapacités qu'entraîne cette qualité. Ainsi un enfant naturel pourra invoquer la reconnaissance dont il a été l'objet de la part de son père, à l'égard des héritiers de celui-ci,

afin de se faire attribuer dans la succession paternelle la part que lui alloue l'art. 757. En sens inverse, les héritiers du père pourront opposer à cet enfant sa reconnaissance, pour faire réduire aux limites déterminées par l'art. 908 les donations que son père lui a faites.

909. L'art. 337 consacre une exception remarquable à la règle que la reconnaissance constitue un titre opposable à tous. Ce texte 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 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* ».

Un homme a un enfant naturel; il épouse une femme autre que la mère de cet enfant; puis il reconnaît celui-ci pendant le cours du mariage. Ou bien une femme, qui a un enfant naturel, épouse un homme autre que le père, et reconnaît l'enfant pendant le mariage. Le législateur considère la reconnaissance faite dans ces conditions comme une violation de la foi promise. La loyauté semble exiger en effet que l'époux qui a dissimulé sa paternité ou sa maternité à son conjoint avant la célébration du mariage, ne la lui révèle pas par une reconnaissance faite pendant le mariage. Aussi notre article, sans annuler cette reconnaissance, décide-t-il qu'elle ne pourra pas être opposée au conjoint, en tant qu'elle pourrait lui nuire pécuniairement; et pour que ce conjoint ne soit pas indirectement atteint dans la personne de ses enfants, la loi ajoute que la reconnaissance ne pourra pas non plus nuire aux enfants nés du mariage. A l'égard de tous autres, la reconnaissance produirait ses effets ordinaires : notamment, s'il ne reste pas d'enfants du mariage, l'enfant naturel pourra opposer sa reconnaissance aux parents de son auteur (ascendants ou collatéraux), appelés à sa succession, et réclamer par rapport à eux la part déterminée par l'art. 757.

Tel est l'art. 337. Il établit, nous l'avons déjà dit, une exception au droit commun, d'après lequel la reconnaissance produit ses effets *erga omnes*. D'où il faut conclure que sa disposition ne doit pas être étendue en dehors de ses termes. *Exceptio est strictissimæ interpretationis*.

910. Deux conditions sont exigées par notre article pour qu'une reconnaissance d'enfant naturel tombe sous le coup de sa disposition.

PREMIÈRE CONDITION. — Il faut que la reconnaissance ait été faite pendant le mariage. Donc l'art. 337 serait inapplicable :

1° A la reconnaissance faite *avant le mariage*, eût-elle été tenue

secrète par son auteur et ignorée de son conjoint. D'ailleurs, en pareil cas, la reconnaissance, étant intervenue avant le mariage, avait fait naître un droit acquis au profit de l'enfant; ce droit ne peut pas être modifié par le fait postérieur de la célébration du mariage.

2° A la reconnaissance faite après la dissolution du mariage. Le motif de la loi manque ici non moins que son texte : comment en effet une reconnaissance, faite alors que le mariage a cessé d'exister, pourrait-elle être considérée comme une violation de la foi promise ? L'historique de la confection de la loi lève d'ailleurs tous les doutes. Le projet contenait une disposition qui ne donnait plein et entier effet à la reconnaissance faite après la dissolution du mariage qu'autant qu'il n'en restait pas d'enfants; or cette disposition n'a pas passé dans la rédaction définitive de la loi.

DEUXIÈME CONDITION. — Il faut que l'enfant reconnu par l'un des conjoints pendant le cours du mariage soit « d'un autre que de » son époux ». L'art. 337 ne s'appliquera donc plus, toutes les fois qu'il sera *légalement constant* que l'enfant reconnu par l'un des époux appartient aussi à l'autre, car il n'y a plus alors violation de la foi promise. Nous disons : *légalement constant*; peu importe d'ailleurs que ce soit par une reconnaissance faite avant, pendant ou après le mariage; et peu importe aussi que cette reconnaissance soit volontaire ou forcée.

911. Indiquons maintenant quelques applications du principe que la reconnaissance faite dans les conditions déterminées par l'art. 337 ne peut pas nuire à l'époux ni aux enfants issus du mariage.

a. Si, au décès de l'époux auteur de la reconnaissance, il existe des enfants légitimes issus du mariage, ils excluront complètement l'enfant naturel de la succession de son auteur. Autrement la présence de l'enfant naturel nuirait aux enfants issus du mariage.

b. Si l'époux dont émane la reconnaissance ne laisse lors de son décès aucun parent au degré successible, son conjoint aura droit à toute sa succession à l'exclusion de l'enfant naturel. Si l'enfant naturel pouvait, conformément au droit commun (art. 767), recueillir la succession par préférence au conjoint, sa reconnaissance nuirait à ce conjoint : ce que ne permet pas l'art. 337.

* Et toutefois un doute naît à cet égard de la partie finale de l'art. 337, qui déclare que la reconnaissance « produira son effet après la dissolution de ce mariage, s'il n'en reste » pas d'enfants ». Donc, pourrait-on dire, comme il n'y a dans l'espèce proposée aucun enfant du mariage, le droit commun reprend son empire, et par suite l'enfant naturel succède par préférence au conjoint. — Mais on reconnaît généralement que la disposition

finale de l'art. 337 n'est qu'une déduction du principe posé par l'alinéa 1^{er}, à savoir que la reconnaissance ne peut pas nuire au conjoint ni aux enfants issus du mariage, et qu'elle ne saurait par conséquent avoir pour résultat de paralyser dans un cas particulier l'application de ce principe. On s'explique d'ailleurs à merveille que le législateur n'ait pas songé au cas où un concours s'engagerait directement entre l'enfant naturel et le conjoint relativement à la succession de l'époux décédé, cette hypothèse étant de nature à se présenter très rarement, parce que sa réalisation suppose l'absence de tout parent du défunt au degré successible (arg. art. 767). Ici comme ailleurs *lex statuit de eo quod plerumque fit*. En ce sens, Cass., 28 mai 1878, D., 78. 1. 401, S., 79. 1. 337.

* c. L'enfant naturel reconnu dans les conditions déterminées par l'art. 337 ne pourra pas, en invoquant son droit de réserve sur les biens de son auteur décédé, faire réduire les donations que celui-ci a faites à son conjoint par le contrat de mariage ; autrement la reconnaissance de l'enfant nuirait au conjoint.

* 912. Que décider en ce qui concerne les donations entre vifs ou testamentaires faites par l'auteur de la reconnaissance à son conjoint pendant le mariage ? L'enfant naturel, dont la reconnaissance tombe sous le coup de l'art. 337, peut-il faire réduire ces donations pour obtenir sa réserve ? La négative paraît résulter, au premier abord, de la généralité des termes de l'art. 337, d'après lequel la reconnaissance ne peut pas nuire au conjoint ; elle lui nuirait, si les donations qui lui ont été faites par l'auteur de l'enfant pouvaient être réduites, sur la demande de l'enfant, en vertu du droit de réserve résultant de sa reconnaissance. Mais cette solution, conforme au texte de l'art. 337, serait contraire à son esprit. Vraisemblablement la loi entend sauvegarder ici seulement les droits qui appartiennent au conjoint *en cette qualité*, et non ceux qui peuvent lui appartenir à un autre titre. Or le droit de succession que l'art. 767 confère au conjoint survivant lui est bien attribué en sa qualité de conjoint ; il en est de même des avantages résultant du contrat de mariage : c'est sur la foi de ces avantages que le mariage a été contracté. La reconnaissance faite dans les conditions déterminées par l'art. 337, ne pourra donc porter atteinte à ces droits. Tout autre est la situation du conjoint en ce qui concerne les donations ou les legs à lui faits *constante matrimonio*. Ce n'est pas en qualité de conjoint qu'il vient en réclamer le bénéfice, et l'enfant naturel qui demande à les faire réduire est dans le vrai en disant que ce ne sont pas les droits du conjoint auxquels il porte atteinte, mais ceux du *donataire* ou du *légataire*. Comme le dit fort bien Marcadé, il est raisonnable de penser que les droits de l'époux, auxquels la reconnaissance ne peut pas nuire, sont ceux « qui découlent de cette qualité même, soit d'après les dispositions de la loi, soit d'après les clauses arrêtées dans le contrat de mariage comme condition de ce mariage ».

* 913. Mais voilà l'auteur de l'enfant naturel, qui, prévoyant que l'application de l'art. 337 privera cet enfant de tout droit dans sa succession, lui fait une donation ou un legs. Cette donation ou ce legs devra-t-il être exécuté au préjudice du conjoint du disposant ou des enfants du mariage, dans les limites de la quotité disponible bien entendu ? La plupart des auteurs admettent la négative. Ils disent en substance : Si on donne effet à la donation ou au legs dont l'enfant naturel a été gratifié, on accorde à l'auteur de la reconnaissance un moyen indirect, et bien simple, d'éluider l'art. 337 qui alors deviendra lettre morte. D'ailleurs, quand ce texte dit que la reconnaissance faite dans les conditions qu'il détermine ne peut pas nuire au conjoint ni aux enfants issus du mariage, cela revient à refuser à l'enfant naturel tout droit à la succession de son auteur, dans ses rapports avec le conjoint de celui-ci et les enfants du mariage ; or, aux termes de l'art. 908 l'enfant naturel ne peut rien recevoir par donation entre vifs ou testamentaire au delà de ce qui lui est alloué par la loi à titre de succession ; donc il ne peut rien recevoir en face du conjoint et des enfants du mariage, puisqu'à leur égard il n'a aucun droit de succession.

On peut répondre : L'art. 908 ne dit pas, comme on le lui fait dire, que l'enfant naturel ne peut rien recevoir par donation au delà de ce qui lui est accordé à titre de succession, mais bien « au titre des Successions ». Or l'art. 337 est placé dans le titre *De la paternité et de la filiation* ; il doit donc être laissé de côté pour l'application de l'art. 908. — D'ailleurs ce dernier texte suppose qu'il est accordé quelque chose à l'enfant naturel, et qu'on peut lui faire une donation dans la limite de ce qui lui est accordé. L'appliquer à notre

cas, dans lequel l'enfant naturel n'a aucun droit de succession, c'est l'étendre en dehors de ses termes; or l'art. 908 n'est pas susceptible d'une interprétation extensive, parce qu'il formule une prohibition fort rigoureuse et contient une disposition en quelque sorte pénale. — Enfin l'enfant naturel n'est-il pas en droit de dire : « La reconnaissance dont j'ai été l'objet, ayant été faite dans les conditions déterminées par l'art. 337, doit être considérée comme non avenue à l'égard du conjoint de mon auteur et des enfants issus du mariage; ma situation est donc la même par rapport à eux que si je n'avais jamais été reconnu; or, dans cette hypothèse, je pourrais conserver le don ou réclamer le legs qui m'a été fait, dans les limites de la quotité disponible ». Est-il juste que les adversaires de l'enfant puissent invoquer et rétorquer contre lui une reconnaissance qu'ils ne lui permettent pas d'alléguer en sa faveur? L'enfant naturel n'est-il pas bien fort quand il vient dire à ses adversaires : « Ma reconnaissance est valable à votre égard ou elle est nulle, choisissez. Si elle est valable, j'ai droit dans la succession de mon auteur à la part que m'alloue l'art. 757, et la donation ou le legs qui m'a été fait doit s'exécuter jusqu'à concurrence de cette part. Si elle est nulle, alors je n'ai aucun droit de succession à faire valoir, mais aussi je puis conserver le don qui m'a été fait ou en réclamer l'exécution dans les limites de la quotité disponible, comme pourrait le faire un étranger. Ce qui n'est pas admissible, c'est que vous soutenez que ma reconnaissance est nulle à votre égard, en tant qu'il s'agit de me faire appliquer l'art. 337, et valable au point de vue de l'application de l'art. 908 ». En ce sens, Cass., 28 mai 1878, D., 78. 1. 401, S., 79. 1. 337.

* 914. L'art. 337 constitue une disposition de faveur pour le conjoint et les enfants issus du mariage; ils pourraient donc renoncer au bénéfice de cet article pour s'en tenir au droit commun. Le conjoint ou les enfants pourraient avoir intérêt à prendre ce parti précisément dans l'hypothèse qui vient d'être examinée tout à l'heure, celle où l'enfant naturel est donataire ou légataire de son auteur. Ils pourraient dire à l'enfant naturel : « Nous considérons votre reconnaissance comme valable de tous points; nous demandons par suite qu'on vous applique l'art. 908, et que le don ou le legs qui vous a été fait soit réduit aux limites déterminées par les art. 757 et suivants ». Cette prétention d'ailleurs est de toute justice; autrement l'enfant reconnu pendant le mariage se trouverait ici dans une situation plus favorable que celui reconnu auparavant, ce qui est inadmissible.

915. L'enfant naturel reconnu dans les conditions déterminées par l'art. 337, peut-il invoquer sa reconnaissance à l'effet d'obtenir des aliments de son auteur? Plusieurs jurisconsultes accordent ce droit à l'enfant naturel sans aucune distinction, à cause du caractère sacré de la dette alimentaire. Mais il y a quelque chose de plus sacré encore que la dette alimentaire, c'est le texte de la loi; or la loi dit que la reconnaissance de l'enfant ne peut pas nuire au conjoint ni aux enfants issus du mariage; donc la demande d'aliments formée par l'enfant naturel, devra être rejetée en tant qu'elle leur nuirait. Elle leur nuira presque toujours, à tel point qu'on éprouve quelque embarras pour citer un cas dans lequel la demande devrait être accueillie comme ne leur causant aucun préjudice. En voici un cependant : Les deux époux sont séparés de corps; ils vivent l'un et l'autre avec les ressources que leur fournit leur fortune personnelle; il n'y a pas d'ailleurs d'enfant du mariage. Dans ces conditions, la demande d'aliments formée par l'enfant naturel reconnu pendant le mariage devra être accueillie, si d'ailleurs elle est fondée. En quoi peut-elle préjudicier aux droits du conjoint? V. en sens contraire, Cass., 13 juillet 1886, S., 87. 1. 65, D., 87. 1. 119.

916. Il reste une grave question. La reconnaissance *forcée*, survenue pendant le cours du mariage au profit d'un enfant que l'un des époux a eu avant le mariage d'un autre que de son conjoint, tombe-t-elle sous le coup de l'art. 337? En d'autres termes, y a-t-il lieu de distinguer, au point de vue de l'application de l'art. 337, entre la reconnaissance volontaire et la reconnaissance forcée? D'après la jurisprudence de la cour de cassation, la reconnaissance forcée survenue pendant le cours du mariage, ne pourrait pas plus nuire au conjoint et aux enfants que la reconnaissance volontaire. — La raison serait que, la loi n'ayant pas déterminé les effets de la reconnaissance forcée, on ne peut que l'assimiler, sur ce point comme sur tous les autres, à la reconnaissance volontaire. — Même

en admettant, ce qui en effet est exact, comme on le verra plus loin, que les effets de la reconnaissance forcée sont les mêmes que ceux de la reconnaissance volontaire, il n'en résulterait pas nécessairement que l'art. 337 fût applicable à la reconnaissance forcée. En effet, ce texte établit une limitation aux effets ordinaires de la reconnaissance, et il s'agit de savoir si cette limitation est spéciale à la reconnaissance volontaire ou si elle s'applique aussi à la reconnaissance forcée. On peut donc fort bien admettre en principe que les effets de la reconnaissance forcée sont les mêmes que ceux de la reconnaissance volontaire, sans être obligé d'appliquer pour cela l'art. 337 à la reconnaissance forcée. L'argument invoqué par la cour de cassation étant ainsi écarté, on ne peut se dissimuler que les termes de l'art. 337 ne sont pas favorables à la solution qu'elle adopte. Ce texte parle d'une reconnaissance « faite pendant le mariage » expression qui semble bien faire allusion à une reconnaissance volontaire. En appliquant l'art. 337 au cas d'une reconnaissance forcée, on l'étend donc en dehors de ses termes : ce que ne permettent pas les règles ordinaires de l'interprétation, puisqu'il s'agit d'une disposition exceptionnelle. *Exceptio est strictissimæ interpretationis*. L'extension est d'autant moins admissible que le motif de la loi n'existe plus. Peut-on dire qu'il y a ici violation de la foi promise? La doctrine est divisée sur cette question.

§ II. De la reconnaissance forcée ou judiciaire.

917. Dans certains cas, la loi admet l'enfant naturel, qui n'a pas été l'objet d'une reconnaissance volontaire, à établir judiciairement sa filiation. C'est ce que l'on appelle la *recherche de la paternité* ou de la *maternité*. Si l'enfant réussit dans cette recherche, c'est-à-dire s'il obtient une décision judiciaire déclarant que tel homme est son père naturel ou telle femme sa mère naturelle, sa filiation se trouve établie par une reconnaissance *judiciaire* ou *forcée*. Ces expressions peuvent paraître singulières, le mot *reconnaissance* semblant impliquer un fait volontaire de la part de celui qui reconnaît ; mais la loi en autorise l'emploi, car les articles dans lesquels elle admet exceptionnellement la recherche de la paternité ou de la maternité sont placés dans la section II, intitulée : *De la reconnaissance des enfants naturels*. La loi considère donc aussi comme une reconnaissance, la constatation judiciaire de la paternité ou de la maternité, et, pour la distinguer de la reconnaissance volontaire, on l'a appelée reconnaissance forcée ou judiciaire. L'observation a de l'importance. La constatation judiciaire de la paternité ou de la maternité constituant aux yeux de la loi une reconnaissance, il en résulte que les textes qui parlent des enfants naturels « légalement reconnus » sont applicables aux enfants dont la filiation est constatée judiciairement, aussi bien qu'à ceux dont la filiation est établie par une reconnaissance volontaire. Voyez notamment l'art. 756.

N° 1. De la recherche de la paternité.

918. Notre ancien droit admettait la recherche de la paternité naturelle. Bigot-Préameneu dit que c'était le fléau de la société.

Comment se faisait la preuve de la paternité naturelle ? La maxime *Creditur virgini parturienti* semble indiquer que cette preuve résultait de la déclaration faite par la mère pendant les douleurs de l'enfantement. Mais il est à peu près démontré aujourd'hui que cette déclaration n'avait d'autre effet que de permettre à la mère d'obtenir une provision *ad litem* et une provision alimentaire, en vue d'intenter l'action en recherche de la paternité, dont la preuve se faisait par des moyens plus sérieux, notamment à l'aide de témoignages. Même réduite à ces proportions, la maxime *Creditur virgini parturienti* pouvait être la source de nombreux abus. D'un autre côté, la faculté accordée à l'enfant de rechercher la paternité permit souvent à d'audacieux intriguants de s'introduire, à l'aide de faux témoignages, dans des familles honorables auxquelles ils n'appartenaient pas. Frappé de ces dangers, notre législateur a pris sur ce point le contrepied de notre ancien droit. Il établit en principe dans l'art. 340 que : « *La recherche de la* » *paternité est interdite* ».

Mais, en le décidant ainsi notre législateur n'est-il pas tombé dans un excès opposé ? Bigot-Prémeneu dit que la nature a couvert d'un voile impénétrable la transmission de notre existence. Cela est vrai ; mais il ne s'ensuit pas que le fait de la paternité ne soit pas susceptible d'être prouvé. Il l'est si bien que la loi en autorise la preuve dans un cas particulier (art. 340). Sans doute la preuve de la paternité est pleine d'incertitudes et de dangers ; mais tout ce qui résulte de là, c'est que la loi aurait dû se montrer sévère pour son admission et exiger de sérieuses garanties. Comme le dit fort bien M. Laurent, « à force de protéger les honnêtes gens, on finit par donner une prime d'encouragement à ceux qui n'ont ni foi ni loi ».

• D'ailleurs, l'art. 340 ne fait pas obstacle à ce que l'enfant, porteur d'un acte authentique de reconnaissance, puisse être admis à faire la preuve par témoins de son identité, même en l'absence de tout commencement de preuve par écrit. Cass., 26 juin 1889, D., 91. 1. 129.

* 919. La règle que la recherche de la paternité est interdite, est formulée par l'art. 340 en termes absolus. Il faut en conclure :

1° Que la recherche de la paternité est interdite contre l'enfant aussi bien qu'à son profit. Ainsi les héritiers d'un homme décédé ne pourront pas, pour faire réduire aux proportions déterminées par l'art. 908 un don ou un legs fait par leur auteur, être admis à prouver que le donateur est le père naturel du donataire. Si des motifs d'ordre public ont pu porter le législateur à interdire à l'enfant la recherche de la paternité, malgré l'intérêt moral si puissant qu'il peut avoir à connaître son père, il a dû vouloir à plus forte raison interdire cette recherche aux héritiers, qui n'agissent qu'en vue d'un intérêt pécuniaire.

2° Que la recherche de la paternité ne devrait pas être admise, alors même qu'elle aurait un but autre que celui d'établir la filiation de l'enfant. Ainsi une fille devenue mère intente contre l'homme qu'elle désigne comme le père de son enfant une action, en vue d'obtenir que son séducteur soit condamné à payer une pension alimentaire pour l'entretien de l'enfant ; la demande de la mère doit être rejetée parce que, pour la justifier, il faudrait prouver le fait de la paternité, et l'art. 340 interdit cette preuve. Paris, 14 février 1890, D., 91. 2. 309. V. cep. Lyon, 30 déc. 1890, *ibidem*.

Autre est le cas où un homme se serait engagé, même par acte sous seing privé, à fournir une pension alimentaire à un enfant qu'il déclare dans l'acte même être son fils.

Une jurisprudence constante décide que celui qui a fait une semblable promesse peut être condamné à l'exécuter, bien que la reconnaissance qu'elle contient soit nulle. En demandant judiciairement cette exécution, la mère ou le tuteur de l'enfant ne recherche pas la paternité, il demande seulement l'exécution d'un engagement librement contracté. On objecte que, la paternité n'étant pas prouvée, cet engagement constitue une donation, et qu'une donation est nulle quand elle est faite par acte sous seing privé (art. 931). La jurisprudence répond, mais la réponse est loin d'être péremptoire, qu'il n'y a pas ici donation, mais bien engagement de réparer le préjudice causé par un quasi-délit, ou bien encore, reconnaissance d'une obligation naturelle. Cpr. t. II, n. 1014. En ce sens, Caen, 5 juillet 1875, S., 75. 2. 331. Cpr. Paris, 14 février 1890, et Lyon, 30 déc. 1890, précités.

La jurisprudence admet également que la fille séduite peut, en dehors de toute recherche de paternité, intenter une action en dommages et intérêts contre son séducteur. Cette action, dit-on, est fondée sur l'art. 1382 : la fille séduite demande la réparation du préjudice que lui a causé son séducteur en la détournant de ses devoirs, en lui faisant perdre sa position et son honneur et en lui donnant la charge d'un ou de plusieurs enfants. Dijon, 27 mai 1892, D., 93. 2. 183, S., 92. 2. 197, et 10 février 1892, S., 92. 2. 197. Cpr. *supra*, n. 502 *quater*. Et toutefois, pour déclarer cette action recevable, la jurisprudence exige que la séduction ait été opérée par des moyens coupables, tels que promesse de mariage, manœuvres dolosives, abus d'autorité (voyez l'arrêt précité, et Nîmes, 29 juin 1887, S., 87. 2. 216). Mais on conviendra qu'il faut ne pas y regarder de trop près pour ne pas voir sous cette action en dommages et intérêts une action en recherche de la paternité — car quelle différence y a-t-il entre mettre une femme enceinte et être le père de son enfant? — et qu'ainsi entendu l'art. 340 est complètement défigurée. En effet, pour prouver le dommage, dans l'espèce proposée, il faut nécessairement prouver la paternité; or la recherche de la paternité est interdite. La jurisprudence trouve notre loi mauvaise et elle l'a tournée.

920. Le principe que la recherche de la paternité est interdite, comporte une exception que l'art. 340 formule ainsi : « *Dans le cas* » *d'enlèvement, lorsque l'époque de cet enlèvement se rapportera* » *à celle de la conception, le ravisseur pourra être, sur la demande* » *des parties intéressées, déclaré père de l'enfant* ». — Un homme enlève une fille par la violence, et la retient pendant un certain temps sous sa domination, peut-être en chartre privée. Plus tard, la fille devient mère, et l'accouchement a lieu à une époque telle que la conception de l'enfant se trouve coïncider avec la période pendant laquelle la mère s'est trouvée sous la puissance de son ravisseur. Il y a une très forte présomption que le ravisseur est le père de l'enfant. Cependant il n'y a pas certitude, comme le prétendait Treillard; aussi notre article dit-il seulement que le ravisseur *pourra* être déclaré père de l'enfant, établissant ainsi une faculté et non une obligation pour le juge. L'induction, que fournit à ce sujet le texte de la loi, est d'autant plus puissante, que les mots *pourra être* ont été substitués dans la rédaction définitive au mot *sera* qui figurait dans la rédaction adoptée par le conseil d'Etat. Le ravisseur serait donc admis à prouver par tous les moyens possibles qu'il n'est pas le père de l'enfant, par exemple en établissant une impossibilité physique de cohabitation pendant tout le temps légal de la conception.

La loi dit que le ravisseur pourra être déclaré le père de l'enfant « sur la demande des *parties intéressées* ». Ces expressions, qui sont on ne peut plus générales, comprennent, non seulement la mère et l'enfant, mais toutes autres personnes qui pourraient avoir intérêt à faire déclarer la paternité, par exemple les adversaires de l'enfant qui voudraient lui faire appliquer l'art. 908.

921. Il y a plusieurs manières de ravir une fille. On peut la ravir par fraude ou violence. On peut la ravir aussi par séduction : la fille enivrée *blandis orationibus* suit alors volontairement son séducteur. Le mot *enlèvement* qu'emploie l'art. 340 implique une idée de violence, comme on peut le voir en consultant le dictionnaire de l'Académie. D'un autre côté, la loi pénale en vigueur au moment de la confection du code civil (loi de 1791, tit. II, sect. I, art. 32) ne prévoyait que l'enlèvement par violence, et il devient ainsi probable que notre législateur n'a songé qu'à cet enlèvement. De là il résulte que l'art. 340 est inapplicable au rapt de séduction, sans qu'il y ait lieu de distinguer si la fille ravie est mineure ou majeure. Cette solution doit d'autant plus être admise, que, d'une part, l'art. 340 2^e partie, dérogeant au droit commun, doit être interprété restrictivement et que, d'autre part, la présomption de paternité attachée au rapt de séduction est beaucoup moins forte que celle qui découle du rapt de violence; car dans le premier cas la fille ravie conserve sa liberté, qu'elle perd dans le second où elle se trouve soumise à la puissance exclusive de son ravisseur. V. cep. Bordeaux, 30 juin 1885, S., 87. 2. 57, D., 86. 2. 151.

Le mot *enlèvement* implique aussi une idée de déplacement, et on est autorisé à en conclure qu'il ne faudrait pas appliquer l'art. 340 au cas de viol. Demante dit bien que le viol est un enlèvement momentané; mais on ne peut parler ainsi qu'en s'exprimant au figuré. Appliquer l'art. 340 au cas de viol, c'est donc en réalité étendre sa disposition, ce que ne permet pas sa nature exceptionnelle. L'intention du législateur de soustraire le cas de viol à l'application de l'art. 340 paraît d'autant moins douteuse, que, dans les divers remaniements successifs qu'a subis l'art. 340, remaniements qui ont eu pour résultat de le dénaturer complètement, le mot *enlèvement* a été en définitive substitué aux mots *rapt ou viol* qui figuraient dans les rédactions précédentes. *Et alias non est eadem ratio.*

La jurisprudence est à peu près muette sur ces divers points, ce qui prouve qu'ils ont peu d'importance pratique. La doctrine est divisée.

922. En désaccord sur les questions qui précèdent, les auteurs s'entendent à peu près pour reconnaître que la disposition de l'art. 340 est complètement indépendante des dispositions de la loi pénale relatives à l'enlèvement. Ainsi l'enlèvement par fraude ou violence n'est puni comme tel par l'art. 354 du code pénal qu'autant qu'il a été pratiqué sur une personne mineure : ce qui n'empêche pas que si une fille *majeure* est ravie par violence, l'art. 340 sera applicable. Cet article n'établit en effet aucune distinction entre le cas où la fille enlevée est majeure et celui où elle est mineure. D'autre part, quand l'enlèvement constitue un crime, il n'est pas nécessaire que la justice criminelle ait statué pour que les intéressés puissent réclamer l'application de l'art. 340.

N° 2. De la recherche de la maternité.

923. L'art. 340 interdit la recherche de la paternité; au contraire l'art. 341 établit en principe que « *La recherche de la maternité est admise* ». Cette différence résulte de la nature même des choses. En effet, tandis que la paternité échappe à nos investigations, la maternité se trahit par des faits extérieurs et positifs (grossesse, accouchement), susceptibles d'être établis avec le même degré de précision que les faits en général, ce qui a fait dire

aux jurisconsultes romains : *Mater in jure semper certa est* (L. 5, D., *De in jus vocando*, II, 4). Nous pouvons avoir la preuve de la maternité, tandis qu'en ce qui concerne la paternité nous n'avons jamais que des présomptions.

La preuve à faire par l'enfant, qui recherche judiciairement sa filiation à l'égard de sa mère est double : il doit établir, d'une part, le fait de l'accouchement de la femme qu'il réclame comme sa mère, et, d'autre part, son identité avec l'enfant dont cette femme est accouchée. La démonstration du premier fait n'implique pas celle du second. En effet, de ce qu'il est constant que telle femme a mis un enfant au monde à telle époque, il n'en résulte pas que le réclamant soit cet enfant; s'il le prétend, il doit le prouver, il doit établir son identité. Au contraire, la preuve de l'identité entraîne nécessairement celle de l'accouchement : si je prouve que je suis l'enfant dont telle femme est accouchée à telle époque, je prouve par cela même le fait de l'accouchement. On s'explique ainsi que l'art. 341 ne mentionne que la preuve de l'identité. « *L'enfant qui réclamera sa mère* », dit l'alinéa 2 de cet article, « *sera tenu de prouver qu'il est identiquement le même que l'enfant dont elle est accouchée* ». Cette disposition ne suppose nullement que l'enfant soit dispensé de faire la preuve de l'accouchement, mais seulement qu'il peut faire une preuve unique s'appliquant à l'accouchement et à l'identité tout à la fois.

924. Comment l'enfant fera-t-il cette preuve? L'obliger à fournir une preuve écrite, c'eût été lui demander en fait à peu près l'impossible. En l'absence d'un aveu de la mère, l'enfant n'aura la plupart du temps qu'un seul moyen d'établir sa filiation maternelle, savoir la preuve par témoins. Mais cette preuve est dangereuse; en l'admettant sans réserves, on aurait permis à d'audacieux intrigants de se procurer à l'aide de faux témoignages une filiation qui ne leur appartient pas. Aussi le législateur n'en autorise-t-il ici l'emploi que lorsque l'enfant a déjà un commencement de preuve par écrit. C'est ce qui résulte de l'alinéa 3 de l'art. 341, ainsi conçu : « *Il ne sera reçu à faire cette preuve par témoins que lorsqu'il aura déjà un commencement de preuve par écrit* ».

Si on compare ce texte avec l'art. 323, qui détermine les conditions moyennant lesquelles la preuve testimoniale est admise pour prouver la filiation maternelle légitime, on remarque une différence qui ne peut guère être mise sur le compte d'une inadvertance de la part du législateur. L'art. 323 considère comme équivalant au commencement de preuve par écrit, à l'effet de donner passage à la preuve testimoniale, les « *présomptions ou indices résultant de faits dès lors constants* », lorsque le juge leur trouve une gravité suffisante. L'art. 341 ne nous parle plus de ces présomptions ou indices, et de là nous con-

duons qu'ils ne pourraient pas suppléer le commencement de preuve par écrit pour autoriser l'admission de la preuve par témoins de la maternité naturelle. A ce point de vue, comme à bien d'autres, le législateur fait un accueil moins favorable à la prétention de l'enfant naturel qu'à celle de l'enfant légitime.

* Mais s'il faut appliquer courageusement la loi, quelque dure qu'elle puisse paraître, du moins ne faut-il pas exagérer sa rigueur. Or c'est ce que nous semblent avoir fait certains auteurs, en décidant que le commencement de preuve par écrit dont parle l'art. 341 est celui que définit l'art. 1347, et non celui que définit l'art. 324. Si cette solution était fondée, il en découlerait que le commencement de preuve par écrit, exigé pour donner passage à la preuve par témoins de la maternité naturelle, devrait nécessairement consister dans un écrit émané du défendeur (ordinairement la mère) ou de celui qu'il représente (art. 1347 ; il ne pourrait pas résulter, conformément à l'art. 324, des titres de famille, des registres et papiers domestiques de la mère, ni des actes publics ou privés émanés d'une partie engagée dans la contestation ou qui y aurait intérêt si elle était vivante. La jurisprudence n'a pas admis cette interprétation rigoureuse, qui aboutit à mettre le plus souvent l'enfant dans l'impossibilité de prouver sa filiation maternelle par témoins. En effet la plupart des mères naturelles ne savent pas écrire (elles appartiennent en général à la classe inférieure de la société, où l'instruction est peu répandue), et celles qui le savent se gardent bien, quand elles veulent que leur maternité demeure ignorée, de fournir à l'enfant des armes contre elles-mêmes. D'ailleurs le législateur, en exigeant dans l'art. 341 un commencement de preuve par écrit, sans définir cette expression, n'a guère pu que se référer à la définition qu'il en avait déjà donnée en matière de filiation légitime. Comment admettre qu'il se soit reporté par la pensée à l'art. 1347 qui n'existait pas encore ? On dit, il est vrai, dans le sens de l'opinion adverse, que l'art. 1347 contient le droit commun en matière de commencement de preuve par écrit, et que, dans le silence de la loi, c'est le droit commun qui doit être appliqué. Nous répondons que l'art. 1347 renferme le droit commun en matière d'obligations, et l'art. 324 le droit commun en matière de filiation. La jurisprudence paraît fixée dans ce sens. Douai, 29 janvier 1879, D., 80. 2. 213, S., 79. 2. 195. Cpr. Toulouse, 2 février 1884, D., 85. 2. 227, S., 85. 2. 56.

925. Le commencement de preuve par écrit doit rendre vraisemblable la prétention du réclamant. Or que prétend-il ? Que la femme qu'il affirme être sa mère est accouchée, et qu'il est l'enfant dont elle est accouchée. Sa prétention implique l'existence de ces deux faits : accouchement, d'une part, identité, d'autre part (art. 341). Donc le commencement de preuve par écrit doit les rendre vraisemblables l'un et l'autre.

Il ne suffirait pas par conséquent que le commencement de preuve par écrit fourni par l'enfant rendit vraisemblable le fait de l'accouchement ; il doit rendre en outre vraisemblable le fait de l'identité. Autrement, comme le dit Demante, « il suffirait à un aventurier de s'être procuré des indices écrits de la faute commise par une femme, pour arriver à l'aide de témoignages achetés à se faire passer pour son fils ».

De là il résulte qu'une reconnaissance par acte sous seing privé, émanée de la mère, ne sera pas toujours suffisante à elle seule pour faire admettre l'enfant qui s'en prévaut à la preuve testimoniale. En effet, si cette reconnaissance rend vraisemblable l'accouchement de la femme que l'enfant réclame comme sa mère, elle ne rend pas nécessairement vraisemblable l'identité du réclamant avec l'enfant dont elle est accouchée. Mais, en sens inverse, tout acte qui rendrait vraisemblable le fait de l'identité, rendrait nécessairement vraisemblable le fait de l'accouchement ; car il y a un lien étroit entre la preuve de l'identité et celle de l'accouchement. De même qu'en prouvant mon identité avec l'enfant dont telle femme est accouchée, je prouve par cela même l'accouchement de cette femme, de même toute semi-preuve qui rendra mon identité vraisemblable, rendra vraisemblable aussi le fait de l'accouchement.

On voit en somme que l'enfant sera rarement en mesure de satisfaire aux exigences de la loi relativement au commencement de preuve par écrit, et que rarement par suite il devra être admis à la preuve testimoniale de sa filiation maternelle. A force de vouloir protéger le droit de la mère, le législateur n'a-t-il pas sacrifié celui de l'enfant?

* 926. L'enfant peut-il tirer, au point de vue de la preuve de sa filiation maternelle, quelque parti de son acte de naissance, en supposant que le nom de la femme qu'il réclame comme sa mère y soit indiqué? Si l'acte de naissance a été dressé sur la déclaration de la mère, ou, ce qui est plus facile à concevoir, sur la déclaration de son fondé de procuration spéciale et authentique, il fait preuve complète de la filiation de l'enfant, car il contient en réalité une reconnaissance de l'enfant : la mère y avoue sa maternité et cet aveu est constaté en la forme authentique. Il paraît certain également que si l'acte de naissance a été dressé sur la déclaration du père, et si celui-ci, en reconnaissant sa paternité, a indiqué le nom de la mère, l'acte de naissance fera preuve non seulement de la filiation paternelle de l'enfant, mais aussi de sa filiation maternelle, si l'indication faite par le père est confirmée par l'aveu de la mère (*supra* n. 903). En dehors de ces cas, l'acte de naissance d'un enfant naturel ne prouve pas sa filiation (1) ni même l'accouchement de la femme qui y est désignée comme sa mère (2). Mais ne peut-il pas au moins lui servir de commencement de preuve par écrit? Pour le fait de l'accouchement, oui, si l'acte a été dressé avec le concours de la mère, par exemple sur la déclaration d'un mandataire de la mère muni d'une procuration sous seing privé. Ceux qui admettent la définition que nous avons donnée du commencement de preuve par écrit (n. 925) doivent même décider logiquement que l'acte de naissance, contenant l'indication du nom de la mère, pourra fournir à l'enfant un commencement de preuve par écrit de l'accouchement, s'il a été dressé sur la déclaration de l'une des personnes indiquées en l'art. 56. Mais en aucun cas, l'acte de naissance de l'enfant naturel ne pourra lui servir de commencement de preuve pour son identité. Toulouse, 2 février 1884, D., 85. 2. 227, S., 85. 2. 56. Cpr. Grenoble, 14 janvier 1890, D., 90. 2. 193.

* 927. D'après la cour de cassation, l'action en recherche de la maternité est exclusivement attachée à la personne de l'enfant; elle ne pourrait donc pas être exercée par ses ayant cause, notamment par ses héritiers. Mais les raisons que la cour donne à l'appui de cette solution nous semblent d'une faiblesse extrême. Elle dit dans son dernier arrêt sur la question (3 avril 1872, D., 72. 1. 113, S., 72. 1. 126), que « si l'art. 341 admet la recherche de la maternité, il résulte aussi des termes de cet article et des principes de la matière que cette action, lorsque l'enfant ne l'a pas exercée lui-même, ne passe pas à ceux qui se prétendent ses héritiers ».

Ainsi la cour de cassation invoque d'abord le texte de la loi, ensuite les principes de la matière.

En ce qui concerne le texte, l'art. 341, nous en convenons, suppose que l'action en recherche de la maternité est exercée par l'enfant. Mais d'abord les termes employés n'ont rien d'exclusif. La loi ne dit pas que l'action ne pourra être exercée que par l'enfant; elle la suppose exercée par lui, parce qu'ici comme ailleurs elle statue *de eo quod plerumque fit*. D'autre part voici une considération qui enlève à cet argument presque toute sa valeur : les deux derniers alinéas de l'art. 341, où la loi suppose l'action intentée par l'enfant, n'ont nullement pour but de déterminer les personnes à qui l'action appartient, mais bien les conditions auxquelles est subordonné son exercice. C'est donc sur ce dernier point que le législateur a dû concentrer son attention en écrivant la disposition dont il s'agit, et on comprend à merveille qu'il n'ait pas pesé avec une précision rigoureuse les expressions relatives au premier, dont il ne parlait qu'incidemment. C'est bien plutôt dans l'alinéa 1 de l'article que le législateur a dû se préoccuper des personnes auxquelles appartient l'action en recherche de la maternité; or ici il s'exprime dans des termes assez larges

(1) Paris, 11 juin ou août 1891, D., 92. 2. 533, S., 92. 2. 213, et *supra* n. 274.

(2) Sur ce dernier point toutefois, la jurisprudence est en sens contraire (Cass., 1^{er} décembre 1860, D., 70. 1. 97, S., 70. 1. 101); Toulouse, 2 février 1884, D., 85. 2. 227, S., 85. 2. 56; et Limoges, 6 ou 7 décembre 1876, D., 88. 2. 93, S., 87. 2. 93.

pour comprendre tous les intéressés; il dit : « La recherche de la maternité est admise ». Cette induction acquiert une très grande force, si on rapproche la disposition qui vient d'être rapportée de celle qui la précède immédiatement. Dans le cas exceptionnel où le législateur admet la recherche de la paternité, il accorde l'action aux « parties intéressées » (art. 340; or comprendrait-on que, si l'action en recherche de la paternité, qui est interdite en règle générale, appartient à tout intéressé, dans les cas exceptionnels où la loi l'admet, l'action en recherche de la maternité, qui est admise en principe, ne fût accordée qu'à un seul intéressé, c'est-à-dire à l'enfant ?

Voilà pour les textes. La cour de cassation invoque aussi « les principes de la matière ». Quels sont ces principes ? La cour ne le dit pas, et elle a peut-être ses raisons pour cela, car ces principes semblent condamner son système. En effet, en l'absence de dispositions spéciales, c'est le droit commun qui doit s'appliquer; or, de droit commun, une action appartient à tout intéressé, quand la loi ne détermine pas limitativement ceux qui peuvent l'intenter. — La solution qui vient d'être développée est généralement admise dans la doctrine.

* 928. La règle que l'action en recherche de la maternité (et aussi de la paternité, dans le cas exceptionnel où la loi l'admet) peut être intentée par tout intéressé, nous semble devoir être appliquée même au cas où ce sont les adversaires de l'enfant qui veulent prouver sa filiation, à l'effet de faire réduire aux limites déterminées par l'art. 908, une donation qui lui a été faite par son auteur. En d'autres termes, la recherche de la maternité, ou de la paternité dans les cas exceptionnels où la loi l'autorise, est admise contre l'enfant aussi bien qu'à son profit. Outre les raisons qui viennent d'être déduites au numéro précédent, on peut invoquer cette considération que l'incapacité édictée par l'art. 908 est établie contre les enfants naturels en général. Sans doute cette incapacité n'atteint que l'enfant dont la filiation est légalement établie. Mais on ne concevrait guère que l'application de l'art. 908 pût être paralysée par suite d'une entente entre les parties intéressées, c'est-à-dire entre l'enfant naturel donataire et son père ou sa mère auteur de la donation. Or c'est ce qui arriverait, si la preuve de la filiation de l'enfant ne pouvait résulter que d'une reconnaissance volontaire, faite par son auteur, ou d'une action en recherche de paternité ou de maternité intentée par l'enfant. Car alors l'enfant et ses auteurs pouvant seuls fournir la preuve de la filiation, il leur suffirait de se concerter pour rendre cette preuve impossible. — La jurisprudence est fixée en sens contraire; mais c'est à peine si elle motive ses décisions sur ce point. Voyez notamment : Cass., 23 juillet 1878, D., 79. 1. 15, S., 79. 1. 155; Paris, 26 juin 1883, S., 84. 2. 13, et 16 février 1889, S., 89. 2. 201; et cour sup. de just. de Luxembourg, 13 mai 1892, S., 92. 4. 37.

D'ailleurs, les adversaires de l'enfant, qui voudraient faire preuve contre lui de sa filiation maternelle, seraient soumis pour cette preuve aux mêmes restrictions que l'enfant; ils ne seraient donc admis à faire entendre des témoins qu'à la condition d'être pourvus d'un commencement de preuve par écrit. Cpr. Paris, 16 février 1889, précité.

N° 3. Effets de la reconnaissance forcée ou judiciaire.

929. La loi n'ayant pas indiqué les effets de la reconnaissance judiciaire ou forcée, on doit admettre qu'ils sont les mêmes que ceux de la reconnaissance volontaire. Toute autre solution serait plus ou moins arbitraire.

930. Tels sont les modes de preuve de la filiation maternelle. Si on compare les textes qui les organisent (art. 334 à 342) avec ceux relatifs à la preuve de filiation légitime (art. 319 et s.), on voit que, tandis que le législateur admet trois modes de preuve de la filiation légitime, savoir : 1° la preuve par l'acte de naissance (art. 319), 2° la preuve par la possession d'état (art. 320 et s.), et 3° la preuve par témoins (art. 323 et s.), il ne nous en indique plus que deux en ce qui concerne la filiation naturelle : la preuve par l'acte de reconnaissance (art. 334), ou preuve par titre, qui correspond à la preuve par l'acte de naissance pour les enfants légitimes, et la preuve par témoins (art. 341). Il n'est plus ques-

tion de la possession d'état : silence qu'il est difficile de ne pas considérer comme calculé à l'effet d'exclure ce mode de preuve en matière de filiation naturelle. D'ailleurs, admettre la preuve de la filiation naturelle par la possession d'état, c'est renverser la disposition de l'art. 340, qui interdit en principe la recherche de la paternité, et celle de l'art. 341 qui ne permet la preuve par témoins de la maternité naturelle que moyennant un commencement de preuve par écrit. Car en définitive qu'arrivera-t-il si l'on admet la preuve par la possession d'état de la paternité ou de la maternité naturelle? c'est que l'enfant qui prétendra avoir cette possession d'état sera admis à la prouver, et par suite à prouver sa filiation paternelle ou maternelle par la preuve testimoniale toute nue : ce que prohibe l'art. 340 pour la paternité, et l'art. 341 pour la maternité, puisqu'il n'admet la preuve par témoins de la maternité que moyennant la garantie préalable d'un commencement de preuve par écrit.

La jurisprudence paraît se fixer en ce sens. Cass., 3 avril 1872, S., 72. 1. 126, D., 72. 1. 113; Paris, 16 février 1889, S., 89. 2. 201, et 11 juin ou août 1891, D., 92. 2. 533, S., 92. 2. 213. Le premier de ces arrêts décide que la possession d'état ne forme même pas preuve de la filiation naturelle, quand elle est conforme à l'acte de naissance de l'enfant. — Quant à la doctrine, elle est divisée. Quelques-uns admettent que la possession d'état fait preuve de la maternité, mais non de la paternité naturelle. Cette opinion bâtarde doit être rejetée sans hésiter. En effet on ne comprendrait pas que le législateur eût pu admettre la possession d'état comme moyen de preuve dans un cas, et non dans l'autre; d'ailleurs les textes ne contiennent aucune trace de la distinction proposée. — D'après une autre opinion, la possession d'état ferait preuve complète soit de la paternité, soit de la maternité naturelle. En législation, il est possible que cette solution soit la meilleure : c'est cependant fort contestable. Mais il semble difficile de s'y rallier sous l'empire de la loi qui nous régit actuellement.

Au surplus il ne faudrait pas conclure de ce qui vient d'être dit que l'enfant naturel ne peut tirer aucun parti de sa possession d'état, au point de vue de la preuve de sa filiation. D'abord elle pourra servir à l'enfant au profit duquel existe une reconnaissance régulière, pour établir son identité. Ensuite l'enfant qui a un commencement de preuve par écrit, étant autorisé à prouver sa filiation maternelle par témoins et conséquemment par présomptions (arg. art. 1353), trouvera dans sa possession d'état une présomption d'une très grande énergie, qui ne s'imposera pas au juge, il est vrai, mais forcera presque toujours sa conviction. Ce que l'on entend exprimer quand on dit que l'enfant naturel ne peut pas prouver sa filiation par la possession d'état, c'est qu'il ne peut pas, à la différence d'un enfant légitime, se prévaloir, à l'appui de sa prétention, de sa possession d'état, en l'absence d'un commencement de preuve par écrit.

931. Aux termes de l'art. 342 : « *Un enfant ne sera jamais admis à la recherche soit de la paternité, soit de la maternité, dans le cas où, suivant l'article 335, la reconnaissance n'est pas admise* ». Cet article se réduit à ceci : La loi n'autorise pas plus la recherche de la filiation adultérine ou incestueuse que sa constatation par une reconnaissance volontaire. Ainsi un enfant est reconnu par son père; il ne pourra pas rechercher sa filiation à l'égard de sa mère, si celle-ci est parente de son père au degré où le mariage est prohibé; car, en supposant que sa demande fût accueillie, elle aurait pour résultat la constatation d'une filiation incestueuse. Du moins il ne pourra rechercher sa filiation à l'égard de sa mère qu'après avoir fait tomber préalablement la reconnaissance dont il a été l'objet de la part de son père.

TITRE VIII

De l'adoption et de la tutelle officieuse.

932. Après avoir traité de la filiation légitime et de la filiation naturelle, le législateur va s'occuper de la filiation adoptive, filiation purement civile et par suite fictive.

L'adoption était inconnue dans notre ancien droit. C'est l'assemblée législative qui, la première, en posa le principe. Le 18 janvier 1792, elle décréta que son comité de législation comprendrait dans son plan général des lois civiles celles relatives à l'adoption. L'œuvre de la commission chargée de la rédaction d'un projet de code civil, était muette sur l'adoption; elle y fut introduite, non sans de vives résistances, par la section de législation du conseil d'Etat, qui paraît s'être inspirée sur ce point du code prussien.

Le titre du code civil qui traite de cette matière est divisé en deux chapitres : l'un consacré à l'adoption, l'autre à la tutelle officieuse qui, dans le système du législateur de 1803, n'est qu'une institution destinée à servir de préparation à l'adoption.

CHAPITRE PREMIER

DE L'ADOPTION

SECTION PREMIÈRE

DE L'ADOPTION ET DE SES EFFETS

933. On peut définir l'adoption : un contrat solennel, dont le ministre est le juge de paix, et qui, sans faire sortir l'adopté de sa famille naturelle, crée entre lui et l'adoptant un rapport analogue à celui qui résulte de la paternité et de la filiation.

L'adoption a été admise pour procurer les douceurs d'une paternité fictive à ceux qui ne peuvent plus raisonnablement espérer une paternité réelle.

On distingue trois espèces d'adoption : l'adoption ordinaire, l'adoption rémunératoire et l'adoption testamentaire. Ces deux dernières sont dispensées de quelques-unes des conditions exigées pour l'adoption ordinaire, ce qui les a fait désigner sous la dénomination commune d'*adoption privilégiée*. Au surplus les trois variétés d'adoption produisent les mêmes effets.

Nous traiterons dans deux paragraphes des conditions requises pour l'adoption et des effets de l'adoption.

§ I. *Des conditions requises pour l'adoption.*

934. Ces conditions varient, suivant qu'il s'agit de l'adoption ordinaire, de l'adoption rémunératoire ou de l'adoption testamentaire. Elles sont indiquées par les art. 343 à 346, ainsi conçus :

ART. 343. *L'adoption n'est permise qu'aux personnes de l'un ou de l'autre sexe, âgées de plus de cinquante ans, qui n'auront, à l'époque de l'adoption, ni enfants, ni descendants légitimes, et qui auront au moins quinze ans de plus que les individus qu'elles se proposent d'adopter.*

ART. 344. *Nul ne peut être adopté par plusieurs, si ce n'est par deux époux. — Hors le cas de l'article 366, nul époux ne peut adopter qu'avec le consentement de l'autre conjoint.*

ART. 345. *La faculté d'adopter ne pourra être exercée qu'envers l'individu à qui l'on aura, dans sa minorité et pendant six ans au moins, fourni des secours et donné des soins non interrompus, ou envers celui qui aurait sauvé la vie à l'adoptant, soit dans un combat, soit en le retirant des flammes ou des flots. — Il suffira, dans ce deuxième cas, que l'adoptant soit majeur, plus âgé que l'adopté, sans enfants ni descendants légitimes; et s'il est marié, que son conjoint consente à l'adoption.*

ART. 346. *L'adoption ne pourra, en aucun cas, avoir lieu avant la majorité de l'adopté. Si l'adopté, ayant encore ses père et mère, ou l'un des deux, n'a point accompli sa vingt-cinquième année, il sera tenu de rapporter le consentement donné à l'adoption par ses père et mère ou par le survivant; et s'il est majeur de vingt-cinq ans, de requérir leur conseil.*

N° 1. Des conditions requises pour l'adoption ordinaire.

935. Il y a des conditions communes aux deux parties contractantes, l'adoptant et l'adopté, d'autres particulières à l'adoptant, d'autres enfin spéciales à l'adopté.

I. Conditions communes aux deux parties contractantes.

936. Elles sont au nombre de deux :

1° L'adoptant et l'adopté doivent donner leur consentement à l'adoption, car l'adoption est un contrat (arg. art. 353).

2° L'adoptant et l'adopté doivent avoir la jouissance des droits civils *stricto sensu*.

L'adoption est en effet une institution du pur droit civil; la preuve en est que pendant longtemps cette institution n'a pas existé dans notre droit, et beaucoup de peuples ne la possèdent pas. Un étranger ne peut donc ni adopter ni être adopté en France, à moins qu'il ne puise ce droit dans la réciprocité résultant d'un traité ou qu'il n'ait en France un domicile autorisé (arg. art. 11 et 13). La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point. Cpr. *supra*, n. 154.

II. Conditions requises chez l'adoptant.

937. Elles sont au nombre de six, indiquées par les art. 343, 344 et 345 al. 1.

1° L'adoptant doit avoir « plus de cinquante ans », c'est-à-dire au moins cinquante ans accomplis. En autorisant l'adoption avant cet âge, le législateur aurait peut-être détourné un certain nombre de citoyens du mariage : telle paraît du moins avoir été sa crainte. Aucune dispense d'âge ne peut être accordée à l'adoptant.

2° Il faut que l'adoptant n'ait ni enfants ni descendants légitimes à l'époque de l'adoption (art. 343). L'illusion d'une paternité fictive était inutile pour celui qui jouit des douceurs de la paternité réelle. D'ailleurs il convenait de sauvegarder les droits des enfants ou descendants légitimes, auxquels l'adoption aurait causé préjudice, principalement en ce qu'elle fait acquérir à l'adopté sur la succession de l'adoptant les droits d'un enfant légitime.

La naissance d'un enfant légitime, qui surviendrait à l'adoptant postérieurement à l'adoption, n'en entraînerait pas la nullité. Un acte qui, au moment de sa formation, satisfait aux conditions exigées par la loi pour sa validité, ne peut pas cesser d'être valable par suite de faits survenus postérieurement. Cette solution résulte d'ailleurs formellement de l'art. 350, d'après lequel la survenance d'enfants légitimes de l'adoptant postérieurement à l'adoption, ne prive pas l'adopté du droit le plus important que l'adoption lui confère, celui de pouvoir réclamer sur la succession de l'adoptant les mêmes droits qu'un enfant légitime.

Et toutefois cette règle devrait, d'après l'avis général, souffrir exception au cas où l'enfant qui survient à l'adoptant après l'adoption, était déjà conçu au moment où elle a été contractée. En d'autres termes, un enfant légitime de l'adoptant forme obstacle à l'adoption dès l'instant même de sa conception, sous la condition bien entendu qu'il naîtra vivant et viable, car les enfants qui naissent morts, ou qui naissent vivants mais non viables, sont considérés comme n'ayant jamais existé. Ainsi semble l'exiger la règle *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*, règle que le législateur paraît avoir consacrée, car il en fait plusieurs applications. Voyez notamment l'art. 725.

La présence d'un enfant adoptif ne fait pas obstacle à une nouvelle adoption : l'art. 348 suppose qu'un même individu peut avoir plusieurs enfants adoptifs.

L'adoption est aussi permise à celui qui a un enfant naturel même reconnu (argument des mots : sans « enfants ni descendants légitimes »).

Mais non à celui qui a un enfant naturel légitimé (arg. art. 333). D'ailleurs, la légitimation ne produisant pas d'effet rétroactif, il en résulte qu'elle n'exerce aucune influence sur le sort des adoptions

qui constituait un fait accompli au moment où elle est survenue, fussent-elles postérieures à la naissance de l'enfant légitimé.

3° Il faut que l'adoptant ait au moins quinze ans de plus que l'adopté. « Sans cette condition, dit Berlier dans l'exposé des motifs, la protection légale qui doit résulter de l'adoption perdrait toute sa dignité ».

4° Si l'adoptant est marié, il faut que son conjoint consente à l'adoption (art. 344 al. 2). Autrement l'adoption aurait pu être une cause de désunion dans le ménage. Elle peut blesser en effet les intérêts pécuniaires du conjoint de l'adoptant : d'abord en ce sens qu'elle crée une dette alimentaire à la charge de l'adoptant (art. 349); et puis aussi en ce qu'elle confère à l'adopté des droits successifs; or ces droits successifs feront échec à ceux du conjoint de l'adoptant et pourront même porter atteinte aux donations que l'adoptant aurait faites à ce même conjoint; car l'enfant adoptif a un droit de réserve comme l'enfant légitime, et, pour obtenir cette réserve, il a le droit de faire réduire les donations qui l'entament.

D'ailleurs la disposition qui exige le consentement du conjoint de l'adoptant étant absolue, on doit en conclure qu'elle devrait recevoir son application, quel que soit celui des conjoints qui se propose d'adopter, et alors même qu'il y aurait séparation de corps entre les époux. On doit en conclure aussi que le consentement du conjoint de l'adoptant ne pourrait pas être suppléé par la justice.

5° Il faut que l'adoptant ait fourni des soins à l'adopté durant sa minorité et pendant six années au moins (art. 345 al. 1). La loi, dit le tribun Gary, doit s'assurer que celui qui veut obtenir le titre de père en a déjà les sentiments, et la preuve de ces sentiments ne peut résulter que des soins donnés pendant de longues années à l'enfant mineur ». On empêche ainsi les adoptions qui seraient le résultat d'une affection capricieuse ou d'un mécontentement passager de l'adoptant envers sa famille.

Bien que la tutelle officieuse ait été imaginée en vue de l'accomplissement de la condition qui nous occupe, il n'est pas nécessaire que les soins dont il vient d'être parlé aient été donnés par l'adoptant à l'adopté en qualité de tuteur officieux.

6° Aux cinq conditions qui viennent d'être indiquées, il faut en ajouter une sixième, dont la nécessité résulte de l'art. 355 *in fine*: l'adoptant doit jouir d'une bonne réputation.

III. Conditions requises dans la personne de l'adopté.

938. Ces conditions sont au nombre de trois :

1° Il faut que celui qui va être adopté n'ait pas déjà été adopté par une autre personne. « *Nul*, dit l'art. 344 al. 1, *ne peut être adopté par plusieurs, si ce n'est par deux époux* ». L'adoption d'une même personne par plusieurs aurait pu amener des riva-

lités fâcheuses entre les adoptants. Ces rivalités n'étant plus à craindre quand les deux adoptants sont mari et femme, la loi admet alors une exception à la règle. Deux époux peuvent donc adopter une même personne, soit en même temps, soit consécutivement.

2° L'adopté doit être majeur, c'est-à-dire âgé de vingt et un ans accomplis (art. 346 al. 1). Si la loi avait autorisé l'adoption des mineurs, elle aurait dû en même temps réserver à l'adopté le droit de renoncer à l'adoption, sa majorité une fois acquise, ce qui aurait donné une grande instabilité à l'adoption.

3° « *Si l'adopté, ayant encore ses père et mère, ou l'un des deux, n'a point accompli sa vingt-cinquième année, il sera tenu de rapporter le consentement donné à l'adoption par ses père et mère, ou par le survivant; et s'il est majeur de vingt-cinq ans, de requérir leur conseil* » (art. 346, 2° partie). La loi soumet donc à l'autorité ou au contrôle de ses protecteurs naturels le fils de famille qui veut se donner en adoption, comme elle y soumet celui qui veut se marier.

Mais il existe à cet égard entre l'adoption et le mariage plusieurs différences qu'il est plus aisé de signaler que de justifier.

a. La loi fixe la majorité *matrimoniale* à vingt et un ans pour les filles et à vingt-cinq ans pour les fils (art. 148), tandis qu'elle fixe la majorité *adoptive* à l'âge de vingt-cinq ans, quel que soit le sexe de l'adopté.

b. L'adopté mineur de vingt-cinq ans, qui a encore ses père et mère, doit nécessairement obtenir le consentement de l'un et de l'autre; le refus de la mère ferait donc obstacle à l'adoption, alors même que le père y consentirait (argument de ces mots de l'art. 346 *par ses père et mère*). Au contraire, en matière de mariage, l'art. 148 dit : « en cas de dissentiment, le consentement du père suffit ».

c. Aux termes de l'art. 150 al. 1 : « Si le père et la mère sont morts, ou s'ils sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les aïeuls et aïeules les remplacent ». Aucune disposition semblable n'existant en matière d'adoption, on doit en conclure que celui dont les père et mère sont morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, peut se donner en adoption, sans qu'il lui soit nécessaire d'obtenir le consentement de ses ascendants ni de requérir leur conseil.

d. En matière de mariage, la loi exige dans certains cas trois actes respectueux (art. 152); un seul suffira toujours en matière d'adoption, la loi n'en ayant pas fixé le nombre.

N° 2. Des conditions requises pour l'adoption rémunératoire.

939. L'adoption rémunératoire est ainsi appelée, parce qu'elle est conférée à titre de rémunération à celui qui, au péril de sa propre vie, a sauvé celle de l'adoptant, « *soit, dit la loi, dans un combat, soit en le retirant des flammes ou des flots* ». (art. 345). Ce ne sont que des exemples; il y aurait donc lieu à l'adoption rémunératoire, si l'adopté avait sauvé la vie à l'adoptant, au péril de la sienne, dans tout autre événement analogue à ceux dont

parle la loi, tel que l'éroulement d'un bâtiment, l'éboulement d'une mine.

La faveur que mérite l'adoption quand elle est le tribut d'une dette de reconnaissance aussi sacrée, a déterminé le législateur à se départir ici de quelques-unes de ses exigences. Il n'est pas nécessaire que l'adoptant ait plus de cinquante ans, ni qu'il ait quinze ans de plus que l'adopté, ni qu'il ait donné à l'adopté des soins non interrompus durant six années de sa minorité.

Quelles conditions sont donc requises pour cette adoption ?

a. En ce qui concerne l'adoptant, elles sont déterminées par l'art. 345 *in fine*. Il faut : 1° que l'adoptant soit majeur; 2° qu'il soit plus âgé que l'adopté, ne fût-ce que d'un jour; 3° que l'adoptant n'ait ni enfants ni descendants légitimes; 4° s'il est marié, que son conjoint consente à l'adoption.

b. En ce qui concerne l'adopté, la loi ne contenant aucune disposition spéciale, il y aurait lieu de s'en référer au droit commun, c'est-à-dire que les conditions requises dans la personne de l'adopté sont les mêmes pour l'adoption rémunératoire que pour l'adoption ordinaire. Il faudra donc : 1° que l'adopté soit majeur (arg. des mots *en aucun cas*, de l'art. 346); 2° qu'il obtienne le consentement ou requière le conseil de ses père et mère ou du survivant (même article); 3° qu'il n'ait pas déjà été adopté par une autre personne (art. 344 al. 1). On a soutenu à tort que cette troisième condition n'est pas requise; elle l'est par cela seul que la loi garde le silence sur ce point.

N° 3. Des conditions requises pour l'adoption testamentaire.

940. En vue de la réalisation de la condition exigée pour l'adoption par l'art. 345 al. 1, savoir que l'adoptant ait fourni à l'adopté durant sa minorité et pendant six ans au moins des soins non interrompus, le législateur a établi, on le sait, la tutelle officieuse, qui a pour résultat d'attacher le mineur à son tuteur officieux par un titre légal, et d'obliger celui-ci à nourrir le pupille, à l'élever et à le mettre à même de gagner sa vie. Quand le tuteur officieux craint de mourir avant la majorité de son pupille, et avant par suite que l'adoption ait pu être consommée, la loi lui permet sous certaines conditions de conférer l'adoption à son pupille par acte testamentaire; d'où le nom d'*adoption testamentaire*. L'art. 366 dit à ce sujet : « *Si le tuteur officieux, après cinq ans révolus depuis la* » tutelle, et dans la prévoyance de son décès avant la majorité du » pupille, lui confère l'adoption par acte testamentaire, cette dispo-

» *sition sera valable, pourvu que le tuteur officieux ne laisse point d'enfants légitimes* ».

Trois conditions sont donc requises pour cette adoption :

1° Qu'il se soit écoulé cinq ans révolus depuis la tutelle.

Il paraît bien résulter des termes de la loi sur ce point, que l'adoption, qui aurait été faite par acte testamentaire avant l'expiration de ce délai, serait nulle, alors même que le tuteur officieux mourrait après l'expiration des cinq années. Il y a toutefois quelque doute sur ce point.

2° Que le tuteur officieux meure avant la majorité de son pupille.

S'il meurt après cette époque, sans avoir procédé à l'adoption dans les formes prescrites par la loi, l'adoption testamentaire devient caduque : le tuteur officieux est alors considéré comme ayant renoncé à la volonté qu'il avait manifestée dans son testament d'adopter son pupille.

3° Que le tuteur officieux ne laisse point de descendants légitimes.

Mais il importerait peu qu'il eût eu des enfants ou descendants légitimes à l'époque où il a fait le testament contenant l'adoption, si ces enfants ou descendants étaient tous morts avant lui.

L'adoption testamentaire ne peut avoir lieu sans le consentement de l'adopté. Elle devient parfaite par la mort de l'adoptant.

941. Telles sont les seules conditions exigées par la loi pour chaque espèce d'adoption. Il n'y a pas lieu d'en ajouter d'autres.

L'adoption peut donc être faite par des personnes ou au profit de personnes de l'un ou de l'autre sexe.

Elle est permise, non seulement aux personnes mariées, mais aussi aux célibataires, même aux prêtres, diacres et sous-diacres catholiques, bien qu'on ait élevé quelque doute sur ce point. Le doute n'est possible, au surplus, que pour ceux qui n'admettent pas que les prêtres catholiques puissent valablement se marier. Même dans cette opinion, on doit reconnaître aux prêtres catholiques le droit d'adopter, car nulle loi ne le leur retire.

942. Les enfants naturels reconnus peuvent-ils être adoptés par leurs auteurs? Nous disons *les enfants naturels reconnus*; car, pour ceux dont la filiation n'est pas légalement constatée, il n'y a pas de doute : ils peuvent certainement être adoptés.

Peu de questions ont soulevé tant et d'aussi graves débats. Le grand Merlin a, sur ce point, deux fois changé d'avis; il décidait d'abord, et en dernier lieu, que l'adoption des enfants naturels reconnus était interdite. Mêmes variations, mais en sens inverse, dans les décisions de la cour de cassation, qui, après avoir condamné sa première jurisprudence, d'après laquelle l'adoption des enfants naturels reconnus devait être considérée comme permise, y est revenue en 1846, et y a toujours persisté depuis. Cass., 13 juin 1882, S., 84. 1. 211, D., 82. 1. 309. Les incapacités, dit la cour, doivent, pour être appliquées, résulter d'un texte précis et formel de loi; or aucun texte ne déclare les enfants naturels reconnus incapables d'être adoptés par leurs auteurs; donc leur adoption est permise.

Les objections ne manquent pas contre cette solution.

Une des plus puissantes est tirée de l'art. 908, aux termes duquel : « Les enfants naturels [reconnus] ne pourront, par donation entre-vifs ou par testament, rien recevoir » au-delà de ce qui leur est accordé au titre *des Successions* ». Qu'arrivera-t-il, dit-on, si on valide l'adoption faite au profit d'un enfant naturel reconnu? Il arrivera que cet enfant acquerra dans la succession de son auteur les mêmes droits qu'un enfant légitime (art. 350), et qu'il recueillera ainsi dans cette succession beaucoup plus que l'art. 908 ne lui permet de recevoir, peut-être même la totalité des biens de son auteur, s'il ne laisse pas d'enfant légitime. Or est-il admissible que la loi, après avoir établi dans l'art. 908 une prohibition aussi sévère, ait autorisé un moyen si facile de l'éluider? La cour de cassation

répond : « Les limitations et prohibitions établies par les art. 757 et 908, peuvent cesser d'exister par l'effet des modifications que la loi permet d'apporter à l'état de l'enfant naturel. Ces modifications résultent soit de la légitimation, soit de l'adoption. En d'autres termes, ce n'est pas comme naturel que l'enfant recueillera dans le cas dont il s'agit la totalité de la succession paternelle, c'est comme enfant adoptif ; et les art. 757 et 908 ne seront pas violés. On peut ajouter que l'art. 908 ne frappe l'enfant naturel que d'une incapacité de recevoir « par donation entre-vifs ou par testament » ; or ce n'est pas par l'un de ces moyens que l'auteur de l'enfant naturel arrive ici à lui transmettre sa fortune, c'est à titre de succession ; l'enfant adopté recueillera la fortune de son père comme héritier, non comme donataire, et l'art. 908 ne l'en déclare nullement incapable.

D'ailleurs l'objection qui vient d'être développée n'a point échappé au législateur. Tronchet s'était posé en adversaire déclaré de l'adoption des enfants naturels reconnus, précisément parce qu'il y voyait un moyen détourné d'éluider l'incapacité dont la loi frappe ces enfants. Pour lui donner satisfaction, la section de législation du conseil d'Etat avait inséré dans le second projet un article ainsi conçu : « Celui qui a reconnu dans les formes établies par la loi un enfant né hors mariage ne peut l'adopter ni lui conférer d'autres droits que ceux qui résultent de cette reconnaissance ; mais hors ce cas, il ne sera admis aucune action tendant à prouver que l'enfant adopté est l'enfant naturel de l'adoptant ». Or cet article a été supprimé après discussion. Qu'en conclure, sinon que le législateur a renoncé à l'idée de Tronchet, d'interdire l'adoption des enfants naturels reconnus ?

On a objecté encore qu'autoriser l'adoption des enfants naturels reconnus, c'est permettre leur légitimation en dehors des conditions requises par la loi ; car quelle différence y aura-t-il entre l'enfant naturel adopté et celui qui aurait été légitimé ? — Il existe des différences considérables, et elles fournissent la réponse à l'objection. L'enfant légitime entre dans la famille de ses père et mère, il devient le parent de leurs parents : ce qui donne naissance à des droits de succession réciproques entre l'enfant légitimé et les parents de ses père et mère, et aussi dans certains cas à une obligation alimentaire réciproque. Au contraire l'enfant adoptif n'entre pas dans la famille de l'adoptant (*infra* n. 945), il ne devient pas le parent de ses parents ; entre l'adopté et les parents de l'adoptant, pas de droit réciproque de succession, pas d'obligation alimentaire.

La question que nous venons de discuter offre un très grand intérêt pratique. En fait la plupart des adoptions ont lieu au profit d'enfants naturels, reconnus ou non. Le père naturel hésite souvent à légitimer son enfant par mariage subséquent, à cause de la condition de la mère ; il a recours alors au biais de l'adoption.

Ce que nous avons dit des enfants naturels simples doit être appliqué par analogie aux enfants adultérins ou incestueux. Au cas où leur filiation n'est pas légalement établie, il est impossible de contester la validité de l'adoption dont ils ont été l'objet. Dans le cas contraire, il s'élève la même difficulté qu'au sujet d'un enfant naturel simple reconnu. On doit adopter une solution identique.

§ II. Effets de l'adoption.

943. PREMIER EFFET. Aux termes de l'art. 347 : « L'adoption contera le nom de l'adoptant à l'adopté, en l'ajoutant au nom propre de ce dernier ». L'adopté acquiert aussi le droit d'hériter des titres nobiliaires transmissibles qui appartiennent à l'adoptant.

L'adopté transmettra son nom allongé de celui de l'adoptant aux enfants qui lui naîtront après l'adoption. Quant à ceux nés auparavant, ils conserveront le nom de l'adopté tout court ; ils ne pourraient y ajouter celui de l'adoptant qu'en s'y faisant autoriser conformément à la loi du 11 germinal an XI.

En nous disant que l'adopté conserve son nom et y ajoute seulement celui de l'adoptant, la loi nous donne déjà à entendre que

l'adopté ne change pas de famille. Elle nous le dit d'une manière plus explicite dans l'art. 348 al. 1, ainsi conçu : « *L'adopté restera dans sa famille naturelle et y conservera tous ses droits* » ; ajoutez : *et tous ses devoirs*. Notamment l'adopté demeure tenu de l'obligation alimentaire envers ses parents légitimes ou naturels ; de même l'adopté, quand il veut se marier, est soumis à la nécessité d'obtenir le consentement ou de requérir le conseil de ses père et mère ou autres ascendants, jamais celui de l'adoptant, même après le décès de tous ses ascendants.

944. DEUXIÈME EFFET. L'adoption fait naître certains empêchements de mariage. Ils sont fondés sur des motifs de décence et d'honnêteté, bien plus que sur un lien de parenté ou d'alliance : on n'a pas voulu que l'espoir d'un mariage pût allumer des désirs criminels entre des personnes destinées à vivre sous le même toit. Suivant l'opinion générale, ces empêchements sont simplement prohibitifs. Ils sont énumérés par l'art. 348 dans les termes suivants : « *néanmoins le mariage est prohibé, — Entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants ; — Entre les enfants adoptifs du même individu ; — Entre l'adopté et les enfants qui pourraient survenir à l'adoptant ; — Entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant, et réciproquement entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté* ». Cette énumération est essentiellement limitative. Ainsi le mariage est permis entre le conjoint de l'adoptant et celui de l'adopté, devenus l'un et l'autre libres de tout lien, entre un enfant de l'adoptant et un enfant de l'adopté, entre l'adopté et la sœur de l'adoptant, et réciproquement entre l'adoptant et la sœur de l'adopté.

De ce que la loi prohibe le mariage entre les enfants adoptifs d'un même individu, il ne faudrait pas conclure, comme l'ont fait quelques auteurs, qu'un même individu ne peut pas adopter conjointement ou successivement deux personnes mariées l'une avec l'autre. Il est vrai que, cette double adoption une fois consommée, il arrivera que deux enfants adoptifs du même individu se trouveront mariés l'un à l'autre ; mais l'art. 348 ne s'y oppose pas. Il défend à deux enfants adoptifs du même individu de devenir époux, mais non à deux époux de devenir fils adoptifs de la même personne. D'ailleurs les motifs de la loi manquent ici, plus encore que son texte, pour interdire une semblable adoption. Le danger qu'elle a voulu prévenir est-il donc à redouter ?

945. TROISIÈME EFFET. Obligation alimentaire. — Aux termes de l'art. 349 : « *L'obligation naturelle, qui continuera d'exister entre l'adopté et ses père et mère, de se fournir des aliments dans les cas déterminés par la loi, sera considérée comme commune à l'adoptant et à l'adopté, l'un envers l'autre* ».

L'adopté a donc le droit d'exiger des aliments de l'adoptant, et réciproquement celui-ci peut en exiger de l'adopté. Mais là s'arrête.

l'obligation alimentaire ; elle n'existe pas entre l'adopté et les ascendants de l'adoptant. Cela vient de ce que l'adoption n'établit de lien qu'entre l'adoptant et l'adopté ; l'adopté reste étranger à la famille de l'adoptant. L'adoption est un contrat, et les contrats ne produisent d'effet qu'entre les parties contractantes (art. 1165). L'adopté ne devient donc pas le parent des parents de l'adoptant. Il ne peut par suite exister entre l'adopté et les parents de l'adoptant ni obligation alimentaire, comme le dit implicitement notre article, ni droit de succession, comme va nous le dire à l'instant même l'art. 350.

946. QUATRIÈME EFFET. *Droit pour l'adopté de succéder à l'adoptant.* — Aux termes de l'art. 350 : « *L'adopté n'acquerra aucun droit de successibilité sur les biens des parents de l'adoptant ; mais il aura sur la succession de l'adoptant les mêmes droits que ceux qu'y aurait l'enfant né en mariage, même quand il y aurait d'autres enfants de cette dernière qualité nés depuis l'adoption* ». Il pourra donc arriver que l'adopté se trouve, lors de l'ouverture de la succession de l'adoptant, en concours avec des enfants légitimes de celui-ci. Alors l'adopté comptera, quant au règlement de la succession, comme un enfant légitime de plus ; il aura les mêmes droits qu'un enfant légitime.

Si l'adoptant ne laisse pas d'enfants légitimes lors de son décès, toute sa succession revient à l'adopté. En un mot, qu'il soit seul ou en concours avec des enfants légitimes de l'adoptant, les droits de l'adopté sur la succession de l'adoptant sont les mêmes que ceux d'un enfant légitime.

* De là il résulte : 1° que l'adopté réduirait les enfants naturels de l'adoptant à la part déterminée par l'art. 757 ; 2° que l'adopté a droit à une réserve dans la succession de l'adoptant (arg. art. 913). Comme sanction de ce droit de réserve, il aurait la faculté de faire réduire même les donations consenties par l'adoptant antérieurement à l'adoption, de même qu'un enfant légitime peut faire réduire même les donations antérieures à sa naissance. Ce point a été contesté à tort ; car la loi donne au réservataire le droit de faire réduire toutes les donations qui entament sa réserve, sans distinction aucune (art. 920). Par où l'on voit que, si la personne qui se propose d'adopter est mariée, son conjoint peut avoir intérêt à refuser de consentir à l'adoption, pour mettre les donations qui lui ont été faites par le contrat de mariage à l'abri d'une réduction éventuelle au profit de l'enfant adoptif. C'est le seul moyen pour le conjoint de conjurer cette réduction : il ne pourrait pas y parvenir au moyen d'une réserve insérée dans l'acte par lequel il donnerait son consentement à l'adoption ; une semblable réserve constituerait un pacte sur succession future, prohibé par nos lois (arg. art. 791, 1130 et 1600).

* Le droit de succession, que la loi accorde à l'adopté, lui est personnel. Les enfants de l'adopté ne pourraient donc pas, après la mort de celui-ci, succéder à l'adoptant soit de leur chef, soit par représentation. En effet, d'une part, l'art. 350 n'accorde le droit de successibilité qu'à l'adopté et non à ses descendants, bien différent en cela de l'art. 745 qui, réglant le droit de succession des enfants légitimes, dit : « Les enfants ou leurs descendants succèdent... » D'autre part, la loi n'établit pas de lien de parenté entre l'adoptant et

les descendants de l'adopté (argument du mot *néanmoins* de l'art. 348) ; à quel titre donc les descendants de l'adopté succéderaient-ils à l'adoptant ? Enfin l'obligation alimentaire résultant de l'adoption, n'existe pas entre l'adoptant et les descendants de l'adopté : ce qui donne à entendre que le droit de succession n'existe pas non plus.

* Sur cette question, la jurisprudence paraît aujourd'hui fixée en sens contraire (Cass., 10 novembre 1869, D., 70. 1. 209, S., 70. 1. 18. et Agen, 1^{er} juin 1885, S., 86. 2. 63). Voici son principal argument : Le but de la loi, en autorisant l'adoption, a été de permettre à celui qui n'a pas de descendance naturelle de se créer une descendance fictive ; pour que ce but puisse être atteint, il faut que la filiation résultant de l'adoption produise les mêmes effets que la filiation légitime ; or les enfants d'un fils légitime succèdent à leur aïeul ; donc les enfants de l'adopté doivent succéder à l'adoptant. — Mais à ce compte, il faudrait dire aussi que l'adoptant doit des aliments aux descendants de l'adopté, et réciproquement. Il faudrait dire également que l'obligation alimentaire existe entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté ! La vérité est que l'adoption est une fiction légale ; or la loi, qui seule peut établir la fiction, peut seule aussi en déterminer les effets. Il a fallu un texte pour que l'adopté pût succéder à l'adoptant ; il en faudrait un autre pour que ses descendants eussent le même droit.

* Les arrêts, qui reconnaissent aux descendants de l'adopté le droit de succéder à l'adoptant, ne distinguent nullement entre les descendants nés avant l'adoption et ceux nés après ; tous auraient également le droit de succéder à l'adoptant. Quelques auteurs, au contraire, ne reconnaissent ce droit qu'aux enfants de l'adopté nés depuis l'adoption ; ils le refusent à ceux nés avant, par ce singulier motif que ceux-ci ne portent pas le nom de l'adoptant. Comme si la communauté de nom était de quelque importance pour les vocations héréditaires !

Le droit de successibilité de l'adopté se restreint aux biens de l'adoptant. Il n'acquiert aucun droit de cette nature sur les biens des parents de l'adoptant (art. 350 1^{re} partie) ; il ne peut donc venir à la succession de ceux-ci ni de son chef ni par représentation, de l'adoptant, car, pour venir à une succession par représentation, il faut être apte à la recueillir de son propre chef (t. II, n. 69-2^o).

947. La loi, qui accorde à l'adopté le droit de succéder à l'adoptant, n'accorde pas à l'adoptant le droit de succéder à l'adopté, et par cela même elle le lui refuse. C'est une exception remarquable au principe de la réciprocité du droit de succession. La succession de l'adopté sera recueillie lors de son décès par ses héritiers légitimes ou ses successeurs irréguliers. L'Etat lui-même, à défaut d'héritiers, exclurait l'adoptant.

Dans certains cas toutefois, il eût été d'une rigueur extrême d'exclure l'adoptant de tout droit sur la succession de l'adopté. L'adoptant a donné certains biens à l'adopté : celui-ci meurt avant l'adoptant sans descendants légitimes ; les biens donnés par l'adoptant se retrouvent en nature dans la succession de l'adopté. Ces biens, auxquels l'adoptant attache peut-être un grand prix d'affection, vont-ils passer, avec le reste de la succession de l'adopté, à ses héritiers, qui sont le plus souvent des étrangers pour l'adoptant ? Non ; la loi autorise en pareil cas l'adoptant à reprendre ce qu'il a donné. Ce droit, connu sous le nom de *retour légal*, est organisé par les art. 351 et 352, ainsi conçus :

ART. 351. *Si l'adopté meurt sans descendants légitimes, les choses données par l'adoptant, ou recueillies dans sa succession, et qui existeront en nature lors du décès de l'adopté retourneront à l'adoptant ou à ses descendants, à la charge de contribuer aux dettes, et sans préjudice des droits des tiers. — Le surplus des biens de l'adopté*

appartiendra à ses propres parents ; et ceux-ci excluront toujours, pour les objets même spécifiés au présent article, tous héritiers de l'adoptant autres que ses descendants.

ART. 352. *Si, du vivant de l'adoptant, et après le décès de l'adopté, les enfants ou descendants laissés par celui-ci mouraient eux-mêmes sans postérité, l'adoptant succèdera aux choses par lui données, comme il est dit en l'article précédent ; mais ce droit sera inhérent à la personne de l'adoptant, et non transmissible à ses héritiers, même en ligne descendante.*

Il existe, dans notre droit, trois cas de *retour légal* ou, autrement dit, de *succession anormale* : le premier prévu par nos deux articles, le second par l'art. 747, et le troisième par l'art. 766. Pour ne pas tomber dans des redites, nous traiterons à la fois de ces trois cas de retour au titre *Des successions*. V. t. II, n. 84 et s.

SECTION II

DES FORMES DE L'ADOPTION

948. Les formes de l'adoption sont relatives : 1° à la réception du contrat par le juge de paix ; 2° à l'homologation du contrat par la justice ; 3° à l'inscription de l'adoption sur les registres de l'état civil.

1. Réception du contrat par le juge de paix.

949. « *La personne qui se proposera d'adopter, et celle qui voudra être adoptée, se présenteront devant le juge de paix du domicile de l'adoptant, pour y passer acte de leurs consentements respectifs* » (art. 353). Le juge de paix est seul compétent pour la réception de ce contrat. L'adoption n'aurait pas d'existence légale, si elle était reçue par un officier public autre qu'un juge de paix, par exemple par un notaire : car il s'agit d'un contrat solennel, dans lequel par conséquent la forme est essentielle. *Forma dat esse rei.*

Voilà la base du contrat d'adoption. Mais il n'est pas encore parfait quand le juge de paix en a dressé acte ; il ne le sera qu'après l'accomplissement des formalités dont il va être parlé, et, du moins suivant l'opinion la plus accréditée, avec effet rétroactif au jour du contrat passé devant le juge de paix. Les parties qui ont fait dresser acte de leur consentement par le juge de paix, peuvent donc, d'un commun accord, rendre l'adoption stérile, en négligeant de remplir ces formalités. Mais l'adoptant ne pourrait pas, en retirant son consentement contrairement à la volonté de l'adopté, empêcher celui-ci de donner au contrat sa perfection en remplissant les formalités légales. Montpellier, 9 mai 1882, S., 84. 2. 158.

2. Homologation du contrat d'adoption par la justice.

950. ART. 354. *Une expédition de cet acte sera remise dans les dix jours suivants, par la partie la plus diligente, au procureur du Roi près le Tribunal de première instance dans le ressort*

duquel se trouvera le domicile de l'adoptant, pour être soumis à l'homologation de ce tribunal.

ART. 355. *Le tribunal réuni en la chambre du conseil, et après s'être procuré les renseignements convenables, vérifiera, 1° si toutes les conditions de la loi sont remplies; 2° si la personne qui se propose d'adopter jouit d'une bonne réputation.*

ART. 356. *Après avoir entendu le procureur du Roi, et sans autre forme de procédure, le tribunal prononcera, sans énoncer de motifs, en ces termes : Il y a lieu, ou Il n'y a pas lieu à l'adoption.*

La loi veut que le tribunal statue sans énoncer de motifs, parce qu'il s'agit d'un acte de juridiction gracieuse et non d'un acte de juridiction contentieuse. D'ailleurs l'adoptant peut avoir intérêt à ce que le motif qui porte le tribunal à refuser son homologation ne soit pas divulgué, par exemple si c'est parce que l'adoptant ne jouit pas d'une bonne réputation.

Le tribunal de première instance doit toujours rendre son jugement, quel qu'il soit, dans la chambre du conseil. La loi veut que ce jugement soit soustrait à la publicité de l'audience.

Si le tribunal de première instance refuse d'homologuer l'adoption, sa décision est susceptible d'appel. S'il admet l'adoption, il y a lieu de poursuivre la confirmation de sa décision devant la cour d'appel. C'est ce que dit l'art. 357 ainsi conçu : « *Dans le mois qui suivra le jugement du tribunal de première instance, ce jugement sera, sur les poursuites de la partie la plus diligente, soumis à la Cour royale, qui instruira dans les mêmes formes que le tribunal de première instance, et prononcera sans énoncer de motifs : Le jugement est confirmé, ou Le jugement est réformé; en conséquence, il y a lieu, ou il n'y a pas lieu à l'adoption* ».

L'art. 358 ajoute : « *Tout arrêt de la Cour royale, qui admettra une adoption, sera prononcé à l'audience, et affiché en tels lieux et en tel nombre d'exemplaires que le tribunal jugera convenable* ».

On peut induire de ce dernier article par argument *a contrario* que l'arrêt de la cour d'appel, qui refuse d'admettre l'adoption, doit être rendu en la chambre du conseil. On évite ainsi aux parties l'humiliation que leur causerait la publicité de l'audience.

3. Inscription de l'adoption sur les registres de l'état civil.

951. Aux termes de l'art. 359 : « *Dans les trois mois qui suivront ce jugement, l'adoption sera inscrite, à la réquisition de l'une ou de l'autre des parties, sur le registre de l'état civil du lieu où l'adoptant sera domicilié. — Cette inscription n'aura lieu que sur le vu d'une expédition, en forme, du jugement de la Cour royale; et l'adoption restera sans effet, si elle n'a été inscrite dans ce délai* ».

C'est sur le registre des naissances que l'adoption doit être inscrite : car l'adoption est

une sorte de naissance civile. Que doit-on inscrire ou plus exactement *transcrire* sur ce registre? L'acte d'adoption passé devant le juge de paix. C'est du moins ce que l'on peut induire de l'art. 359, d'après lequel l'inscription doit avoir lieu « sur le vu d'une expédition » en forme du jugement de la Cour... » Donc ce n'est pas, comme le prétendent quelques auteurs, ce jugement ou mieux cet arrêt qui doit être transcrit.

Disposition particulière.

952. « *Si l'adoptant venait à mourir après que l'acte constatant la volonté de former le contrat d'adoption a été reçu par le juge de paix et porté devant les tribunaux, et avant que ceux-ci eussent définitivement prononcé, l'instruction sera continuée et l'adoption admise, s'il y a lieu. — Les héritiers de l'adoptant pourront, s'ils croient l'adoption inadmissible, remettre au procureur du Roi tous mémoires et observations à ce sujet* » (art. 360).

Cet article ne prévoit que le cas où l'*adoptant* vient à mourir après la réception du contrat par le juge de paix et avant l'accomplissement des formalités prescrites pour sa perfection. Que décider, si c'est l'*adopté* qui prédécède? La plupart du temps, en pareil cas, personne n'aura d'intérêt à ce que l'adoption devienne parfaite : ni l'adoptant, parce qu'il n'a aucun droit sur la succession de l'adopté, ni les descendants de l'adopté, parce qu'ils n'ont aucun droit sur la succession de l'adoptant. On s'explique ainsi tout naturellement que la loi, qui statue ordinairement *de eo quod plerumque fit*, n'ait pas prévu une question qui ne sera presque jamais soulevée, celle de savoir s'il peut y avoir lieu de continuer l'instruction pour faire acquiescer au contrat sa perfection. Nous le répétons, en règle générale, personne n'y aura intérêt, et par suite personne ne le demandera. Mais si exceptionnellement cet intérêt apparaissait, on ne voit pas pourquoi les intéressés n'auraient pas le droit d'agir. On peut citer comme exemple le cas où l'adopté, ayant survécu à l'adoptant, serait mort lui-même avant l'accomplissement des formalités nécessaires à la perfection de l'adoption. Ses héritiers ont intérêt à ce que l'adoption devienne parfaite; car alors l'adopté sera considéré comme ayant été l'héritier de l'adoptant, et leur aura transmis la succession de celui-ci confondue dans la sienne.

CHAPITRE II

DE LA TUTELLE OFFICIEUSE

953. On peut définir la tutelle officieuse : un acte juridique, par lequel une personne, en se soumettant aux obligations de la tutelle ordinaire, s'impose de plus l'obligation de nourrir gratuitement son pupille, de l'élever et de le mettre en état de gagner sa vie, le tout en vue de l'adopter plus tard.

On voit par cette définition, que la tutelle officieuse est destinée à servir de préparation à l'adoption; c'est en effet dans cette vue que le législateur l'a instituée. Mais il ne suffit pas de décréter une institution pour la faire passer dans les mœurs. La tutelle officieuse est à peu près inconnue dans la pratique. Le motif en est facile à découvrir : la bienfaisance aime à s'exercer librement.

Celui qui se propose d'adopter un enfant doit lui fournir des soins non interrompus durant six années au moins de sa minorité; mais il aimera mieux le faire spontanément que de s'y obliger à l'avance par un titre légal. V. cep. *infra* n. 955 *bis*.

954. Conditions requises pour la tutelle officieuse. Il y a des conditions de fond et des conditions de forme.

a. — Les premières sont indiquées par les art. 361, 362 et 364 al. 1, ainsi conçus :

ART. 361. *Tout individu âgé de plus de cinquante ans, et sans enfants ni descendants légitimes, qui voudra, durant la minorité d'un individu, se l'attacher par un titre légal, pourra devenir son tuteur officieux, en obtenant le consentement des père et mère de l'enfant, ou du survivant d'entre eux, ou, à leur défaut, d'un conseil de famille, ou enfin, si l'enfant n'a point de parents connus, en obtenant le consentement des administrateurs de l'hospice où il aura été recueilli, ou de la municipalité du lieu de sa résidence.*

ART. 362. *Un époux ne peut devenir tuteur officieux qu'avec le consentement de l'autre conjoint.*

ART. 364 al. 1. *Cette tutelle ne pourra avoir lieu qu'au profit d'enfants âgés de moins de quinze ans.*

b. — Les conditions de forme sont indiquées par l'art. 363 : « *Le juge de paix du domicile de l'enfant dressera procès-verbal des demandes et consentements relatifs à la tutelle officieuse* ».

954 bis. Effets de la tutelle officieuse. — Ils sont en principe les mêmes que ceux de la tutelle ordinaire. Le tuteur a donc le gouvernement de la personne et des biens du mineur. C'est ce qui résulte des art. 365 et 370, ainsi conçus :

ART. 365. *Si le pupille a quelque bien, et s'il était antérieurement en tutelle, l'administration de ses biens, comme celle de sa personne, passera au tuteur officieux, qui ne pourra néanmoins imputer les dépenses de l'éducation sur les revenus du pupille.*

ART. 370. *Le tuteur officieux qui aurait eu l'administration de quelques biens pupillaires, en devra rendre compte dans tous les cas.*

Les autres effets sont indiqués par les art. 364 al. 2, 366, 367, 368 et 369 que nous nous bornerons à transcrire.

ART. 364 al. 2. *Elle [la tutelle officieuse] emportera avec soi, sans préjudice de toutes stipulations particulières, l'obligation de nourrir le pupille, de l'élever, de le mettre en état de gagner sa vie.*

ART. 366. *Si le tuteur officieux, après cinq ans révolus depuis la tutelle, et dans la prévoyance de son décès avant la majorité du pupille, lui confère l'adoption par acte testamentaire, cette disposition sera valable, pourvu que le tuteur officieux ne laisse point d'enfants légitimes.*

ART. 367. *Dans le cas où le tuteur officieux mourrait soit avant les cinq ans, soit après ce temps, sans avoir adopté son pupille, il sera fourni à celui-ci, durant sa minorité, des moyens de subsister, dont la quotité et l'espèce, s'il n'y a été antérieurement pourvu par une convention formelle, seront réglées soit amiablement entre les représentants respectifs du tuteur et du pupille, soit judiciairement en cas de contestation.*

ART. 368. *Si, à la majorité du pupille, son tuteur officieux veut l'adopter, et que le premier y consente, il sera procédé à l'adoption selon les formes prescrites au chapitre précédent, et les effets seront, en tous points, les mêmes.*

ART. 369. *Si, dans les trois mois qui suivront la majorité du pupille, les réquisitions par lui faites à son tuteur officieux, à fin d'adoption, sont restées sans effet, et que le pupille ne se trouve point en état de gagner sa vie, le tuteur officieux pourra être condamné à indemniser le pupille de l'incapacité où celui-ci pourrait se trouver de pourvoir à sa subsistance. — Cette indemnité se résoudra en secours propres à lui procurer un métier; le tout sans préjudice des stipulations qui auraient pu avoir lieu dans la prévoyance de ce cas.*

955. Parallèle entre la tutelle ordinaire et la tutelle officieuse.

1^o La tutelle ordinaire est imposée par la loi ; on ne peut s'y soustraire que dans les cas qu'elle détermine. Au contraire la tutelle officieuse est purement volontaire.

2^o Le tuteur officieux est tenu de nourrir, entretenir et élever à ses frais son pupille, et de le mettre en état de gagner sa vie. Ces obligations n'incombent pas au tuteur ordinaire. *Tutor de suo alere pupillum non compellitur.*

3^o Les femmes, qui sont en principe frappées de l'incapacité de gérer une tutelle ordinaire (art. 442), ne sont pas frappées de la même incapacité en ce qui concerne la tutelle officieuse.

955 bis. La loi du 24 juillet 1889, *sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés*, a donné une importance nouvelle aux textes relatifs à la tutelle officieuse. V. l'art. 13 de cette loi, *infra* n. 986 *ter*.

TITRE IX**De la puissance paternelle.**

956. Dans les titres qui précèdent, le législateur s'est occupé de la constitution de la famille. Dans celui-ci et dans le suivant, il va s'occuper du pouvoir domestique, qui s'exerce sous forme de puissance paternelle ou de tutelle sur des enfants mineurs.

La puissance paternelle et la tutelle constituent deux mesures de protection pour le mineur non émancipé. Il n'y a lieu qu'à la première pour celui qui a encore ses père et mère. V. cependant loi du 24 juillet 1889, art. 10, *infra* n. 986 *ter*. La mort de l'un des deux donne ouverture à la seconde, sans mettre fin pour cela à la première. Le mineur non émancipé est donc, à dater de cet événement, soumis à une double puissance : la puissance paternelle et la puissance tutélaire. La puissance paternelle appartient toujours en principe au survivant des père et mère, et la puissance tutélaire lui appartient le plus souvent.

957. Historique. — Dans notre ancien droit, il y avait, relativement au caractère de la puissance paternelle, une grande divergence de vues entre la législation des pays de droit écrit et celle des pays de coutume.

Dans les pays de droit écrit, la puissance paternelle était accordée au père, à l'exclusion de la mère ; elle y était considérée comme un droit pour le père, et organisée par suite dans son intérêt beaucoup plus que dans celui de l'enfant. C'était la puissance paternelle du droit romain, avec le caractère de dureté et d'austérité qui la distingue dans cette législation, mitigée toutefois par quelques adoucissements dus à l'usage et à la jurisprudence des parlements. C'est ainsi que la législation de nos pays de droit écrit admettait dans son dernier état divers cas d'émancipation tacite, et principalement l'émancipation résultant du mariage.

Dans les pays de coutume, au contraire, la puissance paternelle était regardée comme un droit pour l'enfant, et pour le père comme un devoir plutôt que comme un droit. Aussi était-elle organisée surtout dans l'intérêt de l'enfant, et attribuée collectivement au père et à la mère qui sont ses deux protecteurs naturels, avec cette restriction toutefois que, pendant le mariage, le père seul en avait l'exercice. « Ce n'était, dit Demante, qu'une sorte d'autorité tutélaire, consistant dans le gouvernement de la personne et des

biens des enfants hors d'état par leur âge de se gouverner eux-mêmes et de pourvoir à leurs intérêts ». Ce rôle, tout de protection, des père et mère était assez mal désigné par l'expression *puissance paternelle*, et c'est là sans doute l'idée qu'exprimait cet adage, admis dans quelques pays coutumiers : *Droit de puissance paternelle n'a lieu*.

Sauf quelques modifications, c'est le système des pays de coutume que notre législateur a consacré. L'expression *puissance paternelle*, qui figurait dans la rédaction primitive de plusieurs articles de notre titre, en a été supprimée après discussion et remplacée par le mot *autorité* (art. 372 et 373). Elle est demeurée cependant dans l'intitulé de notre titre, sans qu'il soit bien facile d'expliquer pourquoi; car on a proposé à plusieurs reprises une modification sur ce point.

958. On peut définir la *puissance paternelle* : l'ensemble des droits que la loi accorde aux père et mère sur la personne et sur les biens de leurs enfants, jusqu'à la majorité ou l'émancipation de ceux-ci. La *puissance paternelle* a principalement pour but de faciliter aux parents l'accomplissement du devoir d'éducation dont ils sont tenus envers leurs enfants.

D'après cette définition, qui est calquée sur les art. 371 à 373, la *puissance paternelle* n'appartient qu'aux père et mère, jamais aux autres ascendants, dont les articles de notre titre affectent de ne pas parler; et d'autre part, la *puissance paternelle* prend fin à la majorité ou à l'émancipation de l'enfant. Le code civil ne considère donc pas comme se rattachant à la *puissance paternelle* ceux des droits appartenant aux père et mère sur la personne et sur les biens de leurs enfants que la loi accorde également aux autres ascendants ou qui survivent à la majorité ou à l'émancipation de l'enfant, tels que le droit de consentir au mariage (art. 148 et s.) ou à l'adoption (art. 346) de l'enfant, celui de réclamer des aliments (art. 203 et s.), le droit d'accepter des donations entre vifs faites à l'enfant (art. 935), enfin le droit de tutelle (art. 390, 402 et s.).

Dans la loi du 24 juillet 1889, *sur la protection des enfants mal-traités ou moralement abandonnés*, le législateur parle une autre langue. Il désigne sous le nom de *puissance paternelle* l'ensemble des droits accordés soit au père, soit à la mère, soit aux autres ascendants sur la personne et sur les biens de leurs enfants majeurs ou mineurs. V. l'art. 1 de la loi. Il y a donc maintenant deux *puissances paternelles*, la *puissance paternelle* du code civil et celle de la loi du 24 juillet 1889.

958 bis. Nous traiterons dans deux sections : 1° des droits résultant de la *puissance paternelle*; 2° de la déchéance de la *puissance paternelle*.

SECTION PREMIÈRE

DROITS RÉSULTANT DE LA PUISSANCE PATERNELLE

959. Les droits résultant de la puissance paternelle varient suivant que cette puissance s'exerce sur des enfants légitimes ou sur des enfants naturels.

§ I. *Attributs de la puissance paternelle sur les enfants légitimes.*

960. Aux termes de l'art. 371 : « *L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère* ». Précepte de pure morale, que le législateur a cru devoir placer au frontispice de son œuvre, sans doute pour nous montrer quel est le principe dont il s'inspire.

Il ne faut pas tirer de l'art. 371 d'autres conséquences pratiques que celles que la loi en a déduites elle-même. C'est ainsi qu'un fils, créancier de son père, peut recourir aux voies ordinaires d'exécution pour obtenir son paiement, dùt la ruine du père en être la conséquence. La loi morale commandera souvent au fils de traiter son père avec plus de ménagements qu'un débiteur ordinaire ; mais la loi civile ne fait pas cette distinction. De même un fils pourrait exercer contre son père une action dite déshonorante. Et c'est au surplus ce qui résulte par argument de l'art. 380 du code pénal, qui autorise un fils victime d'un vol commis par son père à exercer contre celui-ci une action civile en réparation du préjudice causé.

961. Aux termes de l'art. 372 : « *Il [l'enfant] reste sous leur autorité jusqu'à sa majorité ou son émancipation* ».

= *Sous leur autorité.* Donc la puissance paternelle appartient collectivement au père et à la mère. Mais la loi a cru devoir en attribuer l'exercice exclusif au père durant le mariage, pour qu'il y eût plus d'unité dans la direction des intérêts moraux et matériels de l'enfant. C'est ce que dit l'art. 373 : « *Le père seul exerce cette autorité durant le mariage* ». Quand donc la mère sera-t-elle appelée à exercer la puissance paternelle ? En principe, ce ne sera qu'après la dissolution du mariage par la mort du père ; pendant le mariage le droit de la mère sommeille. Exceptionnellement, la mère peut être appelée à l'exercice de la puissance paternelle pendant le mariage, lorsque le père est dans l'impossibilité *physique, morale ou légale* de l'exercer.

Le père est dans l'impossibilité *physique* d'exercer la puissance paternelle, quand il est absent. V. art. 141 et s.

Dans l'impossibilité *morale*, quand il est fou sans être interdit.

Dans l'impossibilité *légale* : 1° quand il est interdit judiciairement ; 2° quand il est interdit légalement ; 3° quand il est déchu de la puissance paternelle par application de la loi du 24 juillet 1889.

Nous disons que, dans tous les cas qui viennent d'être indiqués, la mère est appelée à exercer la puissance paternelle au lieu et place du père. En effet, l'art. 372 attribue la puissance paternelle à la mère aussi bien qu'au père, et le seul obstacle légal qui s'oppose à ce qu'elle l'exerce durant le mariage vient de ce que l'art. 373 en confère l'exercice exclusif au père. Et toutefois, au cas où le père est déchu de la puissance paternelle par application de la loi du 24 juillet 1889, la mère n'est pas appelée *de droit* à exercer la puissance paternelle au lieu et place du père indigne. L'art. 9 de la loi précitée dit seulement que l'exercice de la puissance paternelle *peut* lui être confié par le tribunal (*infra* n. 986 *ter*, p. 605).

962. Les attributs de la puissance paternelle sur les enfants légitimes sont assez nombreux. Le législateur en indique trois dans notre titre, savoir : le droit de garde, le droit de correction et le droit de jouissance légale. Il faut ajouter le droit d'administration légale, dont le législateur traite à tort dans le titre *De la tutelle* (art. 389), et le droit accordé au dernier mourant des père et mère de choisir un tuteur à ses enfants (art. 397 et s.).

N° 1. Du droit de garde ou de surveillance.

963. « *L'enfant ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père, si ce n'est pour enrôlement volontaire après l'âge de dix-huit ans révolus* » (art. 374). Comment le père pourrait-il remplir le devoir d'éducation dont il est tenu envers son enfant, s'il n'avait pas le droit de le forcer à rester dans la maison paternelle ou dans toute autre qu'il lui assigne, telle que collège, couvent, maison d'apprentissage... ?

Après la dissolution du mariage, si l'enfant mineur se trouve avoir un tuteur autre que le survivant de ses père et mère, il aura son domicile de droit chez ce tuteur (art. 108) ; mais il devra résider chez son père ou chez sa mère, qui, pour n'être pas tuteur, n'en demeure pas moins investi de la puissance paternelle, et par suite du droit de garde qui en est un attribut.

L'exception que notre article apporte à son principe pour le cas d'enrôlement volontaire, trouve sa justification dans la faveur due à la défense de la patrie. L'âge auquel l'enfant devient maître de son sort au point de vue de l'enrôlement volontaire a été modifié : de dix-huit ans il a été porté à vingt ans par l'art. 32 de la loi du 21 mars 1832, dont la disposition a été reproduite par la loi du 27 juillet 1872 (art. 46 al. 11) et par la loi du 13 juillet 1889, *sur le recrutement de l'armée*. L'art. 59 de cette dernière loi permet à tout Français remplissant les conditions légales de contracter un engagement volontaire à l'âge de seize ans dans l'armée de mer et à l'âge de dix-huit ans dans l'armée de terre. Mais si l'engagé

volontaire a moins de vingt ans, il doit « être pourvu du consentement de ses père, mère ou tuteur; ce dernier doit être autorisé par une délibération du conseil de famille. Le consentement du directeur de l'Assistance publique dans le département de la Seine, et du préfet dans les autres départements, est nécessaire et suffisant pour les moralement abandonnés » (art. 59-6° de la loi précitée). Si l'enfant est émancipé, il peut se passer de tout consentement, même au-dessous de vingt ans (*infra* n. 1132).

Pour la forme des actes de consentement à engagement militaire, dressés aux armées ou pendant le cours d'un voyage maritime, voyez la loi du 8 juin 1893.

N° 2. Du droit de correction.

964. Sous ce nom, le législateur attribue aux père et mère un droit extrêmement rigoureux, qui consiste à faire emprisonner l'enfant ou plutôt (car il ne s'agit pas d'un véritable emprisonnement) à le faire enfermer hors de la maison paternelle. Ce moyen de correction, qu'on peut regretter de voir figurer dans nos lois, est réservé pour les cas d'une extrême gravité. « *Le père qui aura des sujets de mécontentement TRÈS GRAVES sur la conduite d'un enfant, aura les moyens de correction suivants* », dit l'art. 375. Ce texte semble supposer que le droit de correction ne peut être exercé que par le père; mais, ainsi qu'on le verra tout à l'heure, l'exercice en appartient quelquefois à la mère. Nous étudierons successivement les deux hypothèses : elles sont régies par des règles toutes différentes.

I. Du droit de correction exercé par le père.

965. Le père peut, suivant les cas, faire détenir son enfant *par voie d'autorité* ou *par voie de réquisition*.

La détention a lieu *par voie d'autorité* lorsqu'il suffit au père, pour la faire ordonner, de requérir du président du tribunal un ordre d'arrestation, que celui-ci est obligé de délivrer, sans avoir le droit de contrôler les motifs qui portent le père à ordonner la détention de son enfant, ni même d'exiger l'indication de ces motifs.

On dit au contraire que le père ne peut faire détenir son enfant *par voie de réquisition*, lorsqu'il a seulement le droit de solliciter du président du tribunal un ordre d'arrestation que celui-ci peut refuser. Le père est donc alors obligé d'indiquer ses motifs, et le président du tribunal a le droit de les contrôler et de les juger; il statue *cognita causa* entre le père et l'enfant, tandis que, dans la première hypothèse, il n'est que l'exécuteur des volontés du père.

1. *Détention par voie d'autorité.*

966. Quatre conditions sont requises pour que le père ait le droit de faire détenir son enfant par voie d'autorité.

1° Que l'enfant ait moins de seize ans commencés. « *Si l'enfant est âgé de moins de seize ans commencés, le père pourra le faire détenir pendant un temps qui ne pourra excéder un mois; et, à cet effet, le président du tribunal d'arrondissement devra, sur sa demande, délivrer l'ordre d'arrestation* » (art. 376). Quand l'enfant n'a pas encore quinze ans accomplis, il se défend par sa propre faiblesse : son jeune âge est une garantie contre un excès de sévérité de la part du père.

2° Que le père ne soit pas remarié. « *Si le père est remarié, il sera tenu, pour faire détenir son enfant du premier lit, lors même qu'il serait âgé de moins de seize ans, de se conformer à l'article 377* » (art. 380), c'est-à-dire que le père ne pourra alors agir que par voie de réquisition. La loi craint l'influence de la seconde épouse du père, la marâtre de l'enfant; « elle ne suppose plus au père, dit Réal dans l'exposé des motifs, ni la même tendresse ni la même impartialité ».

Que décider si le père qui s'est remarié est redevenu veuf? Il recouvrera le droit de correction par voie d'autorité. On n'est plus alors dans les termes ni dans l'esprit de l'art. 380. *Plus dans ses termes*; car la loi parle du père qui *est remarié*, et non du père qui *s'est remarié*. *Plus dans son esprit*; car ce que la loi craint, c'est l'influence de la marâtre, et elle n'est plus là! Le droit commun reprendra donc son empire. La question toutefois est controversée.

3° Que l'enfant n'ait pas de biens personnels.

4° Qu'il n'ait pas d'état.— Ces deux dernières conditions sont indiquées par l'art. 382 al. 1, ainsi conçu : « *Lorsque l'enfant aura des biens personnels, ou lorsqu'il exercera un état, sa détention ne pourra, même au-dessous de seize ans, avoir lieu que par voie de réquisition, en la forme prescrite par l'article 377* ».

On s'explique facilement que la loi ne permette pas au père de faire détenir son enfant par voie d'autorité, même au-dessous de seize ans commencés, quand celui-ci a un état, ce qui sera rare à cet âge. En pareil cas, la détention requise par le père est de nature à compromettre gravement les intérêts de l'enfant, et la loi a voulu qu'il y eût un juge entre son père et lui. Mais il est difficile de dire pourquoi le législateur a attaché le même effet à cette circonstance que l'enfant a des biens personnels.

2. *Détention par voie de réquisition.*

967. Quand une des quatre conditions ci-dessus fait défaut, le père ne peut plus faire détenir son enfant que par voie de réquisition. Cela résulte des art. 380, 382, al. 1, et 377, ce dernier ainsi conçu : « *Depuis l'âge de seize ans commencés jusqu'à la majorité ou l'émancipation, le père pourra seulement requérir la détention de*

» son enfant pendant six mois au plus; il s'adressera au président
 » dudit tribunal, qui, après en avoir conféré avec le procureur du
 » Roi, délivrera l'ordre d'arrestation ou le refusera, et pourra,
 » dans le premier cas, abrégé le temps de la détention requis par
 » le père ». Le président du tribunal « jugera donc le jugement
 du père », comme le dit un de nos anciens, Talon. Il pourra, en
 conséquence, ou refuser l'ordre d'arrestation, ou le délivrer pour
 un temps moins long que celui pour lequel il a été requis.

II. Du droit de correction exercé par la mère.

968. Le droit de correction étant un attribut de la puissance paternelle, son exercice ne peut passer à la mère qu'avec celui de la puissance paternelle elle-même, c'est-à-dire normalement après la mort du père, et accidentellement pendant la vie de celui-ci, lorsqu'il est dans l'impossibilité physique, morale ou légale d'exercer cette puissance. La loi, qui statue toujours *de eo quod plerumque fit*, ne s'est préoccupée que du cas normal; mais ce n'est pas assurément dans l'intention d'exclure les autres. Elle dit à ce sujet dans l'art. 381 : « La mère survivante et non remariée » ne pourra faire détenir un enfant qu'avec le concours des deux » plus proches parents paternels, et par voie de réquisition, confor- » mément à l'article 377 ».

On voit que la mère ne peut jamais exercer le droit de correction que par voie de réquisition, même à l'égard d'un enfant qui a moins de seize ans commencés.

On voit d'autre part que la mère ne peut exercer le droit de correction qu'avec le concours des deux plus proches parents paternels de l'enfant, c'est-à-dire avec leur assentiment. Il ne suffirait donc pas que les deux plus proches parents paternels eussent été consultés par la mère, il faut qu'ils approuvent sa démarche.

On voit enfin que la mère qui est remariée perd son droit de correction sur ses enfants du premier lit. Le père remarié le conserve au contraire; seulement il ne peut plus l'exercer par voie de réquisition (art. 380). Cette différence s'explique. Le père qui passe à de nouveaux liens subira peut-être dans une certaine mesure l'influence de sa nouvelle épouse, mais en général il restera le maître. La loi neutralise l'influence de la marâtre, en modifiant le droit de correction dans la personne du père, sans le lui retirer. La mère remariée, au contraire, non seulement subira l'influence de son nouveau mari, mais sera le plus souvent dominée par lui; de sorte que, si on lui eût conservé le droit de correction, il eût été à craindre qu'en fait il ne fût exercé par le deuxième mari, le parâtre des enfants, qui ordinairement n'aura pas pour eux l'affection d'un père. Dans ces conditions, la loi a cru devoir retirer le droit de correction à la mère.

Que décider si la mère remariée redevient veuve? Elle recouvrera alors le droit de correction qui lui appartenait auparavant. Voyez une question analogue, *supra* n. 966.

III. Dispositions communes au droit de correction exercé soit par le père, soit par la mère.

969. A. Nature de la détention que subit l'enfant par suite de l'exercice du droit de correction. Il est à peine utile de dire

que cette détention n'a rien de commun avec la peine criminelle qui porte ce nom. Ce n'est même pas un emprisonnement proprement dit que subit l'enfant. Dans une langue juridique bien faite, il faudrait un nom spécial pour désigner la peine privative de liberté qui nous occupe, de même qu'il conviendrait aussi d'avoir un local spécial pour son exécution. A défaut d'un nom particulier, il a fallu emprunter à la loi pénale ses dénominations (détention, arrestation), ce qui est regrettable, et, à défaut de locaux spéciaux, il a fallu pendant longtemps emprunter les locaux destinés aux criminels, ce qui est plus fâcheux encore, parce qu'on confond ainsi dans un même asile des hommes corrompus et des enfants insoumis. Une loi du 5 août 1850 est venue réaliser en cette matière d'importantes améliorations, en ordonnant la création d'établissements spéciaux (colonies pénitentiaires) pour l'internement des jeunes détenus, ou tout au moins la création, dans les maisons d'arrêt, de quartiers spéciaux exclusivement affectés à cette classe de condamnés. V. aussi décret du 11 nov. 1885, art. 30 et 31.

970. Le vœu de la loi est qu'il reste le moins de traces possible de la détention paternelle, afin de ne pas perpétuer le souvenir d'un mode de correction qui a quelque chose de très humiliant et de très blessant pour l'amour-propre de l'enfant; aussi l'art. 378 al. 1 dispose-t-il : « *Il n'y aura, dans l'un et l'autre cas, aucune* » écriture ni formalité judiciaire, si ce n'est l'ordre même d'arrestation, dans lequel les motifs n'en seront pas énoncés ». L'alinéa 2 ajoute : « *Le père sera seulement tenu de souscrire une soumission de payer tous les frais, et de fournir les aliments convenables* ».

* La virgule qui figure dans ce dernier alinéa n'existait pas dans le projet; on discute sur le point de savoir s'il faut en tenir compte. Le doute vient de ce que rien n'indique, dans les travaux préparatoires de la loi, que cette virgule ait été ajoutée avec intention, et il pourrait bien se faire qu'elle l'eût été par inadvertance. — Elle a donc bien de l'importance, cette virgule! — Oui, dit-on; car elle change complètement le sens de la phrase. Sans elle le texte signifie que le père doit souscrire une soumission de payer les frais et les aliments; par conséquent le père ne prend qu'un engagement pour les aliments comme pour les frais. Avec la virgule, au contraire, le texte signifie que le père doit s'engager à rembourser les frais, mais qu'il doit payer immédiatement les aliments; il n'aurait donc pas le droit de souscrire seulement une soumission, c'est-à-dire un engagement de les payer. — A notre sens cette controverse est oiseuse, et l'art. 378 al. 2 doit être entendu de la manière suivante : L'enfant détenu par voie de correction paternelle n'est pas de plein droit soumis, en ce qui concerne les aliments, au régime de l'établissement dans lequel il est enfermé, régime ordinairement peu confortable; c'est au père qu'il appartient de pourvoir comme il l'entendra à la subsistance de son enfant, soit en lui fournissant des aliments en nature, soit en traitant de gré à gré avec une personne qui les lui fournira. En effet, en ce qui concerne les frais, la loi dit bien que le père devra

s'engager à les *payer* ; mais en ce qui concerne les aliments, elle dit que le père devra les *fournir* (ou s'engager à les fournir si on supprime la virgule) : ce qui suppose que le père doit ou fournir des aliments lui-même ou les faire fournir par quelqu'un.

971. B. Droit de grâce. Aux termes de l'art. 379 : « *Le père est toujours maître d'abrèger la durée de la détention par lui ordonnée ou requise. Si, après sa sortie, l'enfant tombe dans de nouveaux écarts, la détention pourra être de nouveau ordonnée de la manière prescrite aux articles précédents* ».

Cet article ne mentionnant que le père, on a douté que le droit de grâce appartint à la mère dans les cas où l'exercice du droit de correction lui est attribué. — Mais l'alinéa 2 de l'article précédent ne parle aussi que du père, et cependant on l'applique sans difficulté à la mère ; pourquoi n'en serait-il pas de même de notre texte ? Le droit de grâce paraît d'ailleurs essentiel en cette matière, de telle sorte qu'à la rigueur la loi aurait pu se dispenser d'en faire mention.

Il est même très douteux que la mère soit obligée, pour exercer son droit de grâce, d'obtenir le concours des deux plus proches parents paternels, ainsi que le veulent un grand nombre d'auteurs. L'art. 381 requiert bien cette condition pour que la mère puisse faire détenir son enfant ; mais aucun texte ne l'exige pour l'exercice du droit de grâce. On comprend d'ailleurs à merveille que le législateur autorise plus facilement l'exercice du droit de grâce que celui du droit de correction, le premier de ces droits étant beaucoup plus favorable que le second.

972. C. Durée de la détention. — Quand l'enfant a moins de seize ans commencés, la durée de la détention ne peut excéder un mois. Elle peut s'élever jusqu'à six mois, quand l'enfant a dépassé cet âge. Argument des art. 376, 377, 380, 381 et 382.

* Le renvoi fait par ces trois dernières dispositions à l'art. 377, nous paraît ne concerner que la forme de la demande (détention par voie de réquisition), et non la durée de la détention.

973. D. Voies de recours. — « *L'enfant détenu pourra adresser un mémoire au procureur général près la Cour royale. Celui-ci se fera rendre compte par le procureur du Roi près le tribunal de première instance, et fera son rapport au président de la Cour royale, qui, après en avoir donné avis au père, et après avoir recueilli tous les renseignements, pourra révoquer ou modifier l'ordre délivré par le président du tribunal de première instance* » (art. 382 al. 2).

Bien que la relation existant entre ce texte et l'alinéa précédent puisse donner à penser, au premier abord, que la voie de recours dont il s'agit peut être exercée seulement par l'enfant qui a des biens personnels ou un état, on doit décider qu'elle appartient à l'enfant dans tous les cas où il est détenu par voie de réquisition. Outre qu'il y a même raison de décider, les travaux préparatoires ne laissent guère de doute à cet égard. Il existe cependant sur ce point quelques dissidences.

Mais en aucun cas l'enfant ne pourrait user de ce moyen de recours, s'il était détenu par voie d'autorité. Comment pourrait-il être question de réformer la sentence du président du tribunal, c'est-à-dire l'ordre d'arrestation décerné par ce magistrat, alors qu'il a dû le délivrer sans examen préalable, *sine cognitione causæ* ?

Le recours exercé par l'enfant, aux termes de l'art. 382, n'est pas suspensif de l'exécution de la peine ; car la loi suppose qu'il est exercé par « l'enfant détenu ».

Aucune voie de recours n'existe au profit du père ou de la mère contre la décision du

président du tribunal, qui refuse l'ordre d'arrestation par eux requis, ou qui l'accorde pour un temps moindre que celui qu'ils ont demandé.

N° 3. Du droit de jouissance légale.

974. La jouissance légale est le droit qui appartient au père durant le mariage, et après sa dissolution au survivant des père et mère, de *jouir* des biens appartenant à leurs enfants mineurs de dix-huit ans et non émancipés. Cette définition est à peu près calquée sur l'art. 384, qui s'exprime ainsi : « *Le père, durant le mariage, et, après la dissolution du mariage, le survivant des père et mère, auront la jouissance des biens de leurs enfants jusqu'à l'âge de dix-huit ans accomplis, ou jusqu'à l'émancipation qui pourrait avoir lieu avant l'âge de dix-huit ans* ».

Pendant le mariage, il n'y aura guère à compter avec le droit de jouissance établi par cet article ; car normalement un enfant mineur, dont le père et la mère vivent encore, n'a pas de biens personnels : il ne peut guère en acquérir que par donation, et les donations sont rares. En général donc l'art. 384 ne recevra son application qu'à la dissolution du mariage par la mort de l'un des époux. Les enfants deviennent alors héritiers de l'époux prédécédé ; et si, parmi eux, il y en a qui soient mineurs de dix-huit ans et non émancipés, l'époux survivant aura la jouissance des biens qu'ils recueilleront dans la succession de leur auteur défunt, et des autres biens qui pourraient leur provenir d'ailleurs.

Le droit de jouissance légale de l'art. 384 a son origine dans une institution de notre ancien droit, connue sous le nom de *droit de garde*. Pothier dit à ce sujet : « La garde est le droit que la coutume donne au survivant des deux conjoints par mariage, ou à son défaut ou refus aux autres ascendants, de gouverner avec autorité la personne des enfants mineurs dudit mariage, et les biens qui sont venus auxdits mineurs de la succession du prédécédé, et qui pourraient leur avenir d'ailleurs ». La garde était noble ou bourgeoise, suivant qu'elle avait lieu entre nobles ou entre roturiers. Quand la garde était noble, elle était accompagnée d'émoluments : le gardien noble avait la jouissance ou usufruit des biens des enfants dont la garde lui était confiée, jusqu'à ce qu'ils eussent atteint un certain âge, qui variait suivant les coutumes. De là notre droit de jouissance légale. Au contraire la garde bourgeoise était sans émoluments, sauf à Paris.

I. A qui appartient la jouissance légale.

975. L'art. 384 répond : au père durant le mariage, et, après sa dissolution, au survivant des père et mère. La jouissance légale est donc un attribut de la puissance paternelle, puisqu'elle est accordée à celui qui exerce cette puissance. Il résulte des travaux préparatoires que le législateur l'a considérée comme une compensation des charges qu'impose la puissance paternelle. On a voulu aussi, en accordant ce droit de jouissance aux père et mère, éviter des comptes compliqués entre eux et leurs enfants et tarir

dans leur source les contestations auxquelles ces comptes pourraient donner lieu, au grand dommage du prestige de l'autorité paternelle.

De là il suit que si, pendant le cours du mariage, l'exercice de la puissance paternelle passe accidentellement à la mère, par exemple en cas d'absence du père (*supra* n. 800), le droit de jouissance légale lui passera aussi. *Ubi onus, ibi emolumentum*. On objecte que l'art. 384 n'accorde la jouissance légale qu'au père durant le mariage; donc, dit-on, la mère n'a pas droit à cette jouissance tant que dure le mariage; il n'y a pas de jouissance légale sans une loi qui la confère. On doit répondre qu'ici comme partout, *lex statuit de eo quod plerumque fit*. A ce compte, il faudrait dire aussi que l'exercice de la puissance paternelle ne peut jamais appartenir à la mère pendant le mariage, parce que l'art. 373 attribue cet exercice au père exclusivement. Or personne ne l'admet, et cependant les termes de l'art. 373 sont plus absolus que ceux de l'art. 384; car il dit : « Le père seul ». Il faudrait décider également, ce que personne n'admet, que l'administration légale ne peut jamais appartenir à la mère pendant le mariage, parce que l'art. 389 ne l'accorde qu'au père. En un mot, si les termes absolus de l'art. 373 et de l'art. 389 ne font pas obstacle à ce que la mère exerce pendant le mariage un droit de puissance paternelle ou un droit d'administration légale qui n'est accordé qu'au père, comment les termes de l'art. 384, qui accorde la jouissance légale au père durant le mariage, feraient-ils obstacle à ce que la mère eût droit à cette jouissance dans les cas exceptionnels où elle est appelée à exercer la puissance paternelle au lieu et place du père ?

976. Puisque le droit de jouissance légale est un attribut de la puissance paternelle, il semblerait qu'il dût avoir la même durée que cette puissance, et par conséquent qu'il ne dût prendre fin que par la majorité ou l'émancipation de l'enfant. Alors pourquoi la loi le fait-elle finir lorsque l'enfant a atteint l'âge de dix-huit ans accomplis ? Cette restriction, qui ne figurait pas dans le projet, y a été introduite sur la proposition du consul Cambacérès, bien que la raison qu'il invoquait à l'appui dût, à elle seule, paraître suffisante pour en amener le rejet. « Si la jouissance légale ne prenait fin qu'à la majorité ou à l'émancipation de l'enfant, disait Cambacérès, il serait à craindre que le père ou la mère refusât d'émanciper l'enfant, ou même de consentir à son mariage qui produira de plein droit son émancipation, pour conserver quelques années de plus la jouissance des biens de l'enfant ». Soupçon injurieux pour l'autorité paternelle et que rien ne justifie ! Il y avait peut-être une meilleure raison à donner : En faisant finir la jouissance légale au plus tard lorsque l'enfant a atteint l'âge de dix-huit ans, on oblige ses père et mère à capitaliser à son profit l'excédent de son revenu sur sa dépense pendant les trois dernières années de sa minorité, et, au jour de sa majorité, l'enfant trouvera ainsi un petit pécule avec lequel il pourra faire face aux dépenses que l'on fait ordinairement à cet âge.

II. Sur quels biens porte la jouissance légale.

977. La jouissance légale de l'art. 384 affecte en principe tous les biens qui composent le patrimoine de l'enfant, quelle que soit leur nature ou leur origine. — *Quelle que soit leur nature* : donc les immeubles comme les meubles, les biens incorporels comme les biens corporels. — *Quelle que soit leur origine* : donc non seulement ceux que l'enfant a recueillis dans la succession de son père ou de sa mère prédécédée, mais encore ceux qu'il a acquis à tout autre titre, par exemple à titre de donation entre vifs ou testamentaire, ou par un don de fortune comme l'invention d'un trésor.

Il y a cependant certains biens qui échappent au droit de jouis-

sance légale. Aux termes de l'art. 387 : « *Elle ne s'étendra pas aux biens que les enfants pourront acquérir par un travail et une industrie séparés, ni à ceux qui leur seront donnés ou légués sous la condition expresse que les père et mère n'en jouiront pas* ». — Ainsi notre article excepte :

1° Les biens que les enfants pourront acquérir *par un travail et une industrie séparés*. Ces derniers mots ont un sens analogue à l'expression « *commerce séparé* » qu'emploie l'art. 220 (*supra* n. 647). La loi entend donc parler des bénéfices, que l'enfant réalise en se livrant à un travail ou à une industrie distincte de celle de son père. Tel serait le cas d'un enfant qui remplirait, en dehors de la maison paternelle, les fonctions de clerc dans une étude ou de commis dans un magasin.

2° Les biens donnés ou légués à l'enfant sous la condition *expresse* que ses père et mère n'en jouiront pas. — Cette condition ne peut donc pas être sous-entendue ; il faut que le donateur l'exprime. Peu importe d'ailleurs en quels termes, pourvu que sa volonté soit certaine ; car nous n'avons pas dans notre droit de formules sacramentelles. Dans ces conditions, l'exigence de la loi se comprend à merveille. La privation du droit de jouissance, infligée par le donateur aux père et mère de l'enfant donataire, accuse une certaine hostilité du donateur à leur égard, et la loi a voulu que sa volonté fût au moins certaine ; elle ne la considère comme telle que quand elle l'exprime.

* 978. La condition que le père ou la mère de l'enfant n'aura pas la jouissance des biens donnés à celui-ci, produirait-elle effet en tant qu'elle s'appliquerait aux biens composant la réserve de l'enfant ? Ainsi une mère institue son unique enfant légataire de tous ses biens, à la condition que le père n'en aura pas la jouissance ; cette condition, que l'on reconnaît efficace relativement à la portion des biens de la défunte constituant sa quotité disponible, le sera-t-elle aussi en ce qui concerne la moitié qui constitue la réserve de l'enfant ? Non, disent la plupart des auteurs ; car c'est seulement pour les biens que l'enfant reçoit à titre de donation ou de legs que la loi autorise la clause dont il s'agit. Or les biens qui composent la réserve de l'enfant lui parviennent en vertu de la loi, et non en vertu de la donation faite par la défunte ; celle-ci en effet ne pouvait pas enlever ces biens à l'enfant. La mère n'est donc pas en réalité donatrice quant à ces biens, et elle ne peut par suite imposer une condition à une prétendue donation qui n'existe pas. — Mais à ce compte, il faudrait déclarer la condition nulle, même quant aux biens qui composent la quotité disponible ; car on peut dire aussi que ce n'est pas en vertu du legs à lui fait que l'enfant recueille ces biens, mais en vertu de la loi, puisqu'en l'absence du legs tous les biens de sa mère lui auraient été attribués en qualité d'héritier de celle-ci. Or personne n'admet cette solution. — D'ailleurs les donations entre vifs ou testamentaires, faites au delà des limites de la quotité disponible, ne sont pas nulles ; elles sont seulement réductibles (art. 920). Et sur la demande de qui ? Sur la demande des héritiers réservataires ou de leurs ayant cause (art. 921). A quel titre le père pourrait-il donc intenter cette action ? — Comment comprendre d'autre part une action en réduction, qui, loin d'améliorer la situation du réservataire, aurait pour résultat de l'empirer ? — Enfin

qu'aurait à répondre le père, si, n'étant pas tuteur de son enfant, celui qui en remplit les fonctions répudiait au nom de l'enfant la succession maternelle, avec l'autorisation du conseil de famille, pour s'en tenir au legs universel, et venait dire au père : A présent il n'y a plus ni réserve ni quotité disponible ; je recueille donc les biens maternels en vertu du legs universel qui m'a été fait, et par suite la condition imposée par la testatrice doit produire son plein et entier effet.

* 979. Il y a deux exceptions à ajouter à celles indiquées par l'art. 387. La première est prévue par l'art. 730. Voyez cet article. La deuxième résulte d'un avis du conseil d'Etat des 25-30 janvier 1811, d'après lequel les biens compris dans un majorat sont soustraits au droit d'usufruit paternel.

III. *Droits de l'usufruitier légal.*

980. Le père ou la mère à qui appartient la jouissance légale, a en principe les mêmes droits qu'un usufruitier ordinaire ; il peut donc faire son profit de tout le revenu des biens de l'enfant, c'est-à-dire de tous les produits de ces biens qui ont le caractère de fruits. Arg. art. 582 et s.

* Une fois que ces produits sont entrés dans le patrimoine de l'usufruitier par leur perception ou leur échéance, celui-ci peut en disposer comme il l'entend, et ses créanciers peuvent les saisir. Mais il en est autrement du droit de jouissance lui-même. Comme la puissance paternelle dont il est un attribut, il est exclusivement attaché à la personne de l'usufruitier. Celui-ci ne peut donc pas l'aliéner, et, par voie de conséquence, ses créanciers ne peuvent pas le saisir. Bordeaux, 21 février 1893, D., 93. 2. 361. Le droit de jouissance légale n'est pas non plus susceptible d'être hypothéqué, en tant qu'il porterait sur des immeubles. Arg. art. 2124. Sur ces trois points, l'usufruit légal de l'art. 384 diffère de l'usufruit ordinaire, qui peut être cédé (art. 595), hypothéqué lorsqu'il porte sur des immeubles (art. 2118), et saisi par les créanciers de l'usufruitier (art. 2204). Toutes ces propositions se résument à dire que le droit de jouissance légale est hors du commerce.

* On objecte qu'il n'y a de biens hors du commerce que ceux qui sont déclarés tels par la loi, qu'en l'absence d'un texte le droit de jouissance légale doit donc demeurer soumis au droit commun. Sans doute. Mais, ici comme ailleurs, la volonté du législateur n'a pas besoin d'être manifestée expressément, elle peut l'être tacitement ; le législateur manifeste sa volonté comme il l'entend. Or est-il possible de douter que le législateur ait entendu mettre le droit de jouissance légale hors du commerce ? D'abord il fait de cette jouissance un attribut de la puissance paternelle, donnant ainsi très clairement à entendre que la jouissance légale est inséparable de la puissance paternelle et par suite incessible comme elle : il n'a pas paru plus nécessaire de décréter l'incessibilité du droit de jouissance légale que celle de la puissance paternelle. Il est remarquable d'ailleurs que, dans les articles qui forment le siège de la matière (art. 384 à 387), on a évité avec soin de désigner le droit de jouissance légale des père et mère sous le nom d'*usufruit*, qui aurait pu donner à penser que ce droit de jouissance doit être assimilé de tous points à un usufruit ordinaire. Le législateur n'emploie cette dénomination que dans des textes où il parle de ce droit accidentellement (art. 389, 601 et 730), et dans lesquels il a dû par suite peser moins rigoureusement ses expressions. Ajoutons enfin que, si le droit de jouissance légale peut être cédé, les charges qui grèvent ce droit devront passer au cessionnaire ; car la charge fait partie du droit, dont il diminue la valeur. Or parmi ces charges, il en est qui paraissent essentiellement personnelles à l'usufruitier légal, notamment l'obligation de nourrir, entretenir et élever l'enfant suivant sa fortune (art. 385) ; en tout cas la question de savoir de quelle manière cette charge devrait être supportée par le cessionnaire donnerait lieu à de grosses difficultés. La personnalité de la charge inhérente au droit ne prouve-t-elle pas celle du droit lui-même ?

IV. *Charges de la jouissance légale.*

981. Elles sont énumérées par l'art. 385, ainsi conçu : « *Les charges de cette jouissance seront : 1° Celles auxquelles sont tenus les usufruitiers ; — 2° La nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants, selon leur fortune ; — 3° Le paiement des arrérages ou intérêts des capitaux ; — 4° Les frais funéraires et ceux de dernière maladie* ».

Reprenons chacun des termes de cette énumération :

1° Les charges auxquelles sont soumis les usufruitiers ordinaires.

Ces charges sont indiquées dans les art. 600 et suivants. Il y en a une toutefois dont l'usufruitier légal est affranchi, c'est l'obligation de fournir caution (art. 601). L'affection paternelle en tiendra lieu.

* L'usufruit paternel étant un usufruit universel, il y aurait lieu d'appliquer les dispositions des art. 610 et 612.

2° « *La nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants, selon leur fortune* ».

Cette disposition ne fait-elle pas double emploi avec celle de l'art. 203 qui a déjà dit : « *Les époux contractent ensemble par le seul fait du mariage l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants?* » Non ; il y a, entre l'obligation de l'art. 203 et celle de l'art. 385-2°, des différences importantes, et particulièrement les suivantes :

a. L'obligation de l'art. 203 est imposée aux deux époux, tandis que celle de l'art. 385-2° ne pèse que sur l'époux qui a la jouissance légale, ou mieux elle grève sa jouissance, de sorte que, si cette jouissance est suffisante pour subvenir à la charge, l'obligation de l'art. 203 s'évanouit. Ainsi un enfant mineur, qui a encore ses père et mère, possède un patrimoine dont son père a la jouissance légale, et dont les revenus suffisent et au delà pour subvenir aux frais de sa nourriture, de son entretien et de son éducation ; la mère se trouvera ainsi déchargée de l'obligation dont elle est tenue en vertu de l'art. 203.

b. L'étendue de l'obligation imposée par l'art. 203 se détermine d'après la fortune des parents ; au contraire, l'étendue de la charge imposée par l'art. 385-2° se détermine d'après la fortune des enfants : « *selon leur fortune* », dit ce dernier texte.

3° « *Le paiement des arrérages ou intérêts des capitaux* ». Il s'agit des arrérages ou intérêts des capitaux passifs ou dettes qui grèvent le patrimoine de l'enfant, soumis au droit de jouissance légale. Ces arrérages ou intérêts sont à la charge de l'usufruitier légal. — Les arrérages sont le produit périodique d'un capital non exigible, c'est-à-dire d'un capital dont le créancier s'est interdit le droit de demander le remboursement, autrement dit d'une rente ; les intérêts sont le produit périodique d'un capital exigible, par exemple d'une somme d'argent prêtée qui doit être remboursée après un certain temps.

Mais la loi entend-elle parler des arrérages ou intérêts qui viennent à échéance pendant la durée de la jouissance, ou de ceux échus antérieurement et non payés ? Ainsi un enfant, dont le patrimoine est soumis au droit de jouissance légale de son père, est institué léga-

taire universel par un ami de sa famille, qui vient à décéder ; le défunt laisse des biens et des dettes : il y a par exemple des biens valant 100,000 fr. et une dette de 20,000 fr. portant intérêt à 5 % jusqu'au paiement. Il est incontestable que le père, usufruitier légal des biens échus à l'enfant, devra payer chaque année, pendant toute la durée de sa jouissance, les intérêts de la dette de 20,000 fr. au fur et à mesure des échéances : ce sont des revenus passifs tombant tout naturellement à la charge de celui qui profite des revenus actifs. Est-ce à ces intérêts ou arrérages que fait allusion notre texte ? Ce n'est guère probable ; car c'est là une charge de l'usufruit ordinaire (art. 610 et 612), qui se trouve comprise déjà par conséquent dans l'art. 385-1^o. Aussi est-il plus vraisemblable que la loi entend parler ici des intérêts ou arrérages échus lors de l'ouverture du droit de jouissance, et qui n'étaient pas encore payés à ce moment, en un mot des intérêts et arrérages arriérés, qu'en l'absence de cette disposition l'usufruitier légal n'aurait pas été tenu de payer, parce qu'ils sont une charge de la jouissance antérieure. Ce qui donne une très grande force à cette interprétation, c'est qu'elle peut s'appuyer sur notre ancien droit, qui a ici une grande autorité, puisqu'il s'agit d'une matière toute traditionnelle. On comprend d'ailleurs cette décision. Le défunt, dont le patrimoine a été transmis à l'enfant, aurait probablement payé les intérêts ou arrérages arriérés sur son revenu futur, et non sur son capital ; en tout cas, il est de bonne administration de procéder ainsi, et il était tout naturel que la loi imposât cette ligne de conduite à l'usufruitier légal.

* Le paiement des arrérages ou intérêts des capitaux est moins une charge personnelle du père ou de la mère ayant la jouissance légale qu'une charge réelle inhérente à l'usufruit. Le père où la mère s'en libérerait donc en renonçant à son usufruit. Il en serait libéré également par tout événement qui mettrait fin à son droit de jouissance. Lyon, 6 février 1890, D., 91. 2. 377.

4^o « Les frais funéraires et ceux de dernière maladie ». — Il s'agit des frais funéraires et des frais de dernière maladie de la personne dont l'enfant est devenu l'héritier, et non, comme l'a prétendu un auteur dont l'opinion est depuis longtemps abandonnée, des frais funéraires et des frais de dernière maladie de l'enfant lui-même.

En effet si la loi avait eu en vue l'enfant, ce ne sont pas seulement les frais de sa dernière maladie qu'elle aurait mis à la charge de l'usufruit paternel, mais les frais de toutes ses maladies. A bien dire, d'ailleurs, les frais des maladies que peut faire l'enfant, de la dernière comme des autres, sont compris dans les frais d'entretien, que le 2^o de notre article a déjà fait figurer parmi les charges de l'usufruit paternel, et il était inutile d'en parler de nouveau. En troisième lieu, la dette des frais funéraires de l'enfant prend naissance par la mort de celui-ci ? or cet événement met précisément fin à l'usufruit paternel, et il serait inexplicable que la loi eût grevé cet usufruit d'une charge qui prend naissance après qu'il a cessé d'exister. Rationnellement, cette charge doit grever la succession de l'enfant, et non l'usufruitier légal. Enfin, et ceci doit lever tous les doutes, plusieurs de nos anciennes coutumes contenaient une disposition formelle conçue en ce sens, et telle était aussi la jurisprudence admise sous l'empire de la coutume de Paris, bien qu'elle fût muette sur ce point.

V. Comment la jouissance légale prend fin.

982. Aux termes de l'art. 386 : « Cette jouissance n'aura pas lieu au profit de celui des père et mère contre lequel le divorce aurait été prononcé ; et elle cessera à l'égard de la mère dans le cas d'un second mariage ». Ce texte indique deux causes d'extinction du droit de jouissance légale.

1° *Le divorce.* L'époux contre lequel le divorce a été prononcé subit seul la privation du droit de jouissance légale. La même déchéance n'atteint pas l'autre époux.

Ce que la loi dit du divorce ne devrait pas être étendu à la séparation de corps. L'époux contre lequel la séparation a été prononcée conserverait donc le droit de jouissance légale. *Pœnaliam non sunt extendenda.*

2° *Le convol de la mère.* Toujours en vertu du principe que les dispositions législatives établissant des déchéances doivent recevoir l'interprétation restrictive, il faut décider que le deuxième mariage contracté par le père survivant n'entraînerait pas la cessation de son droit de jouissance légale; la loi ne parle que de la mère.

Notre ancien droit n'avait pas consacré cette différence : le deuxième mariage du père mettait fin au droit de garde, comme le deuxième mariage de la mère. On dit, pour justifier le système du code civil, que, par son deuxième mariage, la mère passe sous l'autorité d'un nouveau maître, et que, si la loi eût conservé la jouissance des biens de ses enfants du premier lit, ce droit de jouissance aurait été en fait exercé par le deuxième mari qui n'aurait pas manqué de le faire tourner à son profit ou au profit de la nouvelle famille fondée par le second mariage; tandis que le père qui se remarie conservera son indépendance, et exercera lui-même le droit d'usufruit que la loi lui conserve sur les biens de ses enfants du premier lit. — Mais n'est-ce pas là une différence plus apparente que réelle? Ce qui importe, c'est que les produits du droit de jouissance légale sur les biens des enfants du premier lit ne servent pas à alimenter la nouvelle famille fondée par le deuxième mariage du survivant. Or croit-on qu'ils ne recevront pas cette destination après le deuxième mariage du père, tout comme après le deuxième mariage de la mère? Sans doute, le père remarié exercera lui-même son droit de jouissance; mais il sera tenté d'en faire profiter sa femme et ses enfants du second lit, et en fait il ne résistera guère à la tentation. Quoi qu'il en soit, *statuit lex.*

Si la mère remariée devient de nouveau veuve, recouvrera-t-elle le droit de jouissance qu'elle a perdu par son convol? La négative est généralement admise. La loi dit en termes absolus que la jouissance cesse à l'égard de la mère qui se remarie; elle n'en subordonne pas l'extinction au maintien du lien créé par le deuxième mariage. Donc le droit de jouissance est définitivement éteint par le convol de la mère; il faudrait un texte pour qu'il pût revivre après la dissolution du mariage, et ce texte n'existe pas. La mère ne pourrait même pas élever la prétention d'exercer son droit de jouissance sur les biens advenus à ses enfants depuis la dissolution de son nouveau mariage, ainsi que l'a jugé la cour de Bourges (18 juin 1890, D., 91. 2. 143). En effet le droit de jouissance légale est indivisible : il s'applique, non pas à tels ou tels biens de l'enfant, mais à son patrimoine. Le deuxième mariage de la mère lui a donc fait perdre son droit tout entier. *Adde arg.* art. 1442.

* 983. Plus délicate est la question de savoir si la déchéance, que la loi fait subir à la mère à raison de son deuxième mariage, serait encourue quand ce mariage est nul. Beaucoup d'auteurs admettent l'affirmative. C'est, disent-ils, au fait de la célébration du second mariage que la loi attache la déchéance; peu importe donc qu'il soit valable ou nul. C'est ainsi qu'au point de vue pénal, le fait d'avoir contracté un deuxième mariage avant la dissolution du premier, entraîne l'application des peines dont la loi punit le crime de bigamie, alors même que le deuxième mariage est nul. On excepte toutefois le cas où le deuxième mariage de la mère aurait été contracté sous l'empire de la violence.

La solution contraire nous paraît préférable. Rien, dans les termes de l'art. 386, n'annonce que ce soit au fait même de la célébration d'un second mariage, fût-il nul, que la loi attache la déchéance du droit de jouissance légale. Le texte dit que la jouissance ces-

sera à l'égard de la mère « dans le cas d'un second mariage ». Il faut donc qu'il y ait un second mariage ; or il y en a bien un tant que le deuxième mariage de la mère n'a pas été annulé, et provisoirement la mère subira la déchéance attachée à ce mariage ; mais quand il aura été annulé, non seulement il n'existera plus dans l'avenir (ce qui ne serait pas suffisant pour faire revivre un droit de jouissance éteint), mais il sera censé n'avoir jamais existé (*supra* n. 542), et par suite tous les effets qu'il a produits, y compris la déchéance établie par l'art. 386, seront rétroactivement anéantis. Cette solution devrait être maintenue *même* (nous devrions peut-être dire *surtout*) au cas où le nouveau mariage nul a été contracté de bonne foi par la mère ; c'est l'hypothèse du mariage putatif. On objecte que le mariage, produisant alors tous ses effets civils (art. 201), doit entraîner aussi la déchéance qui nous occupe ; car elle est un effet civil du mariage. Il faut répondre que le mariage contracté de bonne foi produit ses effets civils au profit de l'époux de bonne foi, *en sa faveur*, comme le dit l'art. 202, mais non contre lui ; or il s'agit ici d'un effet que l'on voudrait faire produire au mariage contre la femme. D'ailleurs, si l'on admet qu'un mariage nul ne fait pas encourir à la mère la déchéance de l'art. 386, quand elle est de mauvaise foi, on ne peut pas admettre rationnellement qu'il la lui fasse encourir quand elle est de bonne foi.

* **984.** Enfin on demande si la déchéance établie par l'art. 386 serait encourue par la mère veuve, qui, vivant dans une inconduite notoire, donnerait le jour à des enfants naturels. La réponse doit être négative, toujours en vertu du principe d'interprétation restrictive qui gouverne cette matière. Il est vrai que l'inconduite notoire est, aux termes de l'art. 444, une cause de destitution de la tutelle ; mais autre chose est la destitution de la tutelle, autre chose la déchéance du droit de jouissance légale. Si la première peine est plus grave au point de vue moral, la deuxième l'est davantage au point de vue pécuniaire. La mère destituée de la tutelle pour inconduite notoire, conservera donc son droit de jouissance légale. Le tuteur qui sera nommé pour la remplacer administrera les biens de l'enfant mineur, et touchera ses revenus, à la charge de verser entre les mains de la mère l'excédent de ces revenus sur la dépense du mineur (Lyon, 4 juin 1878, S., 79. 2. 3, D., 79. 2. 167). Cpr. Alger 27 déc. 1890, S., 92. 2. 5. Ce dernier arrêt décide que l'inconduite notoire du père n'est pas une cause d'extinction de son droit de jouissance légale, non plus que son absence ou sa faillite.

985. Le droit de jouissance légale s'éteint encore :

3° *Lorsque l'enfant est parvenu à l'âge de dix-huit ans accomplis.*

4° *Par l'émancipation de l'enfant, survenue avant l'âge de dix-huit ans.* L'émancipation, mettant fin à la puissance paternelle, devait mettre fin aussi à la jouissance légale qui en est un attribut.

5° *Par la mort de l'enfant.* En effet la loi fait porter le droit de jouissance sur les biens *de l'enfant* ; or, si le droit de jouissance lui survivait, il porterait désormais sur les biens de ses héritiers. D'ailleurs la mort de l'enfant met fin à la puissance paternelle ; elle doit mettre fin aussi à la jouissance légale, qui n'est accordée que comme attribut de cette puissance.

6° *Par la mort du survivant des père et mère.* Le droit de jouissance ne passe donc pas, après la mort des deux auteurs de l'enfant, à ses ascendants ni à plus forte raison à ses collatéraux, pas plus que la puissance paternelle dont cette jouissance est un attribut.

7° *Par l'abus de jouissance de l'usufruitier légal* (arg. art. 618).

8° *Par la renonciation de l'usufruitier légal à son droit.*

9° Par le défaut d'inventaire dans le cas prévu par l'art. 1442.

10° Par la déchéance de la puissance paternelle. Il importe peu que l'usufruitier légal ait subi cette déchéance de plein droit, par application de l'art. 1 de la loi du 24 juillet 1889, ou qu'elle ait été prononcée judiciairement contre lui, par application de l'art. 2 de la même loi.

§ II. Attributs de la puissance paternelle sur les enfants naturels.

986. Nous n'avons sur cette importante matière qu'un seul texte, c'est l'art. 383, ainsi conçu : « Les articles 376, 377, 378 et 379 sont communs aux pères et mères des enfants naturels légalement reconnus ».

On admet comme un point certain, tant en jurisprudence qu'en doctrine, que les pères et mères naturels n'ont pas sur les biens de leurs enfants le droit de jouissance légale. Et en effet cela résulte, d'abord de la place qu'occupe l'art. 383, précédant immédiatement les articles qui organisent le droit de jouissance légale ; puis des termes mêmes de l'art. 383, qui ne comprend pas les textes relatifs au droit de jouissance légale dans l'énumération qu'il donne des articles applicables aux pères et mères naturels ; enfin du texte des art. 384 et s. qui supposent à diverses reprises le mariage des pères et mères auxquels le droit de jouissance est accordé.

On admet généralement aussi qu'il n'y a pas lieu au profit du père naturel au droit d'administration légale établi par l'art. 389, ce texte supposant le mariage des père et mère de l'enfant.

Restent, parmi les attributs de la puissance paternelle, le droit de garde et le droit de correction, qui ne sont, comme on l'a vu, que des moyens accordés aux pères et mères pour remplir le devoir d'éducation dont ils sont tenus à l'égard de leurs enfants. Appartiennent-ils au père et à la mère naturels ? La question est controversée.

En ce qui concerne le droit de correction, l'art. 383 le leur accorde, mais avec d'importantes restrictions. En effet ce texte ne dit pas d'une manière générale que le droit de correction appartient aux pères et mères naturels, mais se borne à leur déclarer applicables certains articles seulement parmi ceux qui organisent le droit de correction : ce qui ne peut s'expliquer rationnellement qu'en supposant au législateur l'intention de ne pas appliquer aux pères et mères naturels les articles non compris dans son énumération, c'est-à-dire les art. 380, 381 et 382. Quelque certaine que paraisse cette déduction, elle a cependant été contestée, mais par des arguments qui tendraient tout au plus à prouver que la loi est imparfaite et qu'il y a lieu de la réformer sur ce point.

En ce qui concerne le droit de garde, on doit reconnaître qu'il appartient aux pères et

mères naturels, bien que l'art. 374 qui organise ce droit ne figure pas dans l'énumération donnée par l'art. 383. En accordant, sous certaines restrictions il est vrai, le droit de correction aux pères et mères naturels légalement connus, le législateur nous dit implicitement qu'ils ont le droit ou plutôt le devoir d'éducation envers leurs enfants; car le droit de correction n'est qu'un corollaire du devoir d'éducation. Comment alors n'auraient-ils pas aussi le droit de garde, autre corollaire du droit d'éducation, et plus essentiel que le droit de correction? On comprend d'ailleurs que le législateur, qui voulait accorder le droit de garde aux pères et mères naturels avec la même étendue qu'aux pères et mères légitimes, ait pu considérer comme inutile de s'expliquer sur ce point, tandis qu'il devait nécessairement s'expliquer en ce qui regarde le droit de correction, qu'il ne voulait attribuer aux pères et mères naturels qu'avec d'importantes restrictions.

* Si l'enfant naturel a été reconnu par son père et par sa mère, le père aura-t-il la prééminence sur la mère, au point de vue de l'exercice de la puissance paternelle? Nous l'admettons par argument des art. 8 al. 4 *in fine*, 148 et 158, et malgré l'argument qu'on peut tirer en sens contraire de ce que l'art. 383 ne renvoie pas à l'art. 373.

SECTION II

DÉCHÉANCE DE LA PUISSANCE PATERNELLE

986 bis. D'après une jurisprudence constante, les tribunaux étaient investis, sous l'empire du code civil, d'un pouvoir de contrôle relativement à l'exercice de la puissance paternelle. Dans l'intérêt de l'enfant, ils pouvaient être appelés à intervenir pour réprimer les abus.

Quand y avait-il abus? Là était la difficulté. On admettait généralement que l'abus existait, lorsque les mauvais traitements subis par l'enfant au domicile paternel mettaient sa vie en danger ou même seulement sa santé. Et aussi lorsqu'on le rendait témoin au domicile paternel de spectacles offensants pour ses mœurs. Les tribunaux se considéraient alors comme autorisés à dépouiller le père ou la mère du plus bel attribut de la puissance paternelle, du droit de garde : on le lui retirait pour en confier l'exercice à une autre personne, soit un ascendant, soit même un étranger.

Il y avait encore abus, d'après la jurisprudence, lorsque le père ou la mère investi de la puissance paternelle interdisait sans motifs plausibles toute communication entre l'enfant et ses ascendants. Sur la demande des ascendants, les tribunaux pouvaient lever le *veto* des parents.

Le pouvoir des tribunaux n'allait pas plus loin. Quelle que fût l'indignité du père ou de la mère, ils ne pouvaient pas lui retirer d'une manière complète les droits résultant de la puissance paternelle. En effet, en dehors de la mort civile, le législateur de 1804 n'avait organisé aucune cause de déchéance de la puissance paternelle. Les condamnations entraînant interdiction légale faisaient bien perdre au père ou à la mère, pendant la durée de sa peine,

l'exercice de la puissance paternelle dont il était investi ; mais la jouissance du droit lui restait, et il en reprenait l'exercice après l'expiration de sa peine.

Le code pénal de 1810 introduisit dans nos lois un cas de déchéance partielle de la puissance paternelle. Le père ou la mère, condamné pour avoir excité, favorisé ou facilité la prostitution ou la corruption de son enfant, était privé « des droits et avantages à » lui accordés sur la personne et sur les biens de l'enfant par le » code civil, livre 1^{er}, titre IX, *De la puissance paternelle* ». Ce sont les termes mêmes de l'art. 333 al. 2 du code pénal. Ainsi qu'on le voit, la déchéance n'était encourue que par rapport à l'enfant prostitué ou corrompu ; le père ou la mère gardait donc son droit de puissance paternelle intact sur ses autres enfants. Et d'autre part, le père ou la mère coupable n'était pas dépouillé de tous les attributs de la puissance paternelle sur l'enfant prostitué ou corrompu, mais seulement de ceux accordés par le titre *De la puissance paternelle*. Notamment il conservait le droit d'administration légale organisé par l'art. 389 placé dans le titre suivant.

Deux autres cas de déchéance, facultative cette fois, de la puissance paternelle furent introduits par la loi du 7 décembre 1874, art. 2 al. fin. et art. 3 al. 2. Voyez ces textes.

Ces dispositions étaient insuffisantes ; elles ont été complétées par la loi du 24 juillet 1889, *sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés*. L'exposé des motifs indique en ces termes l'objet de la loi : « Protéger les enfants contre leurs parents indignes, procurer aux administrations publiques, aux associations de bienfaisance et aux personnes charitables le moyen de pourvoir efficacement et avec sécurité à l'éducation des enfants qu'elles recueillent, enfin régler la dévolution à l'assistance publique de la puissance paternelle retirée aux parents ou délaissée par eux, tels sont les objets de la proposition soumise au parlement ».

Le moyen de protection organisé par la loi nouvelle consiste à retirer la puissance paternelle aux parents qui s'en sont montrés indignes, pour en confier l'exercice à une autre personne.

La déchéance de la puissance paternelle a lieu, tantôt de plein droit, en vertu des seules dispositions de la loi, tantôt en vertu d'une décision du juge. Légale ou judiciaire, la déchéance peut atteindre non seulement les père et mère mais aussi les autres ascendants. En le décidant ainsi, le législateur de 1889 semble bien se mettre en opposition de vues avec le législateur du code civil, en ce sens qu'il reconnaît au profit des ascendants l'existence d'un droit de

puissance paternelle que le code civil ignore (*supra* n. 938). Mais, au fond, l'opposition est dans les mots bien plus que dans les idées. En fait, la loi nouvelle décide avec raison que les ascendants peuvent, aussi bien que les père et mère, être déchus pour cause d'indignité de l'autorité qu'ils auraient sur la personne de leurs enfants, mais elle emploie à tort une formule impliquant qu'elle considère cette autorité comme une puissance paternelle.

Les cas dans lesquels la déchéance a lieu de plein droit sont énumérés limitativement dans l'art. 1^{er} de la loi, ainsi conçu : « *Les père et mère et ascendants sont déchus de plein droit, à l'égard de tous leurs enfants et descendants, de la puissance paternelle, ensemble de tous les droits qui s'y rattachent, notamment ceux énoncés aux articles 108, 141, 148, 150, 151, 346, 361, 372 à 387, 389, 390, 391, 397, 477 et 935 du code civil, à l'article 3 du décret du 22 février 1851 et à l'article 46 de la loi du 27 juillet 1872 : — 1° S'ils sont condamnés par application du paragraphe 2 de l'article 334 du code pénal; — 2° S'ils sont condamnés, soit comme auteurs, co-auteurs ou complices d'un crime commis sur la personne d'un ou plusieurs de leurs enfants, soit comme co-auteurs ou complices d'un crime commis par un ou plusieurs de leurs enfants; — 3° S'ils sont condamnés deux fois comme auteurs, co-auteurs ou complices d'un délit commis sur la personne d'un ou plusieurs de leurs enfants; — 4° S'ils sont condamnés deux fois pour excitation habituelle de mineurs à la débauche. — Cette déchéance laisse subsister entre les ascendants déchus et l'enfant les obligations énoncées aux articles 205, 206 et 207 du code civil* ». Et aussi certainement le droit de successibilité, et le droit de réserve.

Faisons sur ce texte quelques observations préliminaires.

1° Le mot *enfants*, que la loi emploie à plusieurs reprises, comprend non seulement les enfants légitimes, mais aussi les enfants légitimés, et même les enfants naturels reconnus et les enfants adoptifs. *Lex non distinguit*.

2° Dans toutes les hypothèses que prévoit ici la loi, la déchéance est attachée à une condamnation. Elle est encourue de plein droit par le seul fait de la condamnation devenue irrévocable, sans qu'il soit nécessaire que le juge prononce expressément cette déchéance. Cela résulte formellement des travaux préparatoires de la loi. La condamnation doit être postérieure à la loi du 24 juillet 1889. Arg. art. 2. Grenoble, 13 juillet 1892, D., 93. 2. 267, S., 93. 2. 92.

3° Une condamnation pour l'un des crimes dont parle l'art. 1-2°

suffit pour faire encourir la déchéance de la puissance paternelle. Il importerait peu que, par suite de l'admission de circonstances atténuantes, le coupable n'eût été condamné qu'à des peines correctionnelles. La loi dit : *condamnation pour crime* et non *condamnation à une peine criminelle*. *Secus* si l'ascendant ayant été poursuivi pour crime se trouvait condamné à raison d'un simple délit, le juge ayant écarté une circonstance aggravante nécessaire pour qu'il y eût crime. On serait alors dans l'hypothèse du 3° de l'article. Une double condamnation serait nécessaire pour entraîner la déchéance.

4° L'art. 335 al. 2 du code pénal est abrogé par la loi nouvelle. En effet la disposition de ce texte est beaucoup moins compréhensive que celle de la loi de 1889. D'après l'art. 335 al. 2 du code pénal, la déchéance ne peut atteindre que le père ou la mère, elle ne s'applique qu'à l'enfant prostitué ou corrompu et ne comprend que les attributs de la puissance paternelle énumérés dans le titre *De la puissance paternelle*, tandis que, d'après la loi nouvelle (art. 1-1°), la déchéance peut atteindre tous les ascendants, elle s'applique à tous les enfants ou petits-enfants du père ou de la mère ou de l'ascendant indigne, et comprend tous les attributs de la puissance paternelle. — Quant aux dispositions des alinéas 1 et 3 de l'art. 335 C. pén., elles demeurent en vigueur.

5° La loi nouvelle ne touche que la puissance paternelle. La déchéance de la tutelle demeure régie par les dispositions du code civil (art. 443 et 444). Cela est regrettable : il importait d'élargir les causes d'exclusion et de destitution de la tutelle.

L'art. 2 énumère, limitativement aussi, les cas dans lesquels la déchéance de la puissance paternelle n'est pas encourue de plein droit, mais peut être prononcée par les tribunaux : « *Peuvent être déclarés déchus des mêmes droits* : — 1° *Les père et mère [ajoutez : et ascendants] condamnés aux travaux forcés à perpétuité ou à temps, ou à la réclusion comme auteurs, co-auteurs ou complices d'un crime autre que ceux prévus par les articles 86 à 101 du code pénal*; — 2° *Les père et mère condamnés deux fois pour un des faits suivants : séquestration, suppression, exposition ou abandon d'enfants ou pour vagabondage*; — 3° *Les père et mère condamnés par application de l'article 2, paragraphe 2, de la loi du 23 janvier 1873, ou des articles 1, 2 et 3 de la loi du 7 décembre 1874*; — 4° *Les père et mère condamnés une première fois pour excitation habituelle de mineurs à la débauche*; — 5° *Les père et mère dont les enfants ont été conduits dans une maison de correction, par*

application de l'article 66 du code pénal; — 6° En dehors de toute condamnation, les père et mère qui, par leur ivrognerie habituelle, leur inconduite notoire et scandaleuse ou par de mauvais traitements, compromettent soit la santé, soit la sécurité, soit la moralité de leurs enfants ».

Nous appelons l'attention du lecteur sur ce dernier cas de déchéance facultative. C'est celui qui recevra le plus fréquemment son application dans la pratique. L'expression *mauvais traitements* comprend certainement les actes de brutalité accomplis sur la personne de l'enfant. Il est plus douteux qu'elle comprenne aussi le cas où le père compromet la santé de son enfant en le laissant manquer des choses nécessaires à la vie, ainsi que l'a jugé un arrêt de la cour de Grenoble du 13 juillet 1892, D., 93. 2. 267, S., 93. 2. 92. V. dans le même sens la note de M. de Loynes sous Agen, 6 février 1889 (D., 90. 2. 25). M. de Loynes dit à ce sujet : « L'enfant peut être maltraité du moment où il n'est pas traité comme il devrait l'être, du moment où il ne reçoit pas les soins que réclame sa santé et que la fortune de ses parents permettrait de lui donner ». Nous avons un léger doute sur l'exactitude de cette interprétation, surtout appliquée à un texte qui contient une disposition pénale. On peut bien dire du père qui laisse manquer son fils des choses nécessaires à la vie qu'il ne le traite pas bien ou même qu'il le traite mal, mais non qu'il le *maltraite*. Cpr. Didier, *Etude sur la loi du 24 juillet 1889*, journal *Le Droit*, n°s du 31 déc. 1890 et du 1^{er} janvier 1891.

Aux termes de l'art. 3 : « *L'action en déchéance est intentée devant la chambre du conseil du tribunal du domicile ou de la résidence du père ou de la mère, par un ou plusieurs parents du mineur au degré de cousin germain ou à un degré plus rapproché, ou par le ministère public* ». L'action dont parle cet article n'est établie que pour les cas de déchéance facultative énumérés dans l'art. 2 de la loi. Elle ne se conçoit pas dans les cas prévus par l'art. 1^{er} où la déchéance a lieu de plein droit. L'action peut être intentée par un parent quelconque de l'un ou de l'autre sexe, sans qu'il y ait aucun ordre hiérarchique à observer. Elle n'appartient jamais aux alliés.

Les art. 4 à 7 règlent la procédure à suivre pour intenter l'action en déchéance.

986 ter. Effets de la déchéance. Que la déchéance de la puissance paternelle soit encourue de plein droit par application de l'art. 1, ou qu'elle soit prononcée par la justice conformément à

l'art. 2, l'effet est toujours le même. Le père, la mère ou l'ascendant déchu perd tous les droits qui se rattachent à la puissance paternelle, sauf l'exception indiquée par l'art. 1 *in fine*, et non pas seulement, comme sous l'empire de l'art. 335 al. 2 C. pén., les droits énumérés dans le titre *De la puissance paternelle*. C'est la jouissance de ces droits et non pas seulement l'exercice qui est retiré au père, à la mère ou à l'ascendant indigne. D'autre part, le père, la mère ou l'ascendant frappé de la déchéance perd la puissance paternelle sur tous ses enfants et descendants, même sur ceux à naître. Sur ce point encore, il en était autrement d'après l'art. 335 al. 2 C. pén. Enfin le père, la mère ou l'ascendant indigne perd sur ses enfants majeurs les droits qui peuvent être considérés comme un prolongement de la puissance paternelle, notamment le droit de consentir à leur mariage (art. 148 et s.).

Ce n'est pas tout de retirer la puissance paternelle au père ou à la mère indigne; il faut donner un nouveau protecteur aux enfants.

Dans le cas où la puissance paternelle est retirée au père, il paraîtrait assez naturel d'appeler la mère de plein droit à le remplacer dans l'exercice de cette puissance. Mais il y avait à redouter l'influence du père, qui souvent aurait exercé en fait la puissance paternelle attribuée à la mère. Aussi le législateur de 1889 a-t-il réservé dans tous les cas au tribunal le soin de décider si l'exercice de la puissance paternelle doit passer à la mère. L'intérêt des enfants dictera la décision du juge. L'art. 9 de la loi dit à ce sujet : « *Dans le cas de déchéance de plein droit encourue par le père, le ministère public ou les parents désignés à l'article 3 saisissent sans délai la juridiction compétente, qui décide si, dans l'intérêt de l'enfant, la mère exercera les droits de la puissance paternelle tels qu'ils sont définis par le code civil. — Toutefois, lorsque les tribunaux répressifs prononceront les condamnations prévues aux articles 1^{er} et 2, paragraphes 1, 2, 3 et 4, ils pourront statuer sur la déchéance de la puissance paternelle dans les conditions établies par la présente loi. — Dans le cas de déchéance facultative, le tribunal qui la prononce statue par le même jugement sur les droits de la mère à l'égard des enfants nés et à naître... — Si le père déchu de la puissance paternelle contracte un nouveau mariage, la nouvelle femme peut, en cas de survenance d'enfants, demander au tribunal l'attribution de la puissance paternelle sur ces enfants* ».

A défaut de la mère, c'est-à-dire si elle est morte, si elle a été elle-même déclarée déchue de la puissance paternelle ou si elle n'est pas jugée digne d'exercer cette puissance, « *le tribunal décide*

si la tutelle sera constituée dans les termes du droit commun, sans qu'il y ait, toutefois, obligation pour la personne désignée d'accepter cette charge. — Les tuteurs institués en vertu de la présente loi remplissent leurs fonctions sans que leurs biens soient grevés de l'hypothèque légale du mineur. — Toutefois, au cas où le mineur possède ou est appelé à recueillir des biens, le tribunal peut ordonner qu'une hypothèque générale ou spéciale soit constituée jusqu'à concurrence d'une somme déterminée » (art. 10 de la loi). Cpr. loi du 30 juin 1838, art. 34 al. 2, infra n. 1196 b.

L'art. 11 ajoute : « *Si la tutelle n'a pas été constituée conformément à l'article précédent, elle est exercée par l'assistance publique, conformément aux lois des 15 pluviôse an XIII et 10 janvier 1849, ainsi qu'à l'article 24 de la présente loi. Les dépenses sont réglées conformément à la loi du 5 mai 1869. — L'assistance publique peut, tout en gardant la tutelle, remettre les mineurs à d'autres établissements et même à des particuliers ».*

Transcrivons encore les art. 12 et 13.

ART. 12. — *Le tribunal, en prononçant sur la tutelle, fixe le montant de la pension qui devra être payée par les père et mère et ascendants auxquels des aliments peuvent être réclamés, ou déclare qu'à raison de l'indigence des parents il ne peut être exigé aucune pension.*

ART. 13. — *Pendant l'instance en déchéance, toute personne peut s'adresser au tribunal par voie de requête, afin d'obtenir que l'enfant lui soit confié. — Elle doit déclarer qu'elle se soumet aux obligations prévues par le paragraphe 2 de l'article 364 du code civil au titre De la tutelle officieuse. — Si le tribunal, après avoir recueilli tous les renseignements et pris, s'il y a lieu, l'avis du conseil de famille, accueille la demande, les dispositions des articles 365 et 370 du même code sont applicables. — En cas de décès du tuteur officieux avant la majorité du pupille, le tribunal est appelé à statuer de nouveau, conformément aux articles 11 et 12 de la présente loi. — Lorsque l'enfant aura été placé par les administrations hospitalières ou par le directeur de l'assistance publique de Paris chez un particulier, ce dernier peut, après trois ans, s'adresser au tribunal et demander que l'enfant lui demeure confié dans les conditions prévues aux dispositions qui précèdent.*

Le père ou la mère qui a subi la déchéance de la puissance paternelle peut en obtenir la restitution, sous les conditions déterminées par les art. 15 et 16. V. ces articles.

986 *quater*. Reste une difficulté. Sous l'empire de la loi nouvelle, les tribunaux conservent-ils, relativement à l'exercice de la puissance paternelle, le droit de contrôle qui leur appartenait auparavant en vertu d'une jurisprudence constante? En d'autres termes, les tribunaux peuvent-ils aujourd'hui, sans prononcer la déchéance de la puissance paternelle, soit parce qu'on ne se trouve pas dans l'un des cas où la loi permet de prononcer cette déchéance, soit parce que cette mesure leur paraît trop rigoureuse, retirer au père ou à la mère qui abuse de son droit l'exercice

d'un ou de quelques-uns seulement des attributs de la puissance paternelle, par exemple l'exercice du droit de garde?

La jurisprudence se forme dans le sens de la négative. Elle considère la déchéance de la puissance paternelle comme indivisible.

Telle paraît bien en effet avoir été la pensée soit des rédacteurs de la loi, soit de ceux qui l'ont votée. Le projet portait : Art 2. « Peuvent être déclarés déchus *de tout* ou *PARTIE* des mêmes droits... » Le conseil d'Etat demanda que la déchéance fût indivisible, qu'elle dût nécessairement avoir lieu pour le tout dans les cas où elle serait prononcée, et il fut fait droit à cette demande par la suppression des mots *tout ou partie*. Dans l'enceinte législative, le système qui admet la possibilité d'une déchéance partielle trouva quelques partisans. Lors de la deuxième lecture à la chambre des députés, M. Boreau Lajanadie se fit leur organe. Il demandait par voie d'amendement l'addition des mots *ou de quelques-uns de ces droits* ; cet amendement fut rejeté. Enfin le but que se proposaient les auteurs de la loi ne permit guère de se méprendre sur sa portée. Ce qu'on a voulu, c'est mettre un terme à l'arbitraire des tribunaux, en leur retirant le pouvoir réglementaire qui leur était reconnu sous la législation antérieure relativement à la puissance paternelle. Ce but ne serait pas atteint, si l'on reconnaissait au juge le droit de prononcer une déchéance partielle des droits attachés à la puissance paternelle. La volonté du législateur paraît donc certaine. La faculté que l'art. 2 de la loi consacre pour le juge par cette formule : « PEUVENT être déclarés déchus des mêmes droits », n'est pas celle de diviser les attributs de la puissance paternelle pour en retirer quelques-uns seulement au père ou à la mère indigne, mais seulement la faculté de prononcer ou de ne pas prononcer la déchéance totale, la déchéance des *mêmes droits* dont vient de parler l'article précédent, c'est-à-dire de tous les droits attachés à la puissance paternelle. V. en ce sens : Poitiers, 21 juillet 1890, D., 91. 2. 73, et la note de M. de Loynes; Paris, 24 juin 1892, D., 92. 2. 81, et Cass., 28 juillet 1891, D., 92. 1. 70, S., 91. 1. 385.

Ce dernier arrêt tire une conséquence très juste de son principe, en décidant que le droit de garde ne peut pas être retiré soit totalement, soit partiellement au père qui demeure investi de la puissance paternelle, et notamment que le juge excède ses pouvoirs, si, sans retirer au père la puissance paternelle, il ordonne que les enfants seront confiés à leurs ascendants pendant une partie de leurs vacances. Mais ne transige-t-il pas un peu avec ce même principe, en décidant que, « lorsque, sans motifs graves, le père interdit toute communication entre ses enfants et leurs ascendants, ou ne la veut permettre que sous des conditions pénibles ou blessantes pour la dignité de ceux-ci, les tribunaux sont incontestablement investis, en cette matière comme en toute autre, d'un *pouvoir régulateur* pour statuer sur le conflit, en appréciant, suivant les circonstances, dans quelles limites et sous quelles conditions les relations et notamment les visites réciproques entre les grands parents et leurs petits-enfants doivent être autorisées ». Voilà le pouvoir réglementaire des tribunaux, leur *droit de contrôle*, dit un peu plus loin la cour qui réapparaît. Quelles en seront exactement les limites?

TITRE X

De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation.

987. Le législateur doit protection à ceux qui sont incapables de se gouverner et de se défendre eux-mêmes. C'est un principe admis dans toutes les législations.

L'incapacité des personnes peut tenir à trois causes :

1° *Le sexe*. Nous savons que, dans notre droit, les filles et les veuves sont aussi capables que les hommes, quand elles sont majeures. Mais les femmes mariées sont frappées d'incapacité, en ce sens qu'elles ne peuvent pas accomplir les actes civils sans une autorisation qui, en principe, doit émaner du mari et peut exceptionnellement être accordée par la justice (art. 215 et s.).

2° *L'âge*. L'homme ne se développe que graduellement, au moral comme au physique; la progression est même plus lente pour le moral. Tant que l'homme n'a pas atteint le développement complet de ses facultés morales, il a besoin d'un protecteur. La loi lui donne, suivant les cas, tantôt ses père et mère, tantôt un tuteur qui le représente dans tous les actes civils, tantôt enfin un curateur qui l'assiste dans les actes importants de la vie civile.

3° *L'altération plus ou moins grave des facultés intellectuelles*. Ici le législateur, proportionnant l'énergie du remède à la gravité du mal, autorise, suivant les cas, des mesures plus ou moins radicales, savoir : l'interdiction ou le placement dans une maison d'aliénés pour ceux qui sont atteints d'aliénation mentale; la nomination d'un conseil judiciaire, sorte de demi-interdiction, pour les simples d'esprit et les prodigues.

Il y a donc trois catégories d'incapables : 1° les femmes mariées; 2° les mineurs; 3° les interdits et ceux qui leur sont plus ou moins assimilés, savoir : les personnes placées dans une maison d'aliénés et les personnes munies d'un conseil judiciaire. Cpr. art. 1124.

Nous nous sommes occupé de l'incapacité des femmes mariées (*supra* n. 623 et s.); nous allons maintenant parler de celle des mineurs et des interdits. Le lien qui existe entre ces deux dernières catégories d'incapables est la *tutelle*, mesure de protection qui s'applique aux premiers comme aux seconds.

988. Définition de la tutelle. La *tutelle* (de *tueri*, *tueor*, défendre, protéger) est un mandat imposé par la loi ou par la volonté de l'homme, et en vertu duquel une personne capable se trouve obligée de prendre soin d'un mineur non émancipé ou d'un interdit, d'administrer ses biens et de le représenter dans les actes civils.

La tutelle, disons-nous, est un *mandat*. Donc elle constitue une charge gratuite, car le mandat est gratuit de sa nature (art. 1986). Mais, à la différence du mandat ordinaire, la tutelle est obligatoire pour celui à qui elle est déférée. Il le fallait bien! autrement il eût été souvent impossible de trouver un protecteur aux incapables.

Sur ces deux points, la tutelle déferée en vertu de la loi du 24 juillet 1889 *sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés*, diffère de la tutelle ordinaire. D'abord cette tutelle n'est pas obligatoire pour celui à qui elle est déferée (art. 10 al. 1 *in fine*). Ensuite une rémunération peut être allouée au tuteur (art. 16 al. 3).

989. Généralités sur la tutelle. — Le mécanisme de la tutelle contient trois rouages principaux : le tuteur, le conseil de famille et le subrogé tuteur.

a. Le tuteur, acteur principal de la tutelle. Il représente le mineur ou l'interdit dans tous les actes civils (art. 450 al. 1), c'est-à-dire qu'il accomplit ces actes pour lui, en qualité de mandataire légal.

En droit romain, le tuteur ne *représentait* pas le pupille, il *assistait* seulement, *auctoritatem interponebat*. Le pupille figurait lui-même, en règle générale du moins, dans les actes civils; le tuteur n'y intervenait que pour compléter sa personne, *augebat personam pupilli*. Le système de notre législateur, qui fait du tuteur le représentant du mineur, son mandataire, est bien préférable au point de vue pratique.

L'unité de gérant est nécessaire pour assurer l'unité de gestion. Voilà pourquoi toute tutelle doit être gérée par un tuteur unique. Ce principe, que notre code consacre implicitement en supposant toujours l'existence d'un seul tuteur, reçoit deux exceptions. La première est formulée par l'art. 396, la seconde par l'art. 417. A notre avis, il n'en existe pas d'autres, et par conséquent nous ne saurions approuver les quelques décisions judiciaires qui, sur le fondement de l'autorité de notre ancien droit, ont validé la nomination, faite par le dernier mourant des père et mère, de deux tuteurs chargés, l'un de prendre soin de la personne du mineur, l'autre d'administrer ses biens. Rouen, 4 janvier 1883, S., 84. 2. 175, D., 83. 2. 155.

b. Le conseil de famille. On désigne sous ce nom une assemblée composée en principe de parents ou d'alliés de la personne en tutelle, et présidée par le juge de paix. Le conseil de famille est chargé du contrôle de la tutelle; à cet effet il peut obliger le tuteur à fournir chaque année des états de situation de sa gestion (art. 470). De plus il est appelé dans de nombreux cas à donner sur les actes importants de la tutelle des avis auxquels le tuteur doit se conformer.

c. Le subrogé tuteur, qui est investi d'une triple mission : surveiller la gestion du tuteur (arg. art. 470), représenter le mineur ou l'interdit dans le cas où ses intérêts sont en opposition avec ceux du tuteur (art. 420), enfin provoquer la nomination d'un nouveau tuteur lorsque la tutelle devient vacante (art. 424).

CHAPITRE PREMIER

DE LA MINORITÉ

990. « *Le mineur est l'individu de l'un ou de l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de vingt-un ans accomplis* » (art. 388).

Dans notre ancien droit, la minorité se prolongeait en général jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans. C'est la loi du 20 septembre 1792, qui la première fixa l'âge de vingt et un ans accomplis pour la majorité.

La doctrine désigne indifféremment sous le nom de *pupille* ou sous celui de *mineur* l'individu âgé de moins de vingt et un ans. La loi paraît avoir affecté d'employer le mot *pupille* dans les articles consacrés à la tutelle officieuse (art. 361 à 370) ; partout ailleurs, notamment dans notre titre, elle emploie à peu près exclusivement la dénomination de *mineur*.

En droit romain, il importait de distinguer les pupilles des mineurs. On était pupille jusqu'à l'âge de la puberté, mineur depuis cette époque jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans accomplis. Les pupilles seuls étaient en tutelle ; quant aux mineurs de vingt-cinq ans, ils étaient en curatelle. Le législateur du code civil n'a pas admis ce système.

991. On distingue dans notre droit deux catégories de mineurs : les mineurs non émancipés, qui sont en tutelle, et les mineurs émancipés qui sont en curatelle. De là, la division de notre titre, qui, après avoir traité de la *minorité* dans le chapitre I, traite de la *tutelle* dans le chapitre II et de l'*émancipation* dans le chapitre III.

CHAPITRE II

DE LA TUTELLE

992. Malgré la généralité de cette rubrique, le législateur ne s'occupe dans ce chapitre que de la tutelle des *mineurs*. C'est dans le titre XI, qu'il sera question de la tutelle des *interdits*.

Introduction.

I. *De l'ouverture de la tutelle des mineurs, et de l'administration légale à laquelle il peut y avoir lieu avant cette ouverture.*

993. L'événement qui donne ouverture à la tutelle pour un mineur est la mort de l'un de ses auteurs. Jusque-là l'enfant trouve ordinairement une protection suffisante dans la sollicitude et l'affection de son père et de sa mère. En outre il a rarement un patrimoine propre et par suite des intérêts pécuniaires à sauvegarder, le premier événement qui rend un mineur propriétaire étant en général la mort de l'un de ses auteurs. La nécessité de la tutelle, avec son mécanisme assez compliqué, ne se fait donc pas sentir. V. cep. loi du 24 juillet 1889, art. 10 (*supra* n. 986 *ter*).

Exceptionnellement cependant, un mineur qui a encore ses père et mère peut avoir des biens personnels, notamment par l'effet de donations entre vifs ou testamentaires dues à la générosité de parents ou d'amis, ou par suite de quelque don de fortune comme l'invention d'un trésor. A qui appartiendra l'administration de ces biens? L'art. 389, placé à tort dans le chapitre *De la tutelle*, répond : « *Le père est, durant le mariage, administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs. — Il est comptable, quant à la propriété et aux revenus, des biens dont il n'a pas la jouissance ; et quant à la propriété seulement, de ceux des biens dont la loi lui donne l'usufruit* ».

L'administration dont il s'agit est dite *légale*, parce qu'elle est conférée de plein droit par la loi. Elle forme un attribut de la puissance paternelle, et c'est pour ce motif que la loi l'accorde au père, qui seul a l'exercice de cette puissance durant le mariage (art. 373).

On sait que, dans certains cas exceptionnels, l'exercice de la puissance paternelle passe à la mère durant le mariage (*supra* n. 961). Naturellement la mère serait alors investie du droit d'administration légale.

994. Différences entre l'administration légale et la tutelle.

— Le tribunal, auquel nous devons l'art. 389, qui ne figurait pas dans le projet primitif du code civil, en a signalé un certain nombre :

1^o Dans toute tutelle, il y a un subrogé tuteur nommé par le conseil de famille (art. 420). Au contraire, il n'y a pas lieu d'adjoindre au père administrateur légal un subrogé administrateur.

Quel en est le motif? Le subrogé tuteur est principalement chargé : 1^o de surveiller la gestion du tuteur ; 2^o de représenter le mineur quand ses intérêts sont en opposition avec ceux du tuteur (*infra* n. 1032). Or, d'une part, il a paru inutile d'organiser une surveillance spéciale de la gestion du père administrateur légal ; l'affectueuse sollicitude de la mère vaut, aux yeux de la loi, le contrôle d'un subrogé tuteur. Et d'autre part, si une opposition d'intérêts surgit entre le père administrateur légal et l'enfant, il peut être pourvu par un autre moyen à la sûreté de l'enfant. Voilà par exemple un procès qui éclate entre le père et le fils. Evidemment le père ne peut pas représenter son enfant mineur dans ce procès, puisqu'il est son adversaire. Il sera nommé à l'enfant un tuteur *ad hoc*, ou mieux peut-être un *administrateur ad hoc* qui le représentera dans l'instance. D'après la jurisprudence de la cour de cassation, ce tuteur *ad hoc* doit être nommé par le conseil de famille et non par le tribunal. Cass., 10 juin 1885, S., 85. 1. 367, D., 85. 1. 465. Il n'y a pas lieu de lui adjoindre un subrogé tuteur. Cass., 14 janvier 1878, S., 78. 1. 218, D., 78. 1. 227.

2 Les biens du tuteur sont grevés d'une hypothèque légale au profit du mineur (art. 2121) ; cette hypothèque légale garantit au mineur le paiement de tout ce que son tuteur pourra lui devoir par son compte de tutelle. Au contraire, le père administrateur légal n'est pas, en cette qualité, grevé d'une hypothèque légale sur ses biens. On a peut-être considéré que, le père étant déjà grevé d'une

hypothèque légale en profit de sa femme, on courrait le risque d'anéantir complètement son crédit en doublant cette hypothèque d'une autre de même nature au profit de son enfant mineur.

3° Le conseil de famille est un des rouages de la tutelle. Le mécanisme de l'administration légale est moins compliqué ; le père administrateur légal n'est pas soumis à l'autorité et au contrôle d'un conseil de famille.

995. Quels sont les pouvoirs du père administrateur légal ? Cette question n'est pas sans difficulté. Dans le silence de la loi, nous croyons qu'il y a lieu d'appliquer les règles du droit commun, c'est-à-dire que les pouvoirs du père administrateur légal sont, ni plus ni moins, ceux d'un administrateur ordinaire. D'après cette donnée, on doit décider que le père a pleins pouvoirs pour accomplir au nom de son enfant tous les actes d'*administration*, c'est-à-dire ceux qui ont pour but de conserver les biens et de les faire fructifier, mais non les actes de *disposition*, ou autrement dit les actes d'aliénation et ceux équivalents, par exemple les constitutions d'hypothèques.

Est-ce à dire qu'il sera impossible d'accomplir aucun acte de disposition pour le compte d'un mineur soumis à l'administration paternelle, quelque intérêt que ce mineur puisse y avoir ? Rigoureusement on doit l'admettre. Quand la loi déclare un propriétaire incapable d'aliéner, elle seule peut déterminer par qui et sous quelles conditions il pourra être procédé à l'aliénation de ses biens ; autrement ses biens sont inaliénables. Mais si cette solution est d'accord avec les principes, elle est loin de l'être avec les nécessités de la pratique, et même aussi avec l'intérêt social qui exige que les biens puissent circuler librement. Aussi la jurisprudence, empiétant peut-être sur le domaine du législateur, qui seul a le droit de combler les lacunes que son œuvre présente, décide-t-elle que le père pourra valablement accomplir les actes de disposition pour le compte de son enfant mineur, sous la seule condition d'être autorisé par la justice. Les décisions les plus récentes paraissent même considérer l'autorisation de la justice comme n'étant pas nécessaire. Ainsi le tribunal de la Seine a jugé que le père administrateur légal a pleins pouvoirs pour vendre les titres de rente sur l'Etat appartenant à ses enfants mineurs et non émancipés (27 avril 1882, S., 82. 2. 207). La cour d'Amiens a rendu une décision semblable relativement à des actions du chemin de fer du Nord (11 juin 1890, D., 91. 2. 335, S., 92. 2. 15). Ce qui est certain seulement sur ce point c'est que les dispositions de la loi du 27 février 1880 ne sont pas applicables au père administrateur légal. Cpr. *infra* n. 1094. Cette même cour a jugé, par arrêt en date du 1^{er} mars 1883 (S., 84. 2. 41, D., 84. 2. 150), que le père administrateur légal peut transiger au nom de son enfant mineur sur les droits purement mobiliers de celui-ci, sans avoir à remplir les formalités de l'art. 467 ni aucune autre à la place. La cour de Dijon va plus loin encore, elle décide : « que le père administrateur légal peut faire seul non seulement tous les actes qui sont permis au tuteur, mais encore les actes que celui-ci ne peut accomplir qu'après avoir consulté le conseil de famille, que l'avis de celui-ci doive ou non être homologué par le tribunal (Dijon 31 décembre 1891, D., 92. 2. 233, et la note de M. de Loynes). C'est l'omnipotence du père administrateur légal. Il est inutile de faire ressortir le danger d'un pareil système. En tout cas, il paraît impossible d'y adhérer dans son application à l'aliénation des immeubles. Les art. 953 et 954 C. pr. exigent en effet l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal, sans distinguer si les mineurs auxquels ces immeubles appartiennent sont soumis à l'administration légale ou à la tutelle. En supposant que l'art. 389 doive être interprété comme

consacrant le principe de l'omnipotence au profit du père administrateur légal, il aurait été modifié sur ce point par le code de procédure civile, qui est de date postérieure. En sens inverse, on trouve quelques décisions judiciaires qui reconnaissent au père administrateur légal les mêmes pouvoirs qu'à un tuteur, ni plus ni moins. Trib. de Villefranche, 12 mars 1887, S., 87. 2. 117, et tribunal de la Seine, 29 avril 1891, journal *La loi* n. du 5 juin 1891. En nulle matière le besoin de l'intervention législative ne se fait plus sentir qu'en celle-ci. Un projet de loi déposé par M. Cazot ministre de la justice le 26 juin 1881 n'est pas encore venu en discussion.

996. Comment l'administration légale prend fin. — L'administration légale prend fin : 1° par la majorité, l'émancipation ou la mort de l'enfant ; 2° par tout événement entraînant pour le père déchéance de la puissance paternelle ; 3° par la mort de l'un des auteurs de l'enfant : l'administration légale est alors remplacée par la tutelle.

Comme tout administrateur, le père doit rendre compte de sa gestion quand elle finit. Le compte sera rendu au propriétaire des biens, c'est-à-dire à l'enfant. D'après l'art. 389, le père ne doit rendre compte que de la propriété, pour les biens dont il avait la jouissance ; car il a fait siens les fruits de ces biens, en vertu de son droit d'usufruit. Au contraire, en ce qui concerne les biens soustraits à son droit de jouissance, il doit compte de la propriété et des revenus.

Et toutefois le père a le droit de déduire sur les revenus à restituer le montant des frais qu'il a faits pour l'éducation et l'entretien de l'enfant, en supposant que ces frais ne soient pas couverts par les revenus d'autres biens appartenant à l'enfant, dont le père avait la jouissance. En un mot, les frais d'éducation et d'entretien de l'enfant doivent être imputés d'abord sur les revenus des biens dont le père avait la jouissance, car ils sont une charge de cette jouissance (art. 385), et subsidiairement sur les revenus des biens soustraits au droit de jouissance.

* Un donateur ou un testateur peut-il, par une clause de la donation ou du testament, retirer au père l'administration légale du bien qu'il donne ou lègue à l'enfant ? La jurisprudence admet l'affirmative (Nancy, 12 nov. 1874, D., 75. 2. 182, S., 75. 2. 44), et cette solution est acceptée par la majorité des auteurs, dont quelques-uns toutefois établissent cette restriction : que la clause sera nulle, si elle a été dictée par un sentiment d'hostilité pour le père, plutôt que par un sentiment de bienveillance pour l'enfant. La jurisprudence se fonde sur l'art. 387, qui permet au donateur ou au testateur de retirer au père la jouissance légale du bien donné à l'enfant ; donc, dit-on, à plus forte raison, l'administration de ces mêmes biens.

II. Des diverses espèces de tutelle en ce qui concerne les mineurs.

997. On sait que la tutelle ne peut s'ouvrir pour un mineur que par la mort de l'un de ses auteurs ; le divorce lui-même n'y donne pas ouverture. Aussitôt que la tutelle est ouverte, elle est déferée de plein droit par la loi au survivant des père et mère. Le survivant, tuteur légitime, peut, en prévision du cas où il viendrait à mourir avant la majorité ou l'émancipation de son enfant, désigner son successeur quant à la tutelle ; cette désignation se fait par acte

de dernière volonté, et la tutelle ainsi déférée porte le nom de *tutelle testamentaire*. Si le survivant des père et mère investi de la tutelle, meurt sans avoir désigné le tuteur qui doit le remplacer, il y a lieu à la tutelle des ascendants, qui est déférée de plein droit par la loi à l'ascendant le plus proche. Enfin, à défaut de toute autre, il y a lieu à la tutelle déférée par le conseil de famille.

Il y a donc quatre espèces de tutelles, savoir : 1^o la tutelle du survivant des père et mère; 2^o la tutelle testamentaire ou tutelle déférée par le dernier mourant des père et mère; 3^o la tutelle des ascendants; 4^o la tutelle déférée par le conseil de famille. Chacune fait l'objet d'une section distincte de notre chapitre.

La tutelle du survivant des père et mère et la tutelle des ascendants sont dites tutelles *légitimes*, parce qu'elles sont déférées de plein droit par la loi. La tutelle déférée par le dernier mourant des père et mère et la tutelle déférée par le conseil de famille sont des tutelles *datives* (de *dare*, *datum*, donner).

La tutelle légitime était inconnue dans nos anciens pays de coutume. Toute tutelle y était dative, et c'était le juge qui était investi de la mission de nommer les tuteurs. Effectivement la tutelle légale ou légitime présente un danger : le choix fait par la loi est nécessairement aveugle; le tuteur qu'elle désigne peut se trouver inhabile à remplir sa mission. Ne vaudrait-il pas mieux en laisser dans tous les cas la nomination à une autorité qui pourrait statuer *cognita causa*? — Le législateur a sans doute considéré que la plus forte garantie à offrir au mineur consiste dans l'affection de son tuteur. A ce point de vue, son choix n'est pas complètement aveugle, quand elle désigne comme tuteur de droit le père ou la mère du mineur ou ses ascendants. Un autre offrirait peut-être des garanties plus sérieuses au point de vue de la capacité ou de la solvabilité, mais non à celui de l'affection et du dévouement.

SECTION PREMIÈRE

DE LA TUTELLE DES PÈRE ET MÈRE

998. « *Après la dissolution du mariage arrivée par la mort naturelle [ou civile] de l'un des époux, la tutelle des enfants mineurs et non émancipés appartient de plein droit au survivant des père et mère* » (art. 390).

Cette tutelle est appelée *naturelle*, parce qu'elle était écrite dans la loi naturelle avant de l'être dans la loi positive. La tutelle est avant tout une mission de confiance et d'affection; qui donc peut mieux la remplir que le survivant des père et mère?

La tutelle qui nous occupe est déférée de plein droit, *vi ac potestate legis*, au survivant quel qu'il soit, à la mère par conséquent aussi bien qu'au père. D'après le projet, la mère survivante n'était pas tutrice de plein droit; elle pouvait seulement être nommée tutrice.

* L'art. 390 étant conçu dans les termes les plus généraux, on doit en conclure que le survivant des père et mère serait de droit tuteur, alors même qu'il serait mineur; c'est ce que dit d'ailleurs explicitement l'art. 442-1^o. Mais comme il impliquerait contradiction que le survivant, tuteur de son enfant, eût, comme mandataire légal de celui-ci, des pouvoirs excédant les limites de sa propre capacité pour les actes qui le regardent personnellement, on doit décider que l'assistance de son curateur lui sera nécessaire pour tous les actes de la tutelle qui exigeraient cette assistance s'il les accomplissait pour son propre compte. Quelques auteurs exigent l'assistance du subrogé tuteur; mais cette opinion doit être rejetée, parce que, dans le système admis par notre législateur, le subrogé tuteur n'assiste jamais le tuteur.

Particularités de la tutelle déferée à la mère survivante.

998 bis. Ces particularités, au nombre de quatre, sont indiquées par les art. 391 à 396.

999. PREMIÈRE PARTICULARITÉ. Le père peut, en prévision du cas où sa femme, lui ayant survécu, deviendrait tutrice de ses enfants mineurs, nommer à celle-ci un coadjuteur que la loi désigne sous le nom de *conseil de tutelle*, et dont l'assistance lui sera nécessaire pour accomplir soit tous les actes de la tutelle indistinctement, soit certains actes seulement. Au contraire la mère ne peut pas, par une mesure du même genre, restreindre les pouvoirs du père pour le cas où il serait appelé à la tutelle; car nulle loi ne l'y autorise. L'art. 391 dit à ce sujet : « *Pourra néanmoins le père nommer à la mère survivante et tutrice, un conseil spécial, sans l'avis duquel elle ne pourra faire aucun acte relatif à la tutelle. — Si le père spécifie les actes pour lesquels le conseil sera nommé, la tutrice sera habile à faire les autres sans son assistance* ».

La charge de conseil de tutelle est essentiellement personnelle; elle prendra donc fin par la mort du conseil, et alors la restriction apportée aux pouvoirs de la mère tutrice cessera. A défaut de texte, cette charge ne peut être considérée comme obligatoire. Celui à qui elle est déferée peut donc la refuser, auquel cas la situation de la mère sera la même que s'il ne lui avait pas été nommé de conseil.

1000. Rôle du conseil de tutelle. — Le conseil ou conseiller de tutelle joue un rôle analogue à celui du conseil judiciaire : il a pour mission d'*assister* la mère soit dans tous les actes de la tutelle, soit dans certains actes seulement, suivant la distinction établie en notre article. Il ne suffit pas à la mère de consulter le conseil de tutelle, sauf à ne pas suivre son avis; elle est liée par cet avis, en ce sens qu'elle ne peut pas accomplir les actes auxquels le conseil refuse de donner son assentiment. Le doute que fait naître sur ce point l'alinéa 1 de l'art. 391, est levé par l'alinéa 2. Cpr. Pau, 28 mars 1887, S., 88. 2. 117, D., 87. 2. 166.

La sanction du défaut d'assistance du conseil de tutelle, dans les cas où cette assistance est requise, est la nullité, car les actes accomplis par un mandataire au delà de ses pouvoirs sont sans valeur. Les termes prohibitifs de la loi... *ne pourra...* viennent fortifier cette solution : sous cette expression se cache ordinairement une nullité virtuelle (*supra* n. 96). Le mineur sera donc fondé à demander la nullité des actes accomplis par sa mère sans l'assistance requise, en supposant bien entendu que ces actes lui causent préjudice. — Cette solution est contestée. Plusieurs auteurs prétendent que le défaut d'assistance du conseil de tutelle ne peut jamais servir de base à une action en nullité intentée par le mineur, mais seulement à une action en dommages et intérêts contre sa mère. On invoque surtout en faveur de cette solution l'intérêt des tiers, qui ont traité avec la mère tutrice, ignorant le plus souvent la restriction apportée à ses pouvoirs par la nomination d'un conseil de tutelle : n'est-il pas injuste d'autoriser contre eux l'exercice d'une action en nullité qu'ils n'ont pas pu prévoir? Mais tout ce que prouve ce raisonnement, c'est que le législateur a eu tort de n'organiser aucune mesure de publicité pour divulguer la nomination du conseil de tutelle. Ce n'est pas malheureusement le seul cas dans lequel le législateur a sacrifié les droits des tiers.

1001. La mère, à laquelle le conseil de tutelle refuse le concours qui lui est nécessaire pour accomplir un acte de la tutelle, a-t-elle quelque voie de recours contre ce refus? La plupart des auteurs lui accordent un droit de recours, les uns devant le conseil de famille, les autres devant le tribunal, ce qui paraîtrait plus logique, car le conseil de famille n'a que des attributions limitées, et nul texte ne lui confère celle dont il s'agit. D'autres pensent que, dans le silence de la loi, le plus sûr serait de décider qu'il n'existe aucune voie de recours.

1002. En quelle forme doit être faite la nomination du conseil de tutelle. — « *Cette nomination de conseil ne pourra être faite que de l'une des manières suivantes : — 1° Par acte de dernière volonté ; — 2° Par une déclaration faite ou devant le juge de paix assisté de son greffier, ou devant notaires* » (art. 392).

= *Par acte de dernière volonté.* C'est-à-dire par un acte passé dans la forme des testaments. Mais il n'est pas nécessaire que cet acte constitue un testament, en d'autres termes, que le père y dispose de ses biens en tout ou en partie. La loi ne dit pas *par testament*, mais bien « par acte de dernière volonté ».

= *Par une déclaration faite devant le juge de paix... ou devant notaires.* Le choix du juge de paix ou des notaires appartiendrait au père, car la loi ne les désigne pas spécialement.

1003. DEUXIÈME PARTICULARITÉ. Elle nous est révélée par l'art. 393 al. 1 : « *Si, lors du décès du mari, la femme est enceinte, il sera nommé un curateur au ventre par le conseil de famille* ».

Le personnage, que la loi désigne ici sous le nom quelque peu barbare de *curateur au ventre*, est chargé de veiller aux intérêts de l'enfant à naître et de toutes les autres personnes qui peuvent avoir des droits sur la succession du mari prédécédé. A ce titre, le curateur doit chercher à déjouer les diverses fraudes, que l'on pourrait tenter de commettre pour porter atteinte à leurs droits.

Les principales consistent dans la suppression de part, dans la supposition de part et dans la substitution de part. *Part* (du latin *partus*) désigne ici l'enfantement ou son produit, c'est-à-dire l'enfant.

a. Suppression de part. Supposons qu'une femme, instituée légataire universelle par son mari, soit enceinte lors du décès de celui-ci. Si son enfant naît vivant et viable, il deviendra héritier du mari; et, comme les enfants sont héritiers réservataires, il enlèvera

à sa mère une partie de la succession du défunt. Dans ces conditions, il ne serait pas impossible que, par cupidité, la mère songeât à *supprimer son part*, c'est-à-dire à faire disparaître son enfant, et à soutenir ou qu'elle n'est jamais accouchée ou qu'elle a mis au monde un enfant mort : le tout afin de conserver l'entière succession de son mari. Le curateur au ventre veillera à ce que cette fraude ne soit pas commise.

b. Supposition de part. Elle consiste dans la supposition d'un accouchement qui n'a pas eu lieu. Un mari meurt sans laisser d'enfant; il n'a pas songé à assurer l'avenir de sa femme par des dispositions testamentaires. Que va-t-il arriver? Toute la fortune du mari passera à son héritier le plus proche, peut-être à un collatéral éloigné, au préjudice de la veuve qui sera réduite à son droit d'usufruit légal de la moitié (art. 767). On conçoit que, dans ces conditions, la femme puisse avoir la pensée de se déclarer faussement enceinte lors du décès de son mari et de simuler plus tard un accouchement, afin de faire passer sur la tête de l'enfant, qu'elle dirait être le sien, la fortune du mari prédécédé, et d'en garder pendant dix-huit ans la jouissance intégrale (art. 384). Le curateur au ventre est là pour conjurer cette seconde fraude.

c. Substitution de part. La substitution de part consiste dans la substitution d'un enfant à un autre. Nouvelle fraude que le curateur au ventre devra chercher à prévenir. Mais quel intérêt la mère peut-elle avoir à la commettre? Supposez qu'une veuve mette au monde un enfant mort, ou vivant mais non viable; elle pourrait songer à lui substituer un enfant vivant et viable, afin de conserver pendant dix-huit ans la jouissance de la fortune de son mari.

La mission du curateur au ventre est délicate. Il doit la remplir avec tous les ménagements que la situation comporte.

Le curateur au ventre n'est pas tuteur. Ses biens ne sont donc pas grevés de l'hypothèque légale de l'art. 2121.

1004. On lit dans l'art. 393 al. 2 : « *A la naissance de l'enfant la mère en deviendra tutrice, et le curateur en sera de plein droit le subrogé tuteur* ».

Concluons de là :

1° Que la mère ne peut pas concourir à la nomination du curateur au ventre; en aucun cas, en effet, le tuteur ne doit voter pour la nomination du subrogé tuteur (art. 423).

2° Que le curateur au ventre doit être choisi parmi les parents paternels du mineur car le subrogé tuteur doit être pris parmi les parents de la ligne à laquelle n'appartient pas le tuteur (art. 423).

* La loi ne distinguant pas, on doit en conclure qu'il y aurait lieu à la nomination d'un curateur au ventre alors même qu'il existerait d'autres enfants du mariage, déjà nés lors du décès du mari. Cette circonstance, il est vrai, diminuera beaucoup l'intérêt que pourrait avoir la veuve à commettre l'une des fraudes que nous venons de signaler; mais elle ne la fera pas disparaître complètement: la fraude sera donc encore *possible*, quoique moins probable, et par suite la nomination du curateur au ventre ne sera pas inutile. Ainsi on conçoit que la mère songe à la supposition de part pour prolonger son droit d'usufruit sur la portion des biens du mari attribuée à l'enfant supposé, ou à la suppression de part pour diminuer l'importance de la réduction dont elle est menacée comme légataire universelle de son mari. — La nomination du curateur au ventre nous paraît nécessaire, contrairement à l'avis de beaucoup d'auteurs, même dans le cas où les enfants déjà nés seraient mineurs. On dit, il est vrai, que ces enfants ont un subrogé tuteur qui veillera à leurs intérêts, ce qui rend inutile la nomination d'un curateur au ventre. Mais il y a aussi les intérêts de l'enfant à naître, dont il faut se préoccuper, et d'ailleurs les termes de l'art. 393 al. 1 sont absolus.

1005. TROISIÈME PARTICULARITÉ. Le père est tenu d'accepter la tutelle que la loi lui défère, sauf bien entendu le droit qui lui appartient de faire valoir, comme tout autre tuteur, les causes

d'excuse qui peuvent exister à son profit. La mère, au contraire, a le droit de refuser cette tutelle. L'art. 394 dit à ce sujet : « *La mère n'est point tenue d'accepter la tutelle ; néanmoins, et en cas qu'elle la refuse, elle devra en remplir les devoirs jusqu'à ce qu'elle ait fait nommer un tuteur* ».

Cette différence s'explique. Les femmes étant généralement dépourvues d'expérience en affaires, la tutelle sera souvent pour la mère une charge au-dessus de ses forces ; de là la faculté que la loi lui accorde de refuser les fonctions de tutrice, si elle se sent inhabile à les remplir. Il y a peu d'hommes, au contraire, qui soient complètement étrangers au maniement des affaires : le législateur suppose que le père en saura toujours assez pour gérer la tutelle de son enfant ; voilà pourquoi il ne lui permet pas de la refuser.

Remarquez que c'est pour la mère un droit absolu de refuser la tutelle. Elle n'est même pas obligée d'indiquer les motifs qui la déterminent, et le conseil de famille n'a pas à statuer sur son refus, comme il aurait à le faire s'il s'agissait d'une excuse.

Le droit pour la mère de refuser la tutelle semble impliquer celui de se démettre de la tutelle qu'elle aurait commencé à gérer. *Eadem est ratio*.

* La mère qui refuse la tutelle, doit provisoirement remplir les fonctions de tutrice jusqu'à ce qu'elle ait fait nommer un tuteur par le conseil de famille. Cette gestion intérimaire n'est pas une tutelle ; car la mère remplit les fonctions de tutrice sans en avoir le titre, puisqu'elle l'a répudié. Par suite ses biens ne seraient pas, à raison de ladite gestion, grevés de l'hypothèque légale de l'art. 2121.

1006. QUATRIÈME PARTICULARITÉ. Le nouveau mariage, contracté par le père investi de la tutelle légitime de ses enfants, est sans influence sur cette tutelle. Au contraire, le deuxième mariage de la mère tutrice peut avoir pour conséquence de lui faire perdre la tutelle. On lit à ce sujet dans les art. 395 et 396 : « *Si la mère tutrice veut se remarier, elle devra, avant l'acte de mariage, convoquer le conseil de famille, qui décidera si la tutelle doit lui être conservée. — A défaut de cette convocation, elle perdra la tutelle de plein droit ; et son nouveau mari sera solidairement responsable de toutes les suites de la tutelle qu'elle aura indûment conservée* » (art. 395). « *Lorsque le conseil de famille, dûment convoqué, conservera la tutelle à la mère, il lui donnera nécessairement pour cotuteur le second mari qui deviendra solidairement responsable, avec sa femme, de la gestion postérieure au mariage* » (art. 396).

La mère tutrice qui se remarie passe sous l'autorité d'un nouveau maître ; si elle conserve la tutelle de ses enfants, en fait c'est son nouveau mari qui la gèrera. Il convenait donc de s'assurer

que le nouveau mari est digne de cette gestion ; c'est ce qu'examinera le conseil de famille, qui doit être convoqué à cet effet par les soins de la mère avant l'acte de mariage. A défaut de cette convocation, la mère perd la tutelle de plein droit. — Au contraire le père tuteur qui se remarie conserve son indépendance : c'est bien lui qui gèrera, comme auparavant, la tutelle de ses enfants du premier lit, et non sa nouvelle épouse ; le deuxième mariage du père ne devait donc exercer aucune influence sur la tutelle dont il est investi.

Telle est la raison d'être de la différence que la loi établit ici entre la tutelle du père et celle de la mère. Cette différence n'existait pas dans le projet ; elle y a été introduite après coup.

Cela posé, examinons successivement les deux hypothèses prévues par nos articles.

1007. PREMIÈRE HYPOTHÈSE. *La mère a convoqué le conseil de famille avant l'acte de mariage.* Le conseil de famille peut retirer la tutelle à la mère ou la lui conserver.

Si'il retire la tutelle à la mère, ce qu'il ne doit faire que pour des motifs très graves, il nommera un tuteur pour la remplacer.

Si le conseil de famille conserve la tutelle à la mère, il doit nécessairement lui donner le second mari pour cotuteur. *Cotuteur* signifie *tuteur avec* : le deuxième mari sera donc nommé tuteur avec sa femme. Présument que celui-ci gèrera *en fait* la tutelle qui est conservée à la mère, la loi veut qu'il ait *en droit* le titre de tuteur.

Dans la pensée du législateur, la tutelle de la mère remariée ne va pas sans la cotutelle de son nouveau mari. Aussi faut-il décider que si le conseil de famille, tout en conservant la tutelle à la mère, avait omis de statuer sur la cotutelle, cette omission ne tirerait pas à conséquence et n'empêcherait pas le nouveau mari d'avoir le titre de cotuteur. Cela posé, il eût été beaucoup plus simple de disposer que le nouveau mari est de droit cotuteur, conformément à l'ancien adage *Qui épouse la veuve épouse la tutelle*.

1008. Le conseil de famille a conservé la tutelle à la mère et nommé le nouveau mari cotuteur. Par qui la tutelle sera-t-elle gérée ? Par la mère et par son deuxième mari conjointement ; car ils sont tous les deux tuteurs, et il n'y a pas de motif pour accorder la prééminence à l'un sur l'autre. Le concours des deux époux sera donc nécessaire pour tous les actes de la tutelle, non seulement pour les actes de disposition, mais aussi pour ceux de simple administration, et, lors de la cessation de la tutelle, il ne sera rendu qu'un seul compte pour la gestion des deux époux. Cass., 19 avril 1886, D., 87. 1. 171, S., 90. 1. 109.

Naturellement le nouveau mari est responsable des suites de la gestion à laquelle il a coopéré, c'est-à-dire de la gestion *postérieure*

au mariage; il en est responsable *solidairement avec sa femme*, c'est-à-dire que, de même que celle-ci, il peut être poursuivi pour le tout.

Il y a un lien si étroit entre la tutelle de la mère remariée et la cotutelle de son nouveau mari que toute cause qui met fin à l'une met fin en principe à l'autre.

Ainsi la tutelle de la mère cesse, par sa mort par exemple; la cotutelle du mari cessera du même coup. Le mari n'est pas tuteur, il est seulement *cotuteur*, ce qui indique qu'il ne peut être tuteur qu'autant que sa femme est tutrice. Ou bien, le mari est destitué de la cotutelle; la mère perdra la tutelle: si elle la conservait, on s'exposerait à voir le mari gérer en fait une tutelle qu'il a été déclaré indigne de conserver en droit. Il en serait autrement, si la cotutelle du mari prenait fin par sa mort ou par son interdiction. Quand le mari est là, pouvant gérer la tutelle, la loi veut qu'il assume en droit la responsabilité d'une gestion qu'il exercera en fait, et par suite, si le mari cesse d'être tuteur en droit, il faut nécessairement lui retirer en fait l'exercice de la tutelle: le seul moyen pour y parvenir est d'enlever la tutelle à la mère. Il n'en est plus de même, évidemment, quand le mari est devenu incapable en fait comme en droit de gérer la tutelle: ce qui arrive quand il est mort ou interdit. Dans ce cas la mère conserve donc la tutelle.

1009. DEUXIÈME HYPOTHÈSE. *La mère n'a pas convoqué le conseil de famille avant l'acte de mariage.* Elle perd par ce seul fait la tutelle de plein droit, *ipso jure*. C'est une peine, et une peine sévère, que la loi prononce contre elle pour n'avoir pas obéi à ses prescriptions.

Maintenant il arrivera souvent que la femme conservera en fait la tutelle qu'elle a perdue en droit. Et comme le mari gère presque toujours les affaires de sa femme, il en résulte que celle-ci sera tutrice de fait et son mari cotuteur de fait. Quelles seront les conséquences de cette tutelle et de cette cotutelle de fait? La loi dit que le nouveau mari sera solidairement responsable avec sa femme « *de toutes les suites de la tutelle qu'elle aura indûment conservée* ». *De toutes les suites*, partant de toutes les conséquences de la tutelle, sans exception. Le nouveau mari est donc responsable de la gestion antérieure au mariage comme de la gestion postérieure.

Par où l'on voit qu'il y a une différence, au point de vue de la responsabilité, entre le mari cotuteur de droit et le mari cotuteur de fait. Tandis que le premier n'est tenu que de la gestion postérieure au mariage, le second est tenu tant de la gestion antérieure que de celle postérieure au mariage. Cela saute aux yeux, quand on compare le texte de l'art. 395 avec celui de l'art. 396. Ce dernier article, statuant sur la responsabilité du mari cotuteur de droit, le déclare responsable « de la gestion postérieure au mariage »; tandis que le premier, statuant sur la responsabilité du mari cotuteur de fait, le déclare responsable « *de toutes les suites de la tutelle... indûment conservée* »: — *de toutes les suites*, par conséquent des suites de la gestion *antérieure*, aussi bien que des suites de la gestion *postérieure* au mariage. Cette différence s'explique d'ailleurs aisément. La loi devait se montrer moins rigoureuse pour le mari cotuteur de droit, qui gère en vertu d'un titre régulier, que pour le mari cotuteur de fait, qui a un titre irrégulier, ou qui, pour mieux dire, n'a pas de titre. Enfin cette solution était déjà admise dans notre ancien droit, ainsi que l'atteste Domat. Malgré ces raisons, qui ont entraîné la jurisprudence, et la majorité des auteurs, une minorité, respectable par la qualité plus encore que par le nombre de ses adhérents, soutient que le mari, cotuteur de fait, n'est tenu que de la gestion postérieure au mariage, de même que le mari cotuteur de droit. Mais l'argument, qu'on tire en

faveur de cette solution des travaux préparatoires, est loin d'être concluant, et celui qu'on emprunte au texte de la loi l'est moins encore. L'art. 395, dit-on, ne déclare pas le mari, cotuteur de fait, responsable de toutes les suites de la tutelle indistinctement, mais seulement des suites de la tutelle *indûment conservée*; or la tutelle indûment conservée c'est seulement la tutelle postérieure au mariage; donc le mari n'est responsable que des suites de cette gestion. On peut répondre: La tutelle que la femme a conservée indûment, c'est celle qu'elle avait avant le mariage; or le législateur déclare le nouveau mari responsable de toutes les suites de cette tutelle sans distinction: donc il est responsable de la gestion antérieure au mariage comme de la gestion postérieure.

1010. Lorsque la mère a perdu la tutelle pour n'avoir pas satisfait à la prescription de l'art. 395, le conseil de famille, convoqué à la requête de qui de droit, doit nommer un autre tuteur pour la remplacer. Il a été jugé à tort qu'il y avait lieu en pareil cas à la tutelle des ascendants; une simple lecture des art. 402 et 405 suffit à démontrer qu'il n'y a lieu à cette tutelle qu'après le décès des père et mère.

• Le conseil de famille pourrait-il nommer tutrice la mère elle-même qui a perdu la tutelle? Pourquoi pas? On lit, il est vrai, dans l'art. 445, que « Tout individu qui aura été exclu ou destitué d'une tutelle, ne pourra être membre d'un conseil de famille »: ce qui entraîne *a fortiori* l'incapacité d'être tuteur (arg. art. 442). Mais d'abord, il n'y a pas ici *exclusion* ni *destitution* de la mère, dans le sens propre de ces expressions; la loi dit seulement que la mère « perd la tutelle » (art. 395). Y eût-il exclusion ou destitution, l'art. 445 n'en serait pas plus applicable; car il n'est écrit qu'en vue des causes d'exclusion ou de destitution prévues par les articles précédents. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (Paris, 19 novembre 1887, D., 88. 2. 176, S., 88. 2. 29). Mais si l'on admet cette solution, il paraît conforme au vœu de la loi de décider que le conseil de famille, en nommant tutrice la mère déchue de la tutelle, devra lui donner pour cotuteur le nouveau mari; car, dans la pensée du législateur, la cotutelle du mari paraît inséparable de la tutelle de la mère.

SECTION II

DE LA TUTELLE DÉFÉRÉE PAR LE PÈRE OU LA MÈRE

1011. « *Le droit individuel de choisir un tuteur parent, ou même étranger, n'appartient qu'au dernier mourant des père et mère* » (art. 397).

= *Le droit individuel*. En principe, la nomination du tuteur, quand il n'est pas désigné de plein droit par la loi, n'appartient qu'à une assemblée connue sous le nom de *conseil de famille*. Par exception à cette règle, la loi accorde, sous certaines conditions, au père ou à la mère le droit *individuel* de choisir un tuteur à ses enfants.

= *Au dernier mourant des père et mère*. La loi ne dit pas: au *survivant*. Elle a voulu indiquer par cette expression, singulière en apparence et qu'elle n'emploie nulle part ailleurs, que le survivant des père et mère ne peut choisir un tuteur à ses enfants que pour le temps qui suivra son décès. La loi suppose que le survivant est tuteur de ses enfants et elle lui permet de désigner, en prévision de sa mort, son successeur quant à la tutelle. La disposition, par laquelle le survivant des père et mère défère la tutelle, a donc

de l'analogie avec une disposition testamentaire (toutes les dispositions testamentaires sont faites en vue du décès), et voilà pourquoi la doctrine donne à la tutelle qui nous occupe le nom de *tutelle testamentaire*.

De ce principe que la tutelle dont il s'agit ne peut être déferée que par le dernier mourant des père et mère découlent deux conséquences ?

1^o Le droit de nommer un tuteur testamentaire n'appartiendrait en aucun cas au premier mourant des père et mère ;

2^o Le survivant des père et mère, qui, pour une cause quelconque (refus, excuse, incapacité, exclusion ou destitution), ne gère pas la tutelle, ne peut pas nommer le tuteur qui le remplacera, sa vie durant. Il ne pourrait même pas nommer un tuteur pour le temps qui suivra son décès ; car d'une part, il destituerait ainsi le tuteur qui serait en exercice à cette époque, ce que la loi ne lui donne pas le droit de faire, et d'autre part il ne peut pas déléguer un pouvoir qui ne lui appartient pas.

1012. En quelle forme se fait la nomination du tuteur testamentaire ? « *Ce droit, dit l'art. 398, ne peut être exercé que dans les formes prescrites par l'article 392, et sous les exceptions et modifications ci-après* ». Ces modifications sont indiquées par les art. 399 et 400.

1013. Aux termes de l'art. 399 : « *La mère remariée, et non maintenue dans la tutelle des enfants de son premier mariage, ne peut leur choisir un tuteur* ». Outre que la mère, n'étant pas tutrice lors de son décès, ne peut pas déléguer un pouvoir qu'elle n'a pas, il y a ici un motif de suspicion légitime contre elle, parce que le conseil de famille l'a écartée de la tutelle.

C'est seulement à ses enfants du premier lit que la mère ne peut, d'après notre article, choisir un tuteur. Elle pourrait donc en choisir un à ses enfants du second lit, dont elle gèrerait la tutelle après le décès de son deuxième mari.

1014. « *Lorsque la mère remariée, et maintenue dans la tutelle, aura fait choix d'un tuteur aux enfants de son premier mariage, ce choix ne sera valable qu'autant qu'il sera confirmé par le conseil de famille* ». Ainsi s'exprime l'art. 400.

La nomination d'un tuteur, faite par la mère remariée et maintenue dans la tutelle, est valable, alors même que son choix ne serait pas confirmé par le conseil de famille. Elle est valable, en ce sens qu'elle exclut dans tous les cas la tutelle légitime des ascendants (arg. art. 402). Le conseil de famille, qui ne confirme pas le choix de la mère, devra donc nommer un autre tuteur ; s'il y a un ascendant, il ne sera pas tuteur de droit. Au contraire la nomination, faite par la mère remariée et non maintenue dans la tutelle, est nulle (arg. art. 399), et par suite elle ne fait pas obstacle à la tutelle légitime des ascendants. L'art. 400 se concilie ainsi très bien avec l'art. 399.

1015. Enfin, aux termes de l'art. 401 : « *Le tuteur élu par le père ou la mère, n'est pas tenu d'accepter la tutelle, s'il n'est d'ailleurs dans la classe des personnes qu'à défaut de cette élection spéciale le conseil de famille eût pu en charger* ». On ne voit guère l'utilité de ce texte, qui ne fait qu'appliquer le droit commun au tuteur testamentaire.

SECTION III

DE LA TUTELLE DES ASCENDANTS

1016. La tutelle des ascendants est une tutelle légitime ; elle est en effet déferée de plein droit par la loi.

Trois conditions sont requises pour qu'il y ait lieu à cette tutelle.

1° *Que le père et la mère du mineur soient décédés l'un et l'autre.* Arg. art. 402. Cpr. art. 394 et 405.

2° *Qu'il n'ait pas été choisi au mineur un tuteur par le dernier mourant de ses père et mère (art. 402 1^{re} partie).* Et remarquez que le seul fait d'une nomination de tuteur valablement faite par le dernier mourant, suffit pour écarter la tutelle légitime des ascendants, alors même que le tuteur testamentaire, pour une cause quelconque, ne gèrerait pas la tutelle, par exemple parce qu'il s'en serait fait excuser. Les ascendants deviennent suspects aux yeux du législateur, par cela seul que le dernier mourant les a écartés de la tutelle.

3° *Que le survivant des père et mère ait conservé jusqu'à sa mort la qualité de tuteur légitime ;* car, dans la pensée du législateur, la tutelle des ascendants fait suite à celle du dernier mourant des père et mère. C'est une tutelle légale qui succède à une autre. Arg. art. 402. Il n'y aurait donc pas lieu à la tutelle légale des ascendants, si, le survivant s'étant fait excuser de la tutelle, il a été nommé un autre tuteur à sa place. Comprendrait-on d'ailleurs que la loi ordonnât la nomination d'un tuteur datif, à la place du père ou de la mère qui ne peut ou ne veut gérer la tutelle, pour le faire remplacer plus tard par les ascendants ? Il eût été bien plus simple d'appeler de suite ces derniers. De même, il n'y aurait pas lieu à la tutelle des ascendants, si, au moment de son décès, la mère n'était investie que d'une tutelle de fait, ayant perdu de droit la tutelle pour s'être remariée sans convoquer le conseil de famille conformément aux prescriptions de l'art. 395. Rennes, 21 juillet 1890, D., 91. 2. 162.

1017. A quels ascendants la tutelle est déférée. — Ce point est réglé par les art. 402, 403 et 404, ainsi conçus :

ART. 402. *Lorsqu'il n'a pas été choisi au mineur un tuteur par le dernier mourant de ses père et mère, la tutelle appartient de droit à son aïeul paternel ; à défaut de celui-ci, à son aïeul maternel, et ainsi en remontant, de manière que l'ascendant paternel soit toujours préféré à l'ascendant maternel du même degré.*

ART. 403. *Si, à défaut de l'aïeul paternel et de l'aïeul maternel du mineur, la concurrence se trouvait établie entre deux ascendants du degré supérieur qui appartenissent tous deux à la ligne paternelle du mineur, la tutelle passera de droit à celui des deux qui se trouvera être l'aïeul paternel du père du mineur.*

ART. 404. *Si la même concurrence a lieu entre deux bisaïeuls de la ligne maternelle, la nomination sera faite par le conseil de*

famille, qui ne pourra néanmoins que choisir l'un de ces deux ascendants.

On voit qu'entre deux ascendants inégaux en degré, la loi préfère le plus proche. Ainsi l'aïeul maternel sera tuteur par préférence au bisaïeul paternel.

Si le concours a lieu entre deux ascendants du même degré, il faut établir une distinction :

a. Sont-ce deux aïeuls? La tutelle appartiendra à l'aïeul paternel.

b. Si ce sont deux bisaïeuls, alors il faut sous-distinguer. Appartiennent-ils tous les deux à la ligne paternelle? La tutelle passera de droit à celui des deux qui se trouvera être l'aïeul paternel du père du mineur, c'est-à-dire à celui dont le mineur porte le nom. Il fallait bien choisir. La loi a considéré sans doute que la communauté de nom fortifie le lien qui existe entre le mineur et son bisaïeul : elle espère que ce bisaïeul aura plus de sollicitude pour l'enfant auquel il a transmis son nom en même temps que son sang — Si les deux bisaïeuls appartiennent l'un et l'autre à la ligne maternelle, alors le mineur ne porte le nom d'aucun d'eux, et la loi laisse au conseil de famille le soin de décider lequel des deux sera tuteur.

Observation. — Les ascendantes autres que la mère ne sont jamais tutrices de plein droit en vertu des dispositions de la loi. Elles devaient l'être d'après le projet; mais il fut modifié sur ce point. Berlier va nous en dire la raison. « Il eût été dangereux d'admettre de plein droit comme tutrices des personnes, en qui la faiblesse du sexe est jointe à la faiblesse de l'âge. C'est au conseil de famille ou au dernier mourant des père et mère à nommer l'ascendante qui est en état de porter le lourd fardeau de la tutelle ». On voit que, si les ascendantes ne sont jamais tutrices de plein droit, elles peuvent être nommées tutrices. C'est en effet ce qui résulte de l'art. 442-3°.

SECTION IV

DE LA TUTELLE DÉFÉRÉE PAR LE CONSEIL DE FAMILLE

1018. Dans le langage de la doctrine, on désigne souvent la tutelle déferée par le conseil de famille sous le nom de tutelle *dativè*.

I. Dans quels cas il y a lieu à la tutelle dative.

1019. « *Lorsqu'un enfant mineur et non émancipé restera sans père, ni mère, ni tuteur élu par ses père ou mère, ni ascendants mâles, comme aussi lorsque le tuteur de l'une des qualités ci-dessus exprimées se trouvera ou dans le cas des exclusions dont il sera parlé ci après, ou valablement excusé, il sera pourvu, par un conseil de famille, à la nomination d'un tuteur* ».

Ainsi il y a lieu à la tutelle déferée par le conseil de famille lorsqu'il n'existe pas de tuteur légitime ni de tuteur testamentaire, ou lorsque celui qui existe ne peut, pour une cause quelconque, commencer ou continuer la gestion de la tutelle.

C'est ce qui arrive dans les cas suivants :

1° Lorsque le survivant des père et mère est décédé sans avoir élu un tuteur, et qu'il n'existe pas d'ascendants *mâles* du mineur.

2° Lorsque le survivant des père et mère, le tuteur testamentaire, ou l'ascendant appelé en première ligne à la tutelle légale, se trouve incapable, exclu ou excusé (art.

405), ou bien encore lorsque la mère survivante refuse la tutelle (art. 394) : plus simplement, lorsque le tuteur légitime ou testamentaire ne peut ou ne veut, pour une cause quelconque, gérer la tutelle qui lui est déférée.

3° Lorsque les fonctions tutélaires cessent dans la personne du survivant des père et mère par toute autre cause que son décès; comme aussi lorsque le tuteur testamentaire, l'ascendant le plus proche ou le tuteur datif antérieurement désigné vient, après avoir géré la tutelle, à la perdre pour quelque motif que ce soit (arg. art. 405) : plus simplement lorsque le tuteur légitime, testamentaire ou datif cesse, par une cause quelconque, d'être tuteur avant que la tutelle ait pris fin quant au mineur (art. 405).

II. Du conseil de famille et de ses attributions.

1020. Nous devons l'institution du *conseil de famille* à notre ancien droit coutumier. Le conseil de famille est une assemblée composée de parents ou d'alliés du mineur, ou, à défaut, d'amis de son père ou de sa mère, et du juge de paix, qui en a la présidence.

Les attributions du conseil de famille sont assez nombreuses. Voici les principales :

1° Le conseil de famille est appelé, après la mort des père et mère, à exercer certains attributs de la puissance paternelle. V. notamment art. 160, 175, 361, 468, 478 et 485.

2° Il nomme le tuteur dans les cas exprimés par la loi.

3° Il nomme dans tous les cas le subrogé tuteur (art. 420).

4° Il prononce, quand il y a lieu, l'exclusion ou la destitution du tuteur ou du subrogé tuteur (art. 446 et 447).

5° Le conseil de famille forme, pendant tout le cours de la tutelle, une sorte de tribunal privé ou domestique, auquel doivent être soumises les affaires les plus importantes concernant la personne ou les biens du mineur. Ainsi le conseil de famille est appelé à régler le budget de la tutelle (art. 454); son autorisation est nécessaire pour vendre les immeubles du mineur ou les hypothéquer, pour emprunter au nom du mineur (art. 457), pour transiger (art. 467).

Mais le conseil de famille n'a pas le droit de faire exécuter ses décisions. C'est au tuteur qu'appartient le pouvoir exécutif de la tutelle.

Le conseil de famille n'est pas un corps permanent, constitué une fois pour toutes lors de l'ouverture de la tutelle et pour toute sa durée. Il y a lieu de le former à nouveau, d'après les règles qui seront ci-après exposées, toutes les fois qu'il est nécessaire de le convoquer. Il peut donc arriver qu'à de courts intervalles la composition du conseil de famille d'un mineur se trouve profondément modifiée, par exemple parce que de proches parents, qui habi-

taient la commune où doit être formé le conseil, vont se fixer au loin, ou parce que de proches parents qui habitaient au loin viennent se fixer dans la commune. Cpr. Dijon, 14 janv. 1891, D., 91. 2. 223.

1021. Où doit être formé le conseil de famille. — Le conseil de famille doit être formé au lieu de l'ouverture de la tutelle. Argument de ces mots de l'art. 407 : « dans la commune où la tutelle sera ouverte ». Reste à savoir où s'ouvre la tutelle. Il faut répondre : au lieu où le mineur était domicilié lors de l'ouverture de la tutelle, c'est-à-dire dans la commune où ses père et mère avaient alors leur domicile (arg. art. 108). C'est là qu'est situé, comme on le dit dans la doctrine, le *domicile de la tutelle*.

1022. Le domicile doit être considéré comme immuable pendant tout le cours de la tutelle. Le domicile du mineur pourra bien changer, car il est lié à celui de son tuteur, dont il suit les vicissitudes (art. 108); mais le domicile de la tutelle ne changera pas pour cela : il demeurera invariablement fixé au lieu où la tutelle s'est ouverte, et c'est là qu'il y aura lieu de réunir le conseil de famille toutes les fois qu'il sera nécessaire de le convoquer pendant le cours de la tutelle. Ainsi le veut l'art. 407, qui dit, dans les termes les plus généraux, que le conseil de famille sera formé « dans la commune où la tutelle sera ouverte ». L'art. 406, il est vrai, paraît s'attacher, au *domicile du mineur*; mais entendez par là le domicile qu'il avait lors de l'ouverture de la tutelle; c'est d'ailleurs le seul moyen de mettre d'accord les art. 406 et 407. Ainsi l'exige souvent l'intérêt du mineur; car si le domicile de la tutelle se déplaçait avec le domicile du mineur, il arriverait souvent que le conseil de famille devrait être formé dans une commune éloignée où le tuteur aurait transporté son domicile, et où on ne trouverait ni parents ou alliés du mineur ni amis de ses père et mère. Il pourrait même arriver que le tuteur déplaçât son domicile, pour se soustraire à l'autorité et au contrôle d'un conseil de famille qui le gêne. Ces inconvénients ne peuvent être évités qu'en admettant l'immuabilité du domicile de la tutelle. — La jurisprudence est en ce sens. Elle paraît toutefois incliner à considérer la formation du conseil de famille comme régulière dans la commune où le tuteur est domicilié, toutes les fois qu'aucune fraude n'est alléguée, et que d'ailleurs les intérêts du mineur n'ont pas été lésés. Dans la doctrine il y a un grand nombre d'opinions divergentes.

1023. De la composition du conseil de famille. Il y a normalement *sept membres* dans un conseil de famille, savoir : six parents ou alliés du mineur, plus le juge de paix président de l'assemblée. *Sept membres* : nombre impair, ce qui rend le partage plus difficile, mais non impossible cependant, ainsi qu'on le verra plus loin. Le juge de paix doit prendre part aux délibérations du conseil et voter; la loi lui reconnaît même une autorité plus grande qu'aux autres membres, puisqu'elle lui donne voix prépondérante en cas de partage (art. 416).

C'est le juge de paix qui est chargé de la formation du conseil de famille, c'est-à-dire de la désignation des personnes qui doivent le composer. Les art. 407 et suivants déterminent les règles à observer pour procéder à cette opération.

Aux termes de l'art. 407 : « *Le conseil de famille sera composé,*

» non compris le juge de paix, de six parents ou alliés, pris tant
 » dans la commune où la tutelle sera ouverte que dans la distance
 » de deux myriamètres, moitié du côté paternel, moitié du côté
 » maternel, et en suivant l'ordre de proximité dans chaque ligne.
 » — Le parent sera préféré à l'allié du même degré; et parmi
 » les parents de même degré, le plus âgé à celui qui le sera le
 » moins ».

= Moitié du côté paternel, moitié du côté maternel. Les deux lignes de parenté du mineur auront ainsi une représentation égale dans le conseil de famille.

= Pris tant dans la commune où la tutelle sera ouverte que dans la distance de deux myriamètres. En prenant les parents qui se trouvent à une plus grande distance, on les aurait obligés à des voyages coûteux, dont les frais seraient retombés en définitive à la charge du mineur dans l'intérêt duquel ils sont faits.

Ce motif prouve que, pour déterminer quels sont les parents ou alliés situés dans le rayon légal, il faut avoir égard à leur résidence plutôt qu'à leur domicile. N'est-ce pas d'ailleurs ce qui résulte des termes de l'art. 407 qui parle de parents ou d'alliés « pris... dans la commune... », et de l'art. 409 qui suppose le cas où les parents ou alliés de l'une ou l'autre ligne se trouveraient en nombre insuffisant « sur les lieux ». Il est vrai que ce même article, dans sa deuxième partie, semble avoir égard au domicile (argument des mots « domiciliés à de plus grandes distances »); même langage dans l'art. 410 où on lit : « ... à quelque distance qu'ils soient domiciliés... » Mais rien ne prouve que le législateur ait pris ici le mot *domicile* dans son sens technique : vraisemblablement il l'a employé comme synonyme de *résidence*.

1024. Dans quelques cas particuliers indiqués par l'art. 408, le conseil de famille peut comprendre plus de six parents ou alliés :
 « Les frères germains du mineur et les maris des sœurs germaines
 » sont seuls exceptés de la limitation de nombre posée en l'article
 » précédent. — S'ils sont six, ou au-delà, ils seront tous membres
 » du conseil de famille, qu'ils composeront seuls avec les veuves
 » d'ascendants et les ascendants valablement excusés, s'il y en a. —
 » S'ils sont en nombre inférieur, les autres parents ne seront appelés
 » que pour compléter le conseil ».

Les frères *germains* du mineur sont ceux qui ont le même père et la même mère que lui, par opposition aux frères *consanguins* qui ont le même père et une mère différente, et aux frères *utérins* qui ont la même mère et un père différent (*supra* n. 409).

En vertu du privilège du double lien qui les unit au mineur, la loi a voulu que ses frères germains (et aussi les maris de ses sœurs germaines, ou beaux-frères germains) fussent tous appelés, s'ils sont majeurs bien entendu, à faire partie du conseil de famille, alors même qu'ils seraient au nombre de plus de six, contrairement à la règle formulée par l'art. 407.

Une exception analogue a été admise en ce qui concerne les ascendants, et les ascendantes veuves, qui doivent être appelés au conseil de famille avec les frères et beaux-frères germains, quel

que soit d'ailleurs le nombre de ceux-ci, et quel que soit le chiffre auquel leur présence doit porter le nombre des membres du conseil de famille.

Au surplus, il y a deux inexactitudes à relever dans l'art. 408.

D'abord la loi a tort de ne parler que des ascendants *valablement excusés* ; il est clair qu'il y aurait lieu d'admettre aussi au conseil de famille les ascendants, qui n'ont pas eu à se faire excuser de la tutelle parce qu'ils n'y étaient pas appelés ; ce qui peut arriver dans le cas où la tutelle est gérée par le survivant des père et mère ou par le tuteur du choix du dernier mourant. Peut-être la loi n'a-t-elle parlé que des ascendants valablement excusés, par opposition aux ascendants exclus ou destitués de la tutelle, qui ne peuvent faire partie du conseil de famille (art. 445).

D'autre part, les termes employés par la loi trahissent certainement sa pensée, quand elle appelle à faire partie du conseil de famille « les veuves d'ascendants », expressions qui comprendraient, s'il fallait les prendre à la lettre, la deuxième femme d'un ascendant décédé, qui n'est pas parente du mineur, mais seulement alliée de celui-ci. Il aurait fallu dire : *les ascendantes veuves*. L'historique de la confection de la loi ne laisse aucun doute sur ce point.

1025. Aux termes de l'art. 409 : « *Lorsque les parents ou alliés de l'une ou de l'autre ligne se trouveront en nombre insuffisant sur les lieux, ou dans la distance désignée par l'article 407, le juge de paix appellera, soit des parents ou alliés domiciliés à de plus grandes distances, soit, dans la commune même, des citoyens connus pour avoir eu des relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère du mineur* ».

= *De l'une ou de l'autre ligne.* Le juge de paix ne pourrait pas compléter le contingent d'une ligne avec des parents ou des alliés empruntés à l'autre ligne, car l'équilibre voulu par la loi se trouverait rompu. Ainsi, dans la zone fixée par l'art. 407, il n'y a que deux parents ou alliés paternels du mineur, mais on y trouve un grand nombre de parents maternels. Pour compléter le contingent de la ligne paternelle, le juge de paix ne pourra pas appeler un parent maternel ; il devra prendre soit un parent paternel en dehors de la zone légale, soit, dans la commune même, un ami du père ou de la mère du mineur.

D'ailleurs, quand un parent appartient aux deux lignes (parent germain), le juge de paix peut indifféremment le compter dans l'une ou dans l'autre ; ainsi un conseil de famille pourrait être composé de trois frères germains et de trois parents maternels. La jurisprudence est en ce sens.

Enfin, aux termes de l'art. 410 : « *Le juge de paix pourra, lors même qu'il y aurait sur les lieux un nombre suffisant de parents ou alliés, permettre de citer, à quelque distance qu'ils soient domiciliés, des parents ou alliés plus proches en degrés ou de mêmes degrés que les parents ou alliés présents ; de manière toutefois que cela s'opère en retranchant quelques-uns de ces derniers, et sans excéder le nombre réglé par les précédents articles* ».

Le juge de paix usera de cette faculté, lorsqu'il le jugera utile pour les intérêts du mineur. Remarquez qu'il ne peut appeler les parents résidant en dehors de la zone légale qu'autant qu'ils ne sont pas d'un degré plus éloigné que les parents qui se trouvent dans cette zone.

1025 bis. La loi n'ayant pas attaché par une disposition expresse la sanction de la nullité à l'inobservation des règles relatives à la composition du conseil de famille, il y a lieu de faire l'application de la théorie des nullités virtuelles. Le juge a donc toute latitude

pour apprécier si une assemblée irrégulièrement composée représente suffisamment les intérêts du mineur ou de l'interdit. Il se préoccupera surtout de rechercher si l'irrégularité qui lui est signalée est le résultat de la fraude. Jurisprudence constante en ce sens. Chambéry, 19 janvier 1886, D., 87. 2. 161, S., 88. 2. 16.

1026. De la convocation du conseil de famille. — Il faut nécessairement, pour convoquer le conseil de famille, une ordonnance ou une autorisation du juge de paix.

Le juge de paix peut ordonner ou autoriser la convocation du conseil de famille soit d'office, soit sur dénonciation, soit sur réquisition.

D'office, lorsqu'il prend lui-même l'initiative de la convocation. Il a ce droit dans les cas exprimés par la loi : notamment lorsqu'il s'agit de nommer, de remplacer ou de destituer soit le tuteur, soit le subrogé tuteur (arg. art. 406, 421 et 446).

Et outre, on admet généralement que le juge de paix peut convoquer d'office le conseil de famille, toutes les fois qu'il le croit utile aux intérêts du mineur.

Sur dénonciation, lorsque le fait qui donne lieu à la convocation du conseil de famille est dénoncé, c'est-à-dire signalé au juge de paix, par quelqu'un qui n'a pas qualité pour requérir la convocation. Le juge de paix ordonne alors la convocation du conseil de famille, s'il le juge à propos.

Sur réquisition, lorsque la convocation est *requise* par quelqu'un à qui la loi donne ce droit. Le juge de paix n'est pas obligé de déférer à une dénonciation, mais il est obligé de déférer à une réquisition.

Les trois modes de convocation dont il vient d'être parlé sont signalés dans l'art. 406, qui indique en même temps les personnes auxquelles appartient le droit de *requérir* la convocation du conseil, au cas particulier où il s'agit de faire nommer un tuteur au mineur : « *Ce conseil sera convoqué soit sur la réquisition et à la diligence des parents du mineur, de ses créanciers ou d'autres parties intéressées, soit même d'office et à la poursuite du juge de paix du domicile du mineur. Toute personne pourra dénoncer à ce juge de paix le fait qui donnera lieu à la nomination d'un tuteur* ». Voyez aussi les art. 421, 424 et 446.

Il est de jurisprudence que le ministère public ne peut pas *requérir* la convocation du conseil de famille ; il peut seulement, comme tout autre, *dénoncer* au juge de paix le fait qui donne lieu à cette convocation.

1027. Régulièrement, chaque membre du conseil de famille doit être convoqué au moyen d'une citation notifiée par un huissier (arg. art. 411). Les citations peuvent être conçues soit au nom du juge de paix, soit au nom de celui qui requiert la convocation du conseil.

Toutefois, dans la pratique, afin d'éviter des frais, qui retombent en définitive à la charge du mineur, la convocation du conseil de famille se fait le plus souvent par simples lettres. Mais ce mode de convocation, n'étant pas légal, ne ferait pas encourir aux défaillants l'amende édictée par l'art. 413. Aussi le juge de paix, qui prévoit la négligence ou la mauvaise volonté de quelque membre du conseil de famille, agira-t-il prudemment en lui faisant donner une citation régulière.

Aux termes de l'art. 411 : « *Le délai pour comparaitre sera réglé par le juge de paix à jour fixe, mais de manière qu'il y ait toujours, entre la citation notifiée et le jour indiqué pour la réunion*

» du conseil, un intervalle de trois jours au moins, quand toutes les
 » parties citées résideront dans la commune, ou dans la distance de
 » deux myriamètres. — Toutes les fois que, parmi les parties citées,
 » il s'en trouvera de domiciliées au-delà de cette distance, le délai
 » sera augmenté d'un jour par trois myriamètres ». Le délai supplé-
 mentaire à raison de la distance n'est plus aujourd'hui que d'un
 jour pour cinq myriamètres (C. pr., art. 1033, modifié par la loi
 du 3 mai 1862).

L'art. 412 ajoute : « Les parents, alliés ou amis, ainsi convoqués,
 » seront tenus de se rendre en personne, ou de se faire représenter
 » par un mandataire spécial. — Le fondé de pouvoir ne peut
 » représenter plus d'une personne ».

= Par un mandataire spécial. Mais la loi n'exige pas une procu-
 ration authentique.

= Le fondé de pouvoir ne peut représenter plus d'une personne.
 Autrement il aurait pu arriver que le conseil tout entier se trouvât
 représenté par une seule et même personne.

Du principe que le mandataire ne peut représenter qu'une seule personne au conseil de
 famille, résulte cette conséquence qu'un membre du conseil de famille ne peut pas être
 le mandataire d'un autre membre. Autrement la même personne jouerait un double rôle
 dans le conseil, où elle figurerait pour son compte, d'une part, et pour le compte du man-
 dant, d'autre part.

D'un autre côté, un membre du conseil de famille ne peut désigner comme mandataire
 qu'une personne ayant la capacité requise pour faire partie d'une pareille assemblée. Le
 mandat dont il s'agit ne pourrait donc pas être confié à une femme ou à un mineur (arg.
 art. 442-1^o et 3^o). N'objectez pas qu'aux termes de l'art. 1990 les femmes et les mineurs
 peuvent être choisis pour mandataires. En effet cette règle n'a été écrite évidemment
 qu'en vue du mandat donné dans l'intérêt du mandant.

« Tout parent, allié ou ami, convoqué, et qui, sans excuse légitime, ne comparaitra
 » point, encourra une amende qui ne pourra excéder cinquante francs, et sera pronon-
 » cée sans appel par le juge de paix » (art. 413). — La loi n'indique pas le minimum de
 l'amende; il est donc laissé à la discrétion du juge de paix, qui toutefois ne peut pas des-
 cendre au-dessous d'un franc.

On sait que cette amende ne peut être prononcée que contre un membre régulièrement
 convoqué.

« S'il y a excuse suffisante, et qu'il convienne, soit d'attendre le membre absent, soit
 » de le remplacer; en ce cas, comme en tout autre où l'intérêt du mineur semblera
 » l'exiger, le juge de paix pourra ajourner l'assemblée ou la proroger » (art. 414).

Ajourner l'assemblée, c'est la renvoyer à une époque indéterminée. Une nouvelle con-
 vocation sera nécessaire pour indiquer l'époque de la réunion.

La proroger, c'est la renvoyer à une époque déterminée, à huitaine par exemple. Dans
 ce cas, une nouvelle convocation n'est pas nécessaire.

**1028. Du lieu où se tiennent les séances du conseil de famille
 et de la manière dont il vote.** — « Cette assemblée se tiendra de
 » plein droit chez le juge de paix, à moins qu'il ne désigne lui-même
 » un autre local. La présence des trois quarts au moins de ses mem-
 » bres convoqués sera nécessaire pour qu'elle délibère » (art. 415).

= *Des trois quarts au moins de ses membres convoqués.* Le juge de paix n'étant pas un membre convoqué, puisque c'est lui qui convoque, ne doit pas être compris dans ce calcul. C'est précisément pour l'en exclure que le mot *convoqués* a été ajouté après coup dans le texte de la loi, sur les observations du tribunal. Maintenant, le nombre des membres convoqués étant normalement de six, il en résulte que cinq au moins devront être présents pour que la délibération puisse avoir lieu. Quatre seulement représenteraient un nombre inférieur aux trois quarts de six.

Les résolutions du conseil de famille se prennent à la majorité *absolue* des suffrages exprimés par les membres présents à la délibération, c'est-à-dire à la majorité de la moitié des voix plus une. Tel est le droit commun pour les assemblées délibérantes. L'opinion qui considère une majorité *relative* comme suffisante, doit être rejetée. Ainsi, dans un conseil de famille composé de sept membres, trois votent dans un sens, et les quatre autres, chacun dans un sens différent. L'opinion qui compte trois voix n'a pas la majorité pour elle, puisqu'elle a quatre voix contre elle. La majorité relative n'est qu'une majorité *fictive*, et, pour qu'elle pût fixer la décision de l'assemblée, un texte de loi serait nécessaire; or ce texte n'existe pas.

* Mais alors comment se tirera-t-on d'embarras, quand il se sera formé plus de deux opinions dans le sein du conseil de famille, et qu'aucune n'aura pour elle la majorité absolue? Il y a sur ce point lacune dans la loi; et si l'on est d'accord sur ce point qu'il faut nécessairement la combler, on est loin de s'entendre sur le moyen à employer pour parvenir à ce but. Voici les deux principaux qui ont été proposés.

* Le premier consiste à appliquer par analogie les règles écrites dans l'art. 117 du code de procédure civile ainsi conçu : « S'il se forme plus de deux opinions, les juges plus faibles en nombre seront tenus de se réunir à l'une des deux opinions qui auront été émises par le plus grand nombre; toutefois ils ne sont tenus de s'y réunir qu'après que les voix auront été recueillies une seconde fois ». Mais il y a une objection grave contre cette solution : l'art. 117 contient une exception aux règles du droit commun; or les exceptions ne s'étendent pas d'un cas à un autre.

* La deuxième moyen consiste dans la formation d'un nouveau conseil de famille dont le juge de paix éliminera les membres récalcitrants. Mais on ne peut se dissimuler que ce moyen conduira souvent à une composition illégale du conseil de famille, qui pourra bien ne plus se trouver formé selon les prescriptions des art. 407 et s.

En cas de partage, c'est-à-dire quand il se forme dans le sein du conseil deux opinions ayant le même nombre de voix, c'est l'opinion qui a pour elle le suffrage du juge de paix qui l'emporte. En effet, aux termes de l'art. 416 : « *Le conseil de famille sera présidé par le juge de paix, qui y aura voix délibérative, et prépondérante en cas de partage* ». Ainsi, dans une assemblée composée de sept frères germains du mineur appelés à voter pour la nomination d'un tuteur à ce mineur, quatre votent pour tel tuteur, les trois autres et le juge de paix pour tel autre tuteur; c'est cette dernière opinion qui l'emportera.

1028 bis. Les délibérations du conseil de famille peuvent en principe être l'objet d'un recours devant le tribunal. L'art. 883 C. pr. indique par quelles personnes ce recours peut être exercé : « *Toutes les fois que les délibérations du conseil de famille ne seront pas unanimes, l'avis de chacun des membres qui le composent sera mentionné dans le*

procès-verbal. Les tuteur, subrogé tuteur ou curateur, même les membres de l'assemblée, pourront se pourvoir contre la délibération; ils formeront leur demande contre les membres, qui auront été d'avis de la délibération, sans qu'il soit nécessaire d'appeler en conciliation ». Sont susceptibles de recours même les délibérations soumises à l'homologation du tribunal. Le texte laisse quelque doute sur le point de savoir si le recours est possible contre les délibérations prises à l'unanimité.

La délibération peut être attaquée soit pour vice de forme, soit quant au fond.

Pour vice de forme, lorsque les formes prescrites par la loi n'ont pas été observées, par exemple si l'assemblée n'a pas été composée régulièrement, si les trois quarts au moins des membres convoqués n'ont pas pris part à la délibération, si la délibération n'a pas été prise à la majorité absolue des suffrages exprimés...

Quant au fond, c'est-à-dire sur le fondement du préjudice que la décision porte aux intérêts du mineur.

Toutefois le principe que les délibérations du conseil de famille peuvent être attaquées quant au fond souffre, d'après certains auteurs, une exception importante relativement aux décisions que prend le conseil de famille comme exerçant le pouvoir domestique au lieu et place des père et mère. On applique cette exception à la délibération par laquelle le conseil de famille accorde ou refuse son consentement au mariage du mineur, à celle par laquelle il statue sur son émancipation. Ces décisions, dit-on, ne sont pas plus susceptibles de recours que ne le serait la décision du père ou de la mère que le conseil de famille remplace. On étend l'exception aux nominations de tuteur et de subrogé tuteur et à la décision par laquelle le conseil de famille statue sur la tutelle de la mère qui se remarie (art. 395 et 396). Rouen, 27 juillet 1891, S., 92. 2. 53. D'ailleurs, en supposant que le tribunal devant lequel le recours serait formé pût annuler la nomination faite par le conseil de famille, il n'aurait certainement pas le droit, tout le monde l'admet, de nommer lui-même un autre tuteur à la place de celui désigné par le conseil. Le tribunal devrait ordonner une nouvelle convocation du conseil de famille pour la nomination d'un autre tuteur et, si le conseil de famille persistait dans ses vues, on se trouverait en présence d'un conflit sans issue. Ces motifs sont graves. On peut se demander cependant s'ils sont suffisants pour contrebalancer l'argument que l'opinion adverse tire de la généralité des termes de l'art. 883 C. pr.

III. Du protuteur.

1029. « *Quand le mineur, domicilié en France, possèdera des biens dans les colonies, ou réciproquement, l'administration spéciale de ces biens sera donnée à un protuteur. — En ce cas, le tuteur et le protuteur seront indépendants, et non responsables l'un envers l'autre pour leur gestion respective* ». Ainsi s'exprime l'art. 417.

Le protuteur est donc un tuteur aux biens des colonies, quand le mineur auquel ces biens appartiennent est domicilié en France, et, réciproquement, aux biens de France, quand le mineur propriétaire de ces biens est domicilié dans les colonies. Dans l'un et l'autre cas, la nomination d'un protuteur est obligatoire. Le texte est impératif : « l'administration... sera donnée à un protuteur ». La volonté du législateur est d'autant moins douteuse que le mot *sera* a été substitué aux mots *pourra être* qui figuraient dans la rédaction primitive de l'article.

Le protuteur est un véritable tuteur. Concluons-en : 1° qu'il y a

lieu de lui nommer un subrogé tuteur (arg. art. 420); 2° que ses biens sont grevés de l'hypothèque légale de l'art. 2121; 3° qu'il est soumis aux incapacités dont sont frappés les tuteurs, notamment à celle qu'édicte l'art. 907.

La protutelle constituant une exception au principe de l'unité de l'administration tutélaire, la disposition législative qui l'organise doit, comme toutes celles qui dérogent au droit commun, être interprétée restrictivement. Or, l'art. 417 exige, pour qu'il y ait lieu à la nomination d'un protuteur, que le mineur domicilié en France ait des biens situés *dans les colonies*, ou réciproquement. Il ne suffirait donc pas que le mineur eût des biens *d'outre-mer*. Cette expression, qui figurait dans le projet, a été remplacée à dessein par les mots *biens des colonies*. Ainsi il n'y aurait pas lieu à la nomination d'un protuteur, si le mineur domicilié en France avait des biens en Corse, ou réciproquement.

Il est même difficile d'admettre, quoique cela paraisse cependant bien rationnel, qu'il puisse y avoir lieu à la nomination d'un protuteur, lorsque le mineur domicilié en France possède des biens situés en pays étranger, par exemple en Angleterre ou en Russie. La loi dit : *dans les colonies*.

Le protuteur n'est pas un *substitut* du tuteur. Sa gestion est indépendante de celle du tuteur, et celui-ci n'en est pas responsable. De même, en sens inverse, le protuteur ne répond pas de la gestion du tuteur.

La loi ne désigne en aucun cas le protuteur de plein droit; il n'y a donc pas de protuteur légal. Par qui sera-t-il nommé? On doit admettre, dans le silence de la loi, qu'il peut être nommé par ceux qui ont qualité pour nommer le tuteur, c'est-à-dire par le dernier mourant des père et mère ou par le conseil de famille.

IV. *Quand commence et quand finit pour le tuteur ou pour le protuteur l'obligation de gérer.*

1030. « *Le tuteur agira et administrera, en cette qualité, du jour de sa nomination, si elle a lieu en sa présence : sinon, du jour qu'elle lui aura été notifiée* » (art. 418). Ce texte paraît ne s'occuper que du tuteur datif. En ce qui concerne le tuteur légitime ou le tuteur testamentaire, il y a lieu de décider par analogie qu'il est tenu d'administrer à partir du jour où il a eu connaissance de l'événement qui l'investit de la tutelle.

« *La tutelle est une charge personnelle qui ne passe point aux héritiers du tuteur. Ceux-ci seront seulement responsables de la gestion de leur auteur; et, s'ils sont majeurs, ils seront tenus de la continuer jusqu'à la nomination d'un nouveau tuteur* » (art. 419).

La gestion intérimaire, que la loi confie aux héritiers du tuteur décédé, en attendant la nomination d'un nouveau tuteur, n'est pas une tutelle. De là on doit conclure : 1° qu'il n'est pas nécessaire, pour être astreint à cette gestion, d'avoir la capacité requise pour être tuteur : ainsi les femmes, qui sont incapables d'être tutrices, ne sont pas pour cela dispensées de la gestion dont il s'agit; 2° que celui auquel incombe cette gestion n'est

pas grevé de l'hypothèque légale de l'art. 2121 : 3° qu'il n'est pas soumis aux incapacités dont la loi frappe les tuteurs.

SECTION V

DU SUBROGÉ TUTEUR

1031. C'est encore à notre ancien droit coutumier qu'a été empruntée l'institution du subrogé tuteur, auquel appartient, avec le conseil de famille, le contrôle de la tutelle. « *Dans toute tutelle,* » dit l'art. 420, *il y aura un subrogé tuteur, nommé par le conseil de famille.* — *Ses fonctions consisteront à agir pour les intérêts du mineur, lorsqu'ils seront en opposition avec ceux du tuteur.* »

= *Dans toute tutelle.* Donc non seulement dans la tutelle ordinaire, mais aussi dans la protutelle (art. 417, et dans la tutelle officieuse. Mais il n'y a pas lieu, suivant l'opinion générale, à la nomination d'un subrogé tuteur dans la tutelle *ad hoc*, qui n'est pas une véritable tutelle.

1032. Fonctions du subrogé tuteur. — Le subrogé tuteur doit :

1° Agir pour le mineur quand ses intérêts sont en opposition avec ceux du tuteur (art. 420), comme il arrive par exemple, si le mineur et le tuteur se trouvent intéressés dans un même partage ou si un procès éclate entre eux. Nous trouvons une autre application de ce principe dans l'art. 430. Le tuteur veut prendre à ferme un bien de son pupille, et il obtient à cet effet l'autorisation du conseil de famille; le subrogé tuteur représentera le mineur dans le contrat de bail : c'est lui qui passera bail au tuteur, comme le dit l'art. 430. En effet le tuteur, figurant au contrat comme preneur en son nom personnel, ne peut pas y figurer en outre comme bailleur au nom du mineur; autrement il y aurait à craindre que, confiés à son adversaire, les intérêts du mineur ne fussent sacrifiés. V. aussi art. 2143.

2° Surveiller la gestion du tuteur. C'est ce que l'on peut induire de l'art. 470 qui permet au conseil de famille d'obliger le tuteur à remettre au subrogé tuteur, au plus une fois par an, des états de situation de sa gestion. V. aussi art. 431 et 432, et loi du 27 février 1880 art. 7. Si le subrogé tuteur acquiert la conviction qu'il y a infidélité dans la gestion du tuteur, il doit provoquer sa destitution (art. 446).

3° Provoquer la nomination d'un nouveau tuteur, quand la tutelle devient vacante. L'art. 424 dit à ce sujet : « *Le subrogé tuteur ne remplacera pas de plein droit le tuteur, lorsque la tutelle deviendra vacante, ou qu'elle sera abandonnée par absence; mais il devra, en ce cas, sous peine des dommages-intérêts qui pourraient en résulter pour le mineur, provoquer la nomination d'un nouveau tuteur.* »

= *Sous peine des dommages-intérêts.* D'une manière générale, le subrogé tuteur est passible de dommages et intérêts pour le préjudice qu'il cause au mineur en ne remplissant pas ou en remplissant mal ses fonctions. Les art. 1442 et 2137 contiennent des applications de ce principe.

1033. Nomination du subrogé tuteur. — Le subrogé tuteur est toujours nommé par le conseil de famille (art. 420). Le dernier mourant des père et mère peut bien nommer un tuteur, mais non le subrogé tuteur qui doit le surveiller. La loi elle-même ne désigne jamais de sa propre autorité le subrogé tuteur, sauf peut-être dans le cas de l'art. 393.

Comment le conseil de famille sera-t-il mis à même de procéder à la nomination du subrogé tuteur? La réponse se trouve dans les deux textes qui suivent :

ART. 421 al. 1. *Lorsque les fonctions de tuteur seront dévolues à une personne de l'une des qualités exprimées aux sections I, II et III du présent chapitre, ce tuteur devra, avant d'entrer en fonctions, faire convoquer, pour la nomination du subrogé tuteur, un conseil de famille, composé comme il est dit dans la section IV.*

ART. 422. *Dans les autres tutelles la nomination du subrogé tuteur aura lieu immédiatement après celle du tuteur.*

Ainsi, s'agit-il d'une tutelle déférée par le conseil de famille. Le conseil procédera à la nomination du subrogé tuteur, aussitôt après avoir nommé le tuteur; le tout se fera en une même séance

Et toutefois, si le tuteur a été choisi parmi les membres du conseil de famille, il sera souvent impossible de satisfaire à la prescription de l'art. 422, à cause de la disposition de l'art. 423 (*infra* n. 1034) qui ne permet pas au tuteur de voter pour la nomination du subrogé tuteur. En effet, le tuteur écarté, l'assemblée ne sera peut-être plus en nombre suffisant pour délibérer. Il faudra alors convoquer une nouvelle assemblée.

S'agit-il au contraire d'une autre tutelle, c'est-à-dire d'une légitime ou testamentaire? Alors le conseil de famille devra être convoqué dans le plus bref délai par les soins du tuteur lui-même, pour procéder à la nomination du subrogé tuteur. — La loi se montre sévère pour le tuteur qui ne satisferait pas à cette obligation : « *S'il s'est ingéré dans la gestion avant d'avoir rempli cette formalité, le conseil de famille, convoqué, soit sur la réquisition des parents, créanciers ou autres parties intéressées, soit d'office par le juge de paix, pourra, s'il y a eu dol de la part du tuteur, lui retirer la tutelle, sans préjudice des indemnités dues au mineur* » (art. 421 al. 2).

1034. Le subrogé tuteur étant chargé de contrôler l'administration tutélaire, la loi ne veut pas qu'il puisse être l'homme du choix du tuteur. Aussi l'art. 423 1^{re} partie dispose-t-il : « *En aucun cas le tuteur ne votera pour la nomination du subrogé tuteur* ».

D'un autre côté, le subrogé tuteur étant chargé de représenter le mineur lorsque les intérêts de celui-ci sont en opposition avec ceux du tuteur (art. 420), il importe qu'il n'y ait pas communauté d'intérêts entre le tuteur et le subrogé tuteur; autrement, quand les intérêts du mineur seraient opposés à ceux du tuteur, ils le seraient également à ceux du subrogé tuteur, et le mineur ne pourrait trouver un représentant impartial, ni dans son tuteur, ni dans son subrogé tuteur. Pour cela, il faut que le tuteur et le subrogé tuteur ne soient pas parents du mineur dans la même ligne; car les parents d'une même ligne ont ordinairement des intérêts communs. Aussi l'art. 423 dispose-t-il dans sa deuxième partie que le subrogé tuteur « sera pris, hors le cas de frères germains, dans celle des » deux lignes à laquelle le tuteur n'appartiendra point ». Ainsi, au cas où le tuteur est un parent paternel du mineur, le conseil de famille ne pourra pas nommer subrogé tuteur un autre parent paternel.

Toutefois le législateur exprime mal sa pensée, en disant que le subrogé tuteur sera pris dans celle des deux lignes à laquelle le tuteur n'appartiendra pas. D'abord il est impossible de satisfaire à cette exigence lorsqu'il n'existe pas, dans la ligne à laquelle n'appartient point le tuteur, de parent en état de remplir les fonctions de subrogé tuteur. Et d'autre part, en existât-il, le conseil de famille pourrait certainement, pour le plus grand intérêt du mineur, nommer un étranger. Il aurait donc fallu se borner à dire que le subrogé tuteur ne peut pas être pris dans la ligne de parenté à laquelle appartient le tuteur. Si cette règle n'avait pas été observée, la nomination du subrogé tuteur serait nulle.

1035. La règle toutefois comporte une exception, que la loi formule en ces termes quelque peu obscurs : « hors le cas de frères germains ». Il faut les entendre en ce sens que, lorsque le mineur et son tuteur sont frères germains, le conseil de famille peut choisir pour subrogé tuteur, soit un autre frère germain, soit un parent de la ligne paternelle ou de la ligne maternelle du mineur.

On peut justifier cette explication de la manière suivante. Lorsque le tuteur est un frère germain du mineur, l'application de la règle, que le subrogé tuteur ne peut pas être pris dans la ligne de parenté à laquelle appartient le tuteur, conduirait nécessairement à déférer la subrogée tutelle à un étranger, puisque le tuteur appartient aux deux lignes de parenté. Mais comme, d'une part, l'intérêt du mineur exige que l'on confie autant que possible la subrogée tutelle à un parent, dont on peut attendre plus de dévouement que d'un étranger, et comme, d'autre part, la subrogée tutelle est avant tout une charge de famille et qu'à ce titre elle ne doit retomber sur des étrangers qu'à défaut de parents, la loi déroge ici à la règle par ces mots « hors le cas de frères germains », qui signifient : *hors le cas où le mineur et son tuteur sont frères germains*. La règle cessera donc alors de s'appliquer, c'est-à-dire que le conseil de famille aura le droit de choisir le subrogé tuteur parmi les parents de la ligne à laquelle le tuteur appartient. Ainsi il pourra nommer subrogé tuteur soit un autre frère germain du mineur, ce que tout le monde admet, (car alors les deux lignes de parenté du mineur seront, suivant le vœu de la loi, également représentées à la tutelle et à la subrogée tutelle), soit un parent paternel ou maternel, ce que quelques-uns contestent, sur ce fondement que l'équilibre voulu par la loi sera rompu, les deux lignes de parenté du mineur se trouvant représentées à la tutelle, et une seule à la subrogée tutelle.

Quoi qu'il en soit sur le point qui précède, l'exception, établie par la loi pour le cas de frères germains, ne devrait pas être étendue aux autres parents qui appartiennent aux deux lignes. *Exceptio est strictissimæ interpretationis*. Il est même douteux qu'on puisse l'étendre, conformément à l'opinion générale, aux maris des sœurs germaines du mineur, c'est-à-dire à ses alliés au degré de frères germains.

1036. Quand cesse la subrogée tutelle. — « *Les fonctions du subrogé tuteur cesseront à la même époque que la tutelle* » (art. 425).

Ce texte signifie que les fonctions du subrogé tuteur cessent lorsque le mineur cesse d'être en tutelle, ou en d'autres termes lorsque la tutelle prend fin quant au mineur, *ex parte minoris* : ce qui peut arriver par sa mort, par sa majorité ou par son émancipation. La subrogée tutelle n'étant qu'un rouage de la tutelle, disparaît nécessairement quand il n'y a plus de tutelle. Mais si la tutelle prenait fin quant au tuteur, *ex parte tutoris*, sans prendre fin quant au mineur, ce qui peut arriver notamment par la mort, par l'absence ou par la destitution du tuteur, les fonctions du subrogé tuteur ne cesseraient pas. La preuve en est dans l'art. 424, qui ordonne en pareil cas au subrogé tuteur de provoquer la nomination d'un nouveau tuteur. C'est le conseil de famille qui nommera ce nouveau tuteur. Il peut choisir le subrogé tuteur ; mais celui-ci ne devient pas tuteur de plein droit quand la tutelle est vacante : il doit seulement faire les actes urgents de la tutelle, en attendant la nomination du nouveau tuteur. En supposant que le conseil de famille confie la tutelle à un autre qu'au subrogé tuteur, celui-ci conservera ses fonctions, s'il n'appartient pas à la même ligne de parenté que le nouveau tuteur. Dans le cas contraire, il y aurait lieu de procéder à son remplacement.

1037. Enfin, aux termes de l'art. 426 : « *Les dispositions contenues dans les sections VI et VII du présent chapitre, s'appliquent aux subrogés tuteurs. — Néanmoins le tuteur ne pourra provoquer la destitution du subrogé tuteur, ni voter dans les conseils de famille qui seront convoqués pour cet objet* ».

SECTION VI

DES CAUSES QUI DISPENSENT DE LA TUTELLE

1038. En principe, la tutelle est une charge obligatoire. V. cep. loi du 24 juillet 1889, art. 10, *supra* n. 986 *ter*. Il est vrai de dire en ce sens : *Tutela est munus publicum*. Mais cette règle a ses exceptions. Dans certains cas particuliers, la loi admet le tuteur à se faire dispenser de la tutelle ; on dit alors qu'il existe une cause d'*excuse* à son profit. D'ailleurs l'excuse constitue un bénéfice pour le tuteur, bénéfice auquel il a le droit de renoncer ; s'il y renonce, il gèrera la tutelle.

Le législateur dispense en général plus volontiers de là tutelle le tuteur qui n'est pas encore entré en fonctions que celui qui est en exercice. Pour employer les expressions de la loi romaine, notre législateur admet plus facilement l'excuse *a suscipienda tutela* que l'excuse *a suscepta tutela*. C'est ainsi que l'art. 433 autorise celui qui a soixante cinq ans accomplis au moment où la

tutelle lui est déférée à la refuser, tandis qu'il n'autorise un tuteur en exercice à se faire décharger de la tutelle qu'à soixante-dix ans. Voyez aussi les art. 436 et 437. Il y en a deux raisons : d'une part, il est moins pénible de continuer une gestion que de la commencer; d'autre part, la substitution d'un tuteur à un autre au moment où la tutelle est déférée, est moins préjudiciable au mineur que le remplacement d'un tuteur en exercice par un autre tuteur, ce remplacement entraînant nécessairement un changement d'administration, presque toujours préjudiciable aux intérêts du mineur.

I. Causes légales d'excuse.

1039. Le législateur nous indique dans cette section six causes d'excuse, savoir : 1° certaines fonctions ou services publics; 2° la qualité d'étranger à la famille, lorsqu'il existe dans un rayon rapproché un parent ou un allié en état de gérer la tutelle; 3° la vieillesse; 4° les infirmités graves; 5° le nombre des tutelles; 6° le nombre des enfants. A ces six causes il faut en ajouter une septième : le sexe.

Étudions successivement ces diverses causes d'excuse :

I. Certaines fonctions ou services publics.

1040. « Sont dispensés de la tutelle,

« Les personnes désignées sous les titres III, V, VI, VIII, IX, X et XI de l'acte du » 18 mai 1804 » (art. 427 al. 1 et 2), c'est-à-dire les maréchaux de France, les conseillers d'Etat, les sénateurs et les députés.

« Les présidents et conseillers à la Cour de cassation, le procureur général et les avo- » cats généraux en la même Cour » (art. 427 al. 3). — Ajoutez : les présidents, maîtres des comptes et référendaires, et le procureur général à la cour des comptes (arg. art. 7 de la loi du 16 septembre 1807).

« Les préfets » (art. 427 al. 4). Mais non les sous-préfets.

« Tous citoyens exerçant une fonction publique dans un département autre que celui » où la tutelle s'établit » (art. 427 al. 5). Cette cause d'excuse s'applique aux notaires (arg. art. 1^{er} de la loi du 25 ventôse de l'an XI), aux ecclésiastiques desservant des cures ou des succursales, et à toutes autres personnes agréées par le chef de l'Etat et exerçant pour les cultes une des fonctions qui exigent résidence (avis du conseil d'Etat du 20 novembre 1806).

« Sont également dispensés de la tutelle. — Les militaires en activité de service, et » tous autres citoyens qui remplissent, hors du territoire du Royaume une mission du » Roi » (art. 428).

L'art. 429 ajoute : « Si la mission est non authentique, et contestée, la dispense ne sera » prononcée qu'après la représentation faite par le réclamant, du certificat du Ministre » dans le département duquel se placera la mission articulée comme excuse ». C'est l'application pure et simple de ce principe que celui qui invoque un fait à l'appui de sa demande doit prouver ce fait, s'il est contesté.

Aux termes de l'art. 430 : « Les citoyens de la qualité exprimée aux articles précé- » dents, qui ont accepté la tutelle postérieurement aux fonctions, services ou missions » qui en dispensent, ne seront plus admis à s'en faire décharger pour cette cause ». En acceptant la tutelle, à une époque où ils étaient investis d'une fonction dont ils auraient pu se prévaloir pour la refuser, ils sont censés avoir renoncé au bénéfice de l'excuse.

Autre est le cas où la fonction invoquée à titre d'excuse, aurait été conférée au tuteur postérieurement à l'acceptation et gestion de la tutelle. On lit à cet égard dans l'art. 431 : « *Ceux, au contraire, à qui lesdites fonctions, services ou missions auront été conférés postérieurement à l'acceptation et gestion d'une tutelle, pourront, s'ils ne veulent la conserver, faire convoquer, dans le mois, un conseil de famille, pour y être procédé à leur remplacement. — Si, à l'expiration de ces fonctions, services ou missions, le nouveau tuteur réclame sa décharge, ou que l'ancien redemande la tutelle, elle pourra lui être rendue par le conseil de famille.* ».

II. La qualité d'étranger à la famille, lorsqu'il existe dans un rayon rapproché un parent ou un allié en état de gérer la tutelle.

1041. « *Tout citoyen non parent ni allié ne peut être forcé d'accepter la tutelle, que dans le cas où il n'existerait pas, dans la distance de quatre myriamètres, des parents ou alliés en état de gérer la tutelle* » (art. 432).

Si la tutelle est une charge publique, *munus publicum*, elle est avant tout une charge de famille. Il convient donc que les étrangers à la famille n'en soient tenus que subsidiairement.

Remarquez que la qualité d'étranger à la famille est une excuse *a suscipienda tutela*, mais non *a suscepta tutela* (argument des mots : « ne peut être forcé d'accepter la tutelle »). Un tuteur étranger à la famille ne pourrait donc pas se faire décharger d'une tutelle dont il aurait commencé la gestion, sur ce fondement qu'un parent ou un allié en état de gérer la tutelle serait venu se fixer dans le rayon déterminé par notre article.

La loi dit : « *Tout citoyen non parent ni allié* ». Donc la cause d'excuse qui nous occupe ne peut pas être invoquée par un parent ou un allié. Le parent ou l'allié, qui a été investi par le conseil de famille des fonctions de tuteur, ne peut pas refuser la tutelle parce qu'il existe dans le rayon déterminé par notre article un parent ou un allié plus proche que lui, en état de gérer la tutelle. La loi veut que le conseil de famille ait une certaine latitude pour le choix du tuteur.

III. La vieillesse.

1042. « *Tout individu âgé de soixante-cinq ans accomplis, peut refuser d'être tuteur. Celui qui aura été nommé avant cet âge, pourra, à soixante-dix ans, se faire décharger de la tutelle* » (art. 433).

Le vieillard, qui, ayant soixante-cinq ans accomplis, a néanmoins accepté la tutelle dont il aurait pu se faire excuser, aura le droit de demander à en être déchargé à soixante-dix ans accomplis.

IV. Les infirmités graves.

1043. « *Tout individu atteint d'une infirmité grave et dûment justifiée, est dispensé de la tutelle. — Il pourra même s'en faire décharger, si cette infirmité est survenue depuis sa nomination* » (art. 434).

Les infirmités sont donc une cause d'excuse, non seulement *a suscipienda*, mais aussi *a suscepta tutela*. Elles doivent être graves, ce qui est une question de fait, à apprécier par le conseil de famille, juge des excuses.

La loi entend désigner ici sous le nom d'*infirmités* des affections permanentes, telles que la cécité, la surdité..... et non une maladie dont on pourrait prévoir le terme normal.

Celui qui, étant atteint d'une infirmité grave, a néanmoins accepté la tutelle qu'il aurait pu refuser, pourra plus tard s'en faire décharger, si l'infirmité, s'étant aggravée, lui a rendu le fardeau de la tutelle intolérable.

V. Le nombre des tutelles.

1044. « *Deux tutelles sont, pour toutes personnes, une juste dispense d'en accepter une troisième. — Celui qui, époux ou père, sera déjà chargé d'une tutelle, ne pourra être tenu d'en accepter une seconde, excepté celle de ses enfants* » (art. 435).

= *Deux tutelles*, c'est-à-dire deux patrimoines à gérer. L'excuse établie par notre article ne pourra donc pas être invoquée par celui qui serait tuteur de plusieurs frères,

entre lesquels le partage de la succession paternelle ou maternelle n'aurait pas encore été effectué.

On voit par l'alinéa 2 de notre article que la loi considère la qualité de père ou celle d'époux comme équivalent à une tutelle, parce que celui qui est époux ou père pourra être appelé plus tard à être tuteur de ses enfants nés ou à naître. Le législateur compte cette éventualité comme une réalité.

La loi ne distinguant pas, il y a lieu de décider : 1^o que la qualité de père devrait être considérée comme équivalant à une tutelle, alors même que tous les enfants seraient majeurs. D'ailleurs le père peut être appelé à être tuteur de ses enfants au cas où ils seraient plus tard frappés d'interdiction ; 2^o que la qualité d'époux pourrait être invoquée comme équivalent à une tutelle, même par celui dont la femme serait d'un âge trop avancé pour pouvoir lui donner des enfants.

VI. *Le nombre des enfants.*

1045. « *Ceux qui ont cinq enfants légitimes, sont dispensés de toute tutelle autre que celle desdits enfants. — Les enfants morts en activité de service dans les armées du Roi seront toujours comptés pour opérer cette dispense. — Les autres enfants morts ne seront comptés qu'autant qu'ils auront eux-mêmes laissé des enfants actuellement existants* » (art. 436).

= *Cinq enfants légitimes.* Donc les enfants naturels ne comptent pas.

Les enfants simplement conçus ne comptent pas non plus, suivant l'opinion générale. En effet, la fiction que l'enfant conçu est considéré comme déjà né, n'est établie que dans l'intérêt de l'enfant. *Infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur.* Or l'intérêt de l'enfant à naître est ici tout à fait hors de cause.

Aux termes de l'art. 437 : « *La survenance d'enfants pendant la tutelle ne pourra autoriser à l'abdiquer* ».

VII. *Le sexe.*

1046. Cette cause d'excuse est prévue par l'art. 394, déjà expliqué, qui permet à la mère de refuser la tutelle que l'art. 390 lui défère de plein droit. Elle semble devoir être étendue par analogie aux *ascendants*, qui seraient nommées tutrices par le conseil de famille, ainsi que le permet l'art. 442-3^o.

II. *Excuses de fait.*

1047. Telles sont les excuses légales. Il y a aussi les excuses dites *de fait* ; elles sont fondées sur des causes non prévues par la loi, par exemple l'ignorance du tuteur. Quelle est la valeur de ces excuses ? D'après la jurisprudence, qui est approuvée sur ce point par la majorité des auteurs, le conseil de famille, juge des excuses, aurait un pouvoir discrétionnaire pour les admettre ou les rejeter, tandis qu'il est obligé d'admettre toute excuse légale dont l'existence est prouvée.

III. *Délai accordé au tuteur pour proposer ses excuses.*

1048. « *Si le tuteur nommé est présent à la délibération qui lui défère la tutelle, il devra sur le champ, et sous peine d'être déclaré non recevable dans toute réclamation ultérieure, proposer ses excuses sur lesquelles le conseil de famille délibérera* » (art. 438).

« *Si le tuteur nommé n'a pas assisté à la délibération qui lui a déféré la tutelle, il pourra faire convoquer le conseil de famille pour délibérer sur ses excuses. — Ses diligences à ce sujet devront avoir lieu dans le délai de trois jours, à partir de la notification qui lui aura été faite de sa nomination ; lequel délai sera augmenté d'un jour par trois myriamètres de distance du lieu de son domicile à celui de l'ouverture de la tutelle : passé ce délai, il sera non recevable* » (art. 439).

= *Passé ce délai, il sera non recevable.* La loi considère en pareil cas le tuteur comme ayant tacitement renoncé au bénéfice de l'excuse, et c'est pourquoi elle le déclare déchu du droit de s'en prévaloir.

D'après une opinion fort accréditée, la même déchéance devrait être appliquée, par voie d'analogie, au tuteur légitime ou au tuteur testamentaire qui a laissé passer, sans proposer ses excuses, le délai d'un mois à dater du jour où il a eu connaissance de l'événement qui l'a investi de la tutelle. — Mais on étend ainsi au tuteur légitime et au tuteur testamentaire une déchéance, que nos articles ne prononcent que contre le tuteur datif. Or il est constant que les dispositions qui établissent des déchéances n'admettent pas l'interprétation extensive. Nous préférons dire que, dans le silence de la loi, il y aurait lieu d'appliquer le droit commun au tuteur légitime et au tuteur testamentaire, et que par suite le conseil de famille aura toute latitude pour apprécier, d'après les circonstances, si la conduite du tuteur implique une renonciation tacite au bénéfice de l'excuse.

1049. Voies de recours. — « *Si ces excuses sont rejetées, il [le tuteur] pourra se pourvoir devant les tribunaux pour les faire admettre; mais il sera, pendant le litige, tenu d'administrer provisoirement* » (art. 440).

C'est devant le tribunal de première instance que le tuteur devra se pourvoir, sauf l'appel (C. pr., art. 889).

Quelle que soit la décision qui terminera définitivement le débat, elle aura un effet rétroactif au jour où le tuteur a été investi de la tutelle. De là il résulte que, si le tuteur réussit en définitive à faire admettre ses excuses, il sera censé n'avoir jamais été tuteur; par suite la gestion intérimaire, qu'il aura accomplie en exécution de notre article, ne sera pas considérée comme une tutelle, et n'entraînera contre lui ni l'hypothèque légale de l'art. 2121 ni les incapacités dont la loi frappe les tuteurs.

Enfin, aux termes de l'art. 441 : « *S'il [le tuteur] parvient à se faire exempter de la tutelle, ceux qui auront rejeté l'excuse, pourront être condamnés aux frais de l'instance.* — *S'il succombe, il sera condamné lui-même.* »

SECTION VII

DE L'INCAPACITÉ, DES EXCLUSIONS ET DESTITUTIONS DE LA TUTELLE

1050. Les causes d'incapacité, d'exclusion et de destitution de la tutelle s'appliquent aussi à la subrogée tutelle (art. 426 al. 1).

D'un autre côté, la loi traite ici accidentellement des causes qui interdisent l'entrée dans le conseil de famille. Elles sont à peu près les mêmes que les causes d'incapacité, d'exclusion et de destitution de la tutelle.

L'incapacité d'être tuteur diffère profondément de l'excuse. Cette dernière suppose l'aptitude à être tuteur : celui au profit duquel existe une cause d'excuse peut être tuteur s'il le veut; il lui suffit pour cela de renoncer au bénéfice de l'excuse. Au contraire l'incapable ne peut pas être tuteur, alors même qu'il le voudrait, parce qu'il n'a pas l'aptitude requise pour remplir cette fonction.

Il ne faut pas confondre non plus l'incapacité avec l'exclusion ou la destitution. L'incapacité est fondée sur des causes étrangères à la volonté de l'incapable, telles que la minorité, le sexe, l'interdiction judiciaire; par suite, elle n'a rien de déshonorant pour celui qui en est frappé. L'exclusion et la destitution de la tutelle ont au contraire pour causes des faits personnels plus ou moins répréhensibles, tels que l'inconduite notoire, une gestion

infidèle. L'exclusion ou la destitution porte donc toujours une atteinte plus ou moins grave à l'honneur et à la considération de celui qu'elle frappe. Cela posé, le législateur de 1889 a eu tort de qualifier d'*incapacité* l'inaptitude des parents à gérer une tutelle quand ils ont subi la déchéance de la puissance paternelle. C'est un cas d'exclusion de la tutelle. V. le texte au numéro 1052.

L'exclusion et la destitution, qui se ressemblent au point de vue de la note d'infamie qu'elles infligent au tuteur, se ressemblent aussi ou plutôt s'identifient au point de vue de leurs causes : il résulte en effet des art. 443 et 444 que les causes d'exclusion et les causes de destitution sont les mêmes. Elles diffèrent en ce que l'exclusion est une mesure *préventive*, tandis que la destitution est une mesure *répressive* : on exclut le tuteur qui n'a pas encore commencé à gérer la tutelle à laquelle il est appelé ; on destitue un tuteur en exercice.

I. Des causes d'incapacité.

1051. La cour de cassation a raison d'établir en principe qu'il n'y a pas d'autres incapacités d'être tuteur ou subrogé tuteur que celles qui résultent d'un texte formel de loi. Ici comme ailleurs, la capacité est la règle générale, l'incapacité l'exception, et il n'y a pas d'exception sans texte. On peut ajouter que les dispositions de la loi, qui édictent les incapacités d'être tuteur, doivent, comme toutes celles qui dérogent au droit commun, être interprétées restrictivement.

Les causes d'incapacité, soit en ce qui concerne la tutelle, soit en ce qui concerne l'entrée au conseil de famille, sont énumérées par l'art. 442, ainsi conçu : « *Ne peuvent être tuteurs ni membres des conseils de famille, — 1° Les mineurs, excepté le père ou la mère ; — 2° Les interdits ; — 3° Les femmes, autres que la mère et les ascendantes ; — 4° Tous ceux qui ont ou dont les père et mère ont avec le mineur un procès dans lequel l'état de ce mineur, sa fortune, ou une partie notable de ses biens sont compromis* ».

En tout, quatre causes d'incapacité. Etudions-les. — Sont incapables :

1° *Les mineurs, excepté le père ou la mère.* Celui qui est incapable, à raison de son âge, de se défendre et de se protéger lui-même, ne pouvait pas être appelé à défendre et à protéger un autre incapable.

L'exception établie au profit du père et de la mère se justifie facilement : leur affection suppléera à l'inexpérience de leur âge.

2° *Les interdits.* La loi veut parler ici des interdits judiciairement ; elle atteint les interdits légalement par une autre disposition, celle de l'art. 443. Les interdits judiciairement sont incapables d'être tuteurs, parce qu'ils ne sont pas *compotes mentis*.

3° *Les femmes, autres que la mère et les ascendantes.* — *Tutela est virile munus.* Les femmes ont ordinairement peu d'expérience des affaires ; on ne devait donc pas en prin-

cipe leur confier la gestion des affaires d'autrui. L'exception établie au profit de la mère et des ascendantes se justifie d'elle-même : leur affection pour le mineur suppléera à leur inexpérience.

Remarquez que la mère, quand elle est appelée à la tutelle, est tutrice de droit (art. 390). Les ascendantes au contraire ne sont jamais tutrices de droit (arg. art. 402 à 404 et de ces mots de l'art. 405 : *sans ascendants mâles*) ; mais elles peuvent être nommées tutrices par le conseil de famille. Cpr. *supra* n. 4017.

4° *Tous ceux qui ont ou dont les père ou mère ont avec le mineur un procès dans lequel l'état de ce mineur, sa fortune ou une partie notable de ses biens sont compromis.* Il y a en pareil cas une telle opposition d'intérêts entre le tuteur et le mineur que la loi craint de ne pas trouver dans le tuteur un représentant impartial des intérêts du mineur, non seulement pour le procès dont il s'agit, mais pour tous les autres actes de la tutelle. De là l'incapacité dont la loi le frappe.

II. Des causes d'exclusion et de destitution de la tutelle.

1052. Les causes d'exclusion de la tutelle et les causes de destitution sont les mêmes. Elles sont énumérées limitativement par la loi. Les art. 443 et 444 disent à ce sujet : « *La condamnation à une peine afflictive ou infamante emporte de plein droit l'exclusion de la tutelle. Elle emporte de même la destitution, dans le cas où il s'agirait d'une tutelle antérieurement déferée* » (art. 443). « *Sont aussi exclus de la tutelle, et même destituables, s'ils sont en exercice, — 1° Les gens d'une conduite notoire; — 2° Ceux dont la gestion attesterait l'incapacité ou l'infidélité* » (art. 444).

Étudions ces diverses causes d'exclusion ou de destitution.

1° *Condamnation à une peine afflictive ou infamante.* Celui qui a été flétri par une condamnation aussi grave est indigne de gérer une tutelle. Aussi la loi dit-elle qu'il sera de plein droit exclu de toute tutelle, et que, s'il gèrait une tutelle lors de sa condamnation, il en sera de plein droit destitué.

La disposition de l'art. 443 a été modifiée en deux sens différents par le code pénal. Voyez les art. 34-4° et 42-6° de ce code.

2° *Inconduite notoire.* Cette expression fait allusion au désordre des mœurs. Il est difficile d'admettre, avec plusieurs auteurs, qu'elle comprend en outre le désordre dans les affaires : la mauvaise gestion n'est pas une inconduite. La loi, ainsi qu'on va le voir à l'instinct même, considère bien la mauvaise gestion comme constituant une cause d'exclusion de la tutelle, mais seulement quand elle est le fruit de l'incapacité. — Pour être une cause d'exclusion ou de destitution de la tutelle, l'inconduite doit être notoire. La notoriété est une circonstance aggravante de l'inconduite, parce qu'elle suppose l'absence de toute pudeur.

3° *Gestion attestant l'incapacité ou l'infidélité.* Quand un homme a déjà fait preuve d'incapacité ou d'infidélité dans la gestion de ses affaires ou de celles d'autrui, il serait dangereux de lui confier une tutelle. Et, si c'est dans la gestion même de la tutelle dont il est chargé qu'il s'est montré incapable ou infidèle, il convient de lui retirer cette tutelle.

Dans les deux cas prévus par l'art. 444 (inconduite notoire, gestion attestant l'incapacité ou l'infidélité), l'exclusion ou la destitution du tuteur n'a pas lieu de plein droit, car il y a nécessairement place à une appréciation. Il faudra donc que l'exclusion soit prononcée. Par qui ? Par le conseil de famille, juge de droit commun dans toutes ces matières. On lit à ce sujet dans l'art. 446 : « *Toutes les fois qu'il y aura lieu à une destitution de tuteur, elle sera prononcée par le conseil de famille, convoqué à la diligence du subrogé tuteur, ou d'office par le juge de paix. — Celui-ci ne pourra se dispenser de*

» faire cette convocation, quand elle sera formellement requise par un ou plusieurs
 » parents ou alliés du mineur, au degré de cousin germain ou à des degrés plus
 » proches ».

Et l'art. 447 ajoute : « Toute délibération du conseil de famille qui prononcera l'exclusion ou la destitution du tuteur, sera motivée, et ne pourra être prise qu'après avoir entendu ou appelé le tuteur ».

En général, les délibérations du conseil de famille ne doivent pas être motivées. La loi déroge ici à cette règle, afin que, si le tuteur interjette appel, comme il en a le droit, de la décision qui l'a exclu ou destitué, le tribunal puisse apprécier si cette décision était fondée.

Le conseil de famille ne peut pas prononcer l'exclusion ou la destitution du tuteur sans l'avoir préalablement entendu ou appelé. Le tuteur doit être mis à même de se défendre.

« Si le tuteur adhère à la délibération, il en sera fait mention, et le nouveau tuteur entrera aussitôt en fonctions. — S'il y a réclamation, le subrogé tuteur poursuivra l'homologation de la délibération devant le tribunal de première instance, qui prononcera sauf l'appel. — Le tuteur exclu ou destitué peut lui-même, en ce cas, assigner le subrogé tuteur pour se faire déclarer maintenu en la tutelle » (art. 448).

« Les parents ou alliés qui auront requis la convocation pourront intervenir dans la cause, qui sera instruite et jugée comme affaire urgente » (art. 449).

Aux trois causes d'exclusion établies par les art. 443 et 444, la loi du 24 juillet 1889 en a ajouté une quatrième, qu'elle qualifie à tort d'incapacité. L'art. 8 de la nouvelle loi dit à ce sujet : « Tout individu déchu de la puissance paternelle est incapable d'être tuteur, subrogé-tuteur, curateur ou membre du conseil de famille ». Peu importe que la déchéance soit légale ou judiciaire. — En sens inverse la déchéance de la tutelle n'entraîne pas déchéance de la puissance paternelle. Poitiers, 21 juillet 1890, D., 91. 2. 73, et la note de M. de Loynes.

III. De l'exclusion du conseil de famille.

1053. « Tout individu qui aura été exclu ou destitué d'une tutelle, ne pourra être membre d'un conseil de famille » (art. 445).

La loi ne dit pas que les causes d'exclusion du conseil de famille sont les mêmes que les causes d'exclusion de la tutelle; elle dit, ce qui est tout à fait différent, que celui qui a été exclu ou destitué d'une tutelle ne peut être membre d'un conseil de famille. L'entrée du conseil de famille est donc interdite, non à ceux chez lesquels existe une cause d'exclusion ou de destitution de la tutelle, mais à ceux qui ont été effectivement exclus ou destitués d'une tutelle. Et toutefois, comme la condamnation à une peine infamante opère de plein droit l'exclusion de toute tutelle, on doit en conclure qu'elle entraînerait de plein droit aussi l'exclusion de tout conseil de famille. *Adde* cas prévu par l'art. 8 de la loi du 24 juillet 1889 (numéro précédent).

SECTION VIII

DE L'ADMINISTRATION DU TUTEUR

1054. La loi envisage ici le tuteur comme investi d'une double mission, l'une relative à la personne du mineur, l'autre relative à ses biens. « Le tuteur », dit l'art. 450 al. 1, « prendra soin de la

» *personne du mineur, et le représentera dans tous les actes civils* ». La rubrique de notre section : *De l'administration du tuteur*, est donc incomplète, puisqu'elle ne nous représente le tuteur que comme le gardien des intérêts pécuniaires du mineur. On aurait mieux indiqué l'objet de la section en l'intitulant : *Des pouvoirs du tuteur sur la personne et sur les biens du mineur*.

§ I. *Des attributions du tuteur relativement à la personne du mineur.*

1055. Le soin de la personne du mineur n'est pas confié au tuteur dans tous les cas. A cet égard plusieurs hypothèses doivent être distinguées.

a. La tutelle de l'enfant mineur est gérée par le survivant de ses père et mère, tuteur de droit aux termes de l'art. 390. La puissance paternelle et la puissance tutélaire sont alors réunies dans les mêmes mains, et le survivant se trouve ainsi chargé tout à la fois du soin de la personne et de la gestion des biens du mineur.

b. Le survivant des père et mère ne gère pas la tutelle de son enfant mineur, soit, s'agissant de la mère, qu'elle ait refusé la tutelle (art. 394), soit, s'il s'agit du père, qu'il s'en soit fait excuser, soit enfin que le survivant ait été écarté de la tutelle comme incapable ou même exclu ou destitué de la tutelle. Le tuteur, nommé à la place du survivant, sera chargé de la gestion des biens du mineur ; mais le survivant restera investi de la puissance paternelle, et chargé à ce titre du soin de la personne du mineur. C'est ce qui résulte par argument des art. 372 et 373, qui accordent la puissance paternelle au père durant le mariage, et, après la dissolution du mariage, au survivant des père et mère, sans distinguer s'il est ou non tuteur.

c. Le survivant des père et mère est décédé ; ou bien il est vivant, mais incapable en droit ou en fait d'exercer la puissance paternelle : — *en droit*, si par exemple il est interdit ou s'il se trouve déchu de la puissance paternelle par application de la loi du 24 juillet 1889 ; — *en fait*, s'il est absent ou atteint d'aliénation mentale. Alors l'exercice de la puissance paternelle se réunit à la puissance tutélaire dans la personne du tuteur.

L'exercice de la puissance paternelle appartient-il alors au tuteur avec la même étendue qu'au survivant des père et mère ? Non, et cela sous trois points de vue :

1° Le survivant des père et mère, qu'il soit ou non tuteur, a le droit d'éducation dans toute sa plénitude : c'est lui qui détermine souverainement de quelle manière l'enfant sera élevé et quelle somme devra être dépensée annuellement à cet effet. Tout autre tuteur

n'exerce le droit d'éducation que sous le contrôle du conseil de famille, qui est investi pour ce cas du droit de fixer la somme à laquelle pourra s'élever la dépense annuelle du mineur (art. 454), et devient ainsi dans une certaine mesure l'arbitre de la destinée du mineur en ce qui concerne son éducation.

2^o Le tuteur autre que le survivant, ne peut jamais exercer le droit de correction que par voie de réquisition et avec l'autorisation du conseil de famille : « *Le tuteur qui aura des sujets de mécontentement graves sur la conduite du mineur, pourra porter ses plaintes à un conseil de famille, et, s'il y est autorisé par ce conseil, provoquer la réclusion du mineur, conformément à ce qui est statué à ce sujet au titre de la Puissance paternelle* » (art. 468). Au contraire le survivant des père et mère n'est jamais soumis, pour l'exercice du droit de correction, à l'autorité du conseil de famille.

3^o Enfin, il y a un attribut de la puissance paternelle, que la loi accorde au survivant et qu'elle refuse à tout autre tuteur, c'est la jouissance légale. Sans parler du droit qui appartient au survivant d'émanciper son enfant (art. 477) et de consentir à son mariage (art. 148) ou à son adoption (art. 346), tous droits qui sont refusés au tuteur en cette qualité. V. art. 160, 478 et 479.

En résumé, le survivant des père et mère, qu'il soit ou non tuteur, conserve en principe dans toute sa plénitude la puissance paternelle sur son enfant mineur et non émancipé. À défaut du survivant, l'exercice de la puissance paternelle passe au tuteur, mais avec des restrictions : la loi ne lui confie le droit d'éducation et par suite le droit de garde et le droit de correction que sous l'autorité et le contrôle du conseil de famille. Il a été jugé que l'exercice de la puissance paternelle n'est pas alors inséparable de la puissance tutélaire. Le dernier mourant des père et mère pourrait donc, en nommant un tuteur à son enfant, confier à une autre personne le soin de son éducation et de sa garde. Rouen, 4 janvier 1883, D., 83. 2. 155, S., 84. 2. 175. Nous avons critiqué cette décision (*supra* n. 989).

§ II. Attributions du tuteur quant aux biens du mineur.

N^o 1. Principe.

1056. « *Le tuteur prendra soin de la personne du mineur, et le représentera dans tous les actes civils. — Il administrera ses biens en bon père de famille, et répondra des dommages-intérêts qui pourraient résulter d'une mauvaise gestion* » (art. 450 al. 1, et 2).

Le tuteur est donc investi par la loi d'un mandat général, en vertu duquel il représente le mineur dans tous les actes civils. C'est le tuteur qui parle et qui agit; mais il le fait au nom du mineur, et les actes qu'il accomplit ainsi, *tutorio nomine*, sont censés avoir été passés par le mineur lui-même : *qui mandat fecisse videtur*. En ce sens il est vrai de dire : *factum tutoris, factum pupilli*.

Tout autre était en droit romain le rôle du tuteur. En principe, il ne représentait pas son pupille, il se bornait à l'*habiliter*. Le pupille, sauf le cas où il était *infans*, figurait en personne dans les divers actes de la vie civile; c'était lui qui parlait, qui agissait; mais il avait son tuteur à ses côtés qui l'*assistait*, qui complétait sa personne en lui donnant son *auctoritas* : *tutor personam pupilli AUĞEBAT*; *auģebat*, de *auģere*, *auctum*, augmenter, compléter, d'où l'on a fait *auctoritas*, qui signifie à proprement parler *complément*. On trouve encore dans notre droit actuel quelques dispositions qui semblent être un souvenir du vieux système romain. C'est ainsi que l'art. 13 al. 2 de la loi du 20 juillet 1886, sur la *caisse nationale des retraites pour la vieillesse*, permet aux mineurs âgés de moins de seize ans de faire des versements avec l'*autorisation* de leur père, mère ou tuteur. V. aussi C. civ., art. 1030.

Au surplus, les deux législations diffèrent plus dans la forme qu'au fond. En somme, elles se sont inspirées de la même idée : suppléer à l'inexpérience du mineur par l'expérience du tuteur. Après cela, il importe assez peu que ce soit le mineur qui agisse en personne avec l'*auctoritas tutoris*, comme en droit romain, ou le tuteur, au nom du mineur, comme en droit français, ce qui paraît mieux d'accord avec les exigences de la pratique. Aussi admet-on généralement que les actes accomplis suivant les règles de la législation romaine, c'est-à-dire par le mineur avec l'autorisation de son tuteur, ne seraient pas nuls pour cela. Cpr. art. 1030.

1057. Etendue des pouvoirs du tuteur. Nous établissons en principe que le tuteur a, en règle générale, pleins pouvoirs pour représenter le mineur, pour agir en son nom. D'où il suit : 1° que le tuteur peut accomplir pour le compte de son pupille tous les actes que ne lui interdit pas une disposition expresse ou implicite de la loi, et cela sans qu'il y ait à distinguer entre les actes d'administration et ceux de disposition ; 2° que la validité des actes accomplis par le tuteur *tutorio nomine*, n'est soumise à l'observation de formalités particulières que dans les cas exprimés par la loi.

Telle paraît bien être la pensée du législateur, lorsqu'il dit dans l'art. 450 que le tuteur « représentera le mineur dans tous les » actes civils ». L'omnipotence du tuteur, voilà la règle. Les textes qui lui interdisent certains actes, ou qui le soumettent pour quelques-uns à l'accomplissement de formalités particulières, doivent être envisagés comme des exceptions à la règle, et recevoir à ce titre l'interprétation restrictive. Cpr. *infra*, n. 1084 et 1093,

La jurisprudence est en ce sens. Cass., 3 février 1873, S., 73. 1. 61, et 4 août 1873, D., 75. 5. 468, S., 73. 1. 441. Besançon ; 16 janvier 1891, D., 91. 2. 279. V. cep. Cass., 1^{er} avril 1889, S., 89. 1. 217. En consacrant l'omnipotence du tuteur, la jurisprudence a préparé l'intervention du législateur, qui s'est réalisée par la loi du 27 février 1880.

Dans un autre système, on distingue entre les actes d'administration et ceux de disposition : on admet le principe de l'omnipotence du tuteur pour les actes d'administration, mais on le repousse pour les actes de disposition. La rubrique de notre section, dit-on, porte *De l'administration du tuteur*, et l'art. 450 dit dans son alinéa 2 : « Il administrera ses biens en bon père de famille » ; cela prouve que le législateur limite les pouvoirs du tuteur aux actes d'administration. — L'argument est bien faible. D'abord il suffit de lire en entier l'alinéa 2 de l'art. 450, pour voir que le mot *administration* y est pris comme synonyme de *gestion* : en effet il se termine par ces mots : « et répondra des dommages-intérêts résultant d'une mauvaise *gestion* ». Or les mots *gérer*, *gestion* comprennent même les actes de disposition. D'un autre côté le législateur, dans l'alinéa en question, n'a nullement eu pour but de dire que le tuteur a le pouvoir d'administrer (ce qui résultait déjà de la disposition précédente : « et le représentera dans tous les actes civils »), mais bien comment le tuteur doit administrer ou gérer : sa gestion doit être celle d'un bon père de famille. Enfin, au point de vue pratique, ce système donne lieu à de grandes difficultés, soit pour déterminer quels actes sont d'administration, quels autres de disposition, soit, ce point une fois résolu, pour préciser quelles sont les formalités que le tuteur doit remplir à l'égard des actes de disposition au sujet desquels la loi ne s'est pas expliquée.

1058. Dans tous les systèmes, on reconnaît pleins pouvoirs au tuteur pour les actes d'administration, sauf bien entendu les restrictions résultant d'une disposition législative : nous verrons bientôt un exemple de ces restrictions, relativement au placement des deniers pupillaires, dans l'art. 1 de la loi du 27 février 1880. Soumettre le tuteur à l'accom-

plissement de formalités particulières relativement aux actes d'administration, qui sont de tous les instants et souvent urgents, c'eût été rendre sa gestion impossible.

Au surplus, ce n'est pas seulement une faculté pour le tuteur, mais une obligation, d'accomplir les actes d'administration concernant les biens du mineur (arg. art. 450 al. 2 *in fine*).

Que faut-il entendre par actes d'administration? On désigne sous ce nom les actes qui ont pour but de conserver les biens et de les faire fructifier.

Les actes conservatoires, que le tuteur peut être obligé d'accomplir en sa qualité d'administrateur, sont nombreux. Notamment le tuteur doit interrompre les prescriptions qui courent contre le mineur, faire opérer toutes transcriptions ou inscriptions nécessaires pour la conservation de ses droits, intenter les actions possessoires qui lui appartiennent, faire assurer ses biens contre l'incendie, payer ses dettes exigibles avec les deniers disponibles...

Parmi les actes tendant à faire fructifier les biens du mineur, nous citerons d'abord le placement des capitaux pupillaires. Toutefois, le tuteur doit, pour ce placement, se conformer aux prescriptions particulières de la loi du 27 février 1880. Le tuteur doit aussi louer les maisons du mineur et affermer ses terres, à moins qu'il ne préfère les faire valoir lui-même, et sauf à observer pour la durée des baux et pour les époques de leur renouvellement les prescriptions des art. 1429 et 1430. Voyez l'explication de l'art. 595, *infra* n. 1328 et s.

1058 bis. Au surplus il ne faut pas se méprendre sur le sens du principe de l'omnipotence du tuteur, quelle que soit la portée qu'on lui donne. Il signifie seulement que les actes accomplis par le tuteur dans la limite de ses pouvoirs sont valables à l'égard des tiers, et que par suite le mineur doit en subir les conséquences, mais sauf son recours contre son tuteur, si celui-ci a accompli un acte de mauvaise gestion, qui engage sa responsabilité d'après les règles du droit commun.

N° 2. Obligations imposées au tuteur lors de son entrée en fonctions.

1059. Le tuteur doit, avant d'entrer en fonctions, ou dans un bref délai à dater du jour où il a été investi de la tutelle : 1° provoquer la nomination d'un subrogé tuteur ; 2° requérir la levée des scellés et l'inventaire des biens du mineur ; 3° faire procéder à la vente des meubles du mineur ; 4° faire fixer par le conseil de famille la somme à laquelle pourra s'élever la dépense annuelle du mineur, ainsi que celle de l'administration de ses biens ; 5° faire déterminer par ce même conseil la somme à laquelle commencera l'obligation d'employer l'excédent du revenu sur la dépense. Examinons ces divers points.

1060. 1° En ce qui concerne l'obligation imposée au tuteur de faire nommer un subrogé tuteur, nous nous sommes déjà expliqué. V. *supra* n. 1033.

1061. 2° « Dans les dix jours qui suivront celui de sa nomination, dûment connue de lui, le tuteur requerra la levée des scellés, s'ils ont été apposés, et fera procéder immédiatement à l'inventaire des biens du mineur, en présence du subrogé tuteur » (art. 451 al. 1).

= Requerra la levée des scellés. Le scellé est une bande de papier ou mieux d'étoffe, que le juge de paix fixe avec un sceau particulier (d'où le nom de *scellé*, sur les ouver-

tures des divers meubles d'une maison et sur les portes des appartements qui les contiennent. Une fois cette opération faite, on ne peut plus ouvrir les meubles ou les portes des appartements sans briser le scellé et sans qu'il reste par suite trace de l'ouverture. L'application des scellés a pour but de prévenir les détournements; elle se fait ordinairement après décès et dans l'intérêt de ceux qui ont des droits à la succession du défunt.

= *S'ils ont été apposés.* Ils ne l'auront pas toujours été. Voyez à ce sujet les art. 910 et 911 C. pr., qui ont modifié sur ce point l'art. 819 C. civ.

= *Et fera procéder immédiatement à l'inventaire.* L'inventaire est un état notarié qui contient l'énumération, la description et l'estimation des biens mobiliers du mineur; on y fait figurer aussi les dettes. Quoique l'art. 943 C. pr., qui indique ce que doit contenir l'inventaire, ne parle pas des immeubles, il est cependant d'usage de les énumérer, mais sans les décrire ni les estimer.

L'inventaire a pour but : 1° de constater l'importance des biens que le tuteur prend en charge et dont il devra rendre compte lorsque ses fonctions cesseront; l'inventaire devient ainsi l'un des éléments les plus importants de la reddition du compte de tutelle; 2° de faire connaître approximativement le chiffre de la fortune du mineur, ce qui permettra au conseil de famille de régler le budget de la tutelle en proportionnant le chiffre des dépenses à celui des revenus (art. 454).

Si le défunt dont le mineur est héritier n'a laissé aucun bien, il y a lieu de dresser un procès-verbal de *carence*, de *carere*, manquer (C. pr. art. 924).

1062. Aux termes de l'art. 451 al. 2 : « *S'il lui est dû [au tuteur] quelque chose par le mineur, il devra le déclarer dans l'inventaire, à peine de déchéance, et ce, sur la réquisition que l'officier public sera tenu de lui en faire, et dont mention sera faite au procès-verbal* ».

L'intelligence de ce texte offre quelque difficulté. Le tuteur, on le suppose, avait une créance contre la personne dont le mineur est héritier, contre le père du mineur par exemple. Si cette créance n'est pas encore soldée, le tuteur se trouve aujourd'hui créancier du mineur, qui, en qualité d'héritier, est tenu des dettes de son auteur. Notre article dit que le tuteur doit, à peine de déchéance, déclarer sa créance dans l'inventaire, sur l'interpellation qui lui sera adressée à cet effet par le notaire. Quel est le motif de cette disposition? La loi a craint qu'un tuteur qui a déjà été payé de sa créance, s'apercevant, l'inventaire une fois terminé, qu'il ne se trouve dans les papiers de la succession aucune trace du paiement, par exemple parce que la quittance a été perdue, ne vint soutenir que sa créance existe encore et en réclamer une deuxième fois le paiement. Pour parer à ce danger, elle veut que le tuteur déclare sa créance *dans l'inventaire*, par conséquent avant qu'il lui soit possible de savoir si l'on trouvera dans les papiers de la succession la trace du paiement qui lui aurait été fait. Dans ces conditions, le tuteur, qui a déjà été payé, n'osera pas, fût-il un homme de mauvaise foi, se déclarer créancier, parce qu'il s'exposerait à un affront, si, comme tout porte à le croire, la preuve du paiement venait à se retrouver.

* Le tuteur doit faire la déclaration exigée par notre article, « à peine de déchéance ». La loi présume que le tuteur qui ne fait pas cette déclaration n'est pas créancier, ou ne l'est plus parce qu'il a été payé, et, sur le fondement de cette présomption, elle lui refuse toute action en justice contre le mineur. C'est dire que la présomption dont il s'agit ne serait pas susceptible d'être combattue par la preuve contraire (arg. art. 1352) : ce qui signifie que le tuteur ne serait pas admis à prouver que, contrairement à la présomption de la loi sa créance existe encore.

* C'est là une sanction très rigoureuse. Aussi comme le tuteur peut ignorer sur ce point les dispositions de la loi (en fait il les ignorera très souvent), notre article décide que le défaut de déclaration du tuteur lors de l'inventaire n'entraînera la déchéance de son droit de créance qu'autant qu'il aura été interpellé à cet égard par l'officier public chargé de dresser l'inventaire. Il ne suffit donc pas, pour que le tuteur soit déchu de sa

créance, qu'il ne l'ait pas déclarée lors de l'inventaire ; il faut en outre que la réquisition prescrite par l'art. 451 lui ait été adressée, et que sur cette réquisition il ait affirmé n'être pas créancier, ou que tout au moins il n'ait pas déclaré sa créance. Le notaire agira d'ailleurs conformément au vœu de la loi, en adressant ladite réquisition plutôt au commencement qu'à la fin de l'inventaire, afin que le tuteur soit mis en demeure de déclarer les créances qu'il peut avoir, à un moment où il n'est pas encore renseigné sur le contenu des papiers de la succession.

De l'avis de tous les auteurs, le tuteur qui, sur la réquisition à lui adressée par le notaire, n'a pas déclaré la créance qui lui appartient contre le mineur, ne serait pas déchu de son droit, s'il avait eu une juste cause d'ignorer sa créance, si par exemple il en était devenu titulaire, à son insu, en qualité d'héritier du créancier mort depuis peu. La loi n'a pas pu vouloir obliger le tuteur, à peine de déchéance, à déclarer une créance dont l'existence ne lui a pas encore été révélée.

1063. 3° Vente des meubles. « *Dans le mois qui suivra la clôture de l'inventaire, le tuteur fera vendre, en présence du subrogé tuteur, aux enchères reçues par un officier public, et après des affiches ou publications dont le procès-verbal de vente fera mention, tous les meubles autres que ceux que le conseil de famille l'aurait autorisé à conserver en nature* » (art. 452).

Les meubles perdent en général de leur valeur par le seul effet du temps. Le plus souvent d'ailleurs les meubles qui appartiennent au mineur lui seront inutiles : que fera-t-il d'un riche mobilier, s'il est en bas-âge ou s'il est au collège ? En tout cas ces meubles constituent pour lui un capital improductif. Dans ces conditions, la loi a cru devoir établir en principe que les meubles du mineur seront vendus, pour le prix en être placé au mieux de ses intérêts.

Ces motifs disent assez que, pour savoir quels sont les objets compris sous la dénomination de *meubles* dans l'art. 452, il ne faut pas se référer à la définition donnée par l'art. 533. On verra plus loin ce qu'il faut penser des définitions légales contenues dans cette disposition et les suivantes. Notons pour le moment que, si on appliquait ici la définition de l'art. 533, on excepterait de la vente les meubles que le mineur a le plus d'intérêt à voir transformer en argent, parce qu'ils sont d'un entretien coûteux et sujets à un prompt dépérissement, principalement les chevaux et les équipages. Quels sont donc alors les meubles qui doivent être vendus ? Ce sont les *meubles périssables*, pour parler comme l'art. 102 de la coutume d'Orléans, c'est-à-dire ceux qui perdent de leur valeur par l'effet du temps et les caprices de la mode. De ce nombre ne sont pas les meubles incorporels, tels que créances, rentes, actions ou obligations industrielles. Nous verrons d'ailleurs qu'il existe au sujet de cette nature de biens une disposition spéciale dans la loi du 27 février 1880.

Suivant l'opinion générale, le tuteur n'a pas besoin de l'autorisation du conseil de famille pour vendre les meubles du mineur. L'art. 452 dit en effet que le tuteur fera vendre « tous les meubles autres que ceux que le conseil de famille l'aurait autorisé à conserver en nature », nous indiquant ainsi que l'autorisation du conseil de famille est nécessaire au tuteur, non pour vendre, mais pour conserver.

Quelle est la sanction de l'obligation imposée au tuteur de faire vendre les meubles du mineur ? Elle consiste dans le droit pour le mineur de réclamer contre son tuteur des dommages et intérêts pour le préjudice que lui causerait le défaut de vente. En effet, l'art. 452 al. 2 dit que le tuteur répond « des dommages-intérêts qui pourraient résulter d'une mauvaise gestion » ; or le tuteur gère mal quand il ne gère pas conformément aux prescriptions de la loi.

Notre article indique d'une manière suffisante les formes de la vente. Pour que le prix s'élève le plus haut possible, il exige que la vente soit faite aux enchères et après affiches; et, pour déjouer les fraudes que le tuteur pourrait tenter de commettre, il requiert la présence du subrogé tuteur. Le tuteur ne peut donc pas vendre à l'amiable. Il faut faire exception toutefois pour les récoltes produites par les biens du mineur. La vente de gré à gré des récoltes est essentiellement un acte d'administration.

1064. Le principe formulé par l'art. 452 comporte une exception qu'indique l'art 453 : « *Les père et mère, tant qu'ils ont la* » *jouissance propre et légale des biens du mineur, sont dispensés* » *de vendre les meubles, s'ils préfèrent de les garder pour les* » *remettre en nature.* — *Dans ce cas ils en feront faire, à leurs* » *frais, une estimation à juste valeur, par un expert qui sera* » *nommé par le subrogé tuteur et prêtera serment devant le juge* » *de paix. Ils rendront la valeur estimative de ceux des meubles* » *qu'ils ne pourraient représenter en nature* ».

L'usufruitier a droit à la jouissance en nature des choses sur lesquelles porte son droit d'usufruit. Voilà pourquoi le père ou la mère, ayant l'usufruit légal des biens de son enfant mineur, est dispensé, tant que dure sa jouissance, de vendre les meubles; autrement il serait privé du droit de jouir en nature, puisque sa jouissance, au lieu de s'exercer sur les meubles, devrait s'exercer sur leur prix. On conçoit d'ailleurs que c'est là seulement une faculté accordée aux père et mère, faculté dont ils pourraient ne pas user s'ils préféreraient vendre les meubles pour jouir du prix.

Le père ou la mère, qui voudra conserver en nature les meubles sur lesquels porte son droit de jouissance, devra, dit notre article, en faire faire à ses frais une estimation à juste valeur par un expert, qui sera nommé par le subrogé tuteur et prêtera serment devant le juge de paix. Pourquoi cette estimation, puisque l'inventaire en contient déjà une? N'est-ce pas un double emploi? On a sans doute considéré que l'estimation contenue dans l'inventaire n'est qu'approximative. Voilà pourquoi la loi ne s'en contente pas et exige une estimation à *juste valeur*, faite dans des conditions qui offrent plus de garanties. Cette estimation servira à déterminer le montant de l'indemnité, à payer par l'usufruitier légal qui ne pourrait pas représenter en nature à la fin de son usufruit les meubles sur lesquels portait son droit. « Ils rendront, dit notre article, la valeur estimative de ceux des meubles qu'ils ne pourraient pas représenter en nature ». La loi suppose ici, statuant *de eo quod plerumque fit*, que l'impossibilité de restituer les meubles en nature provient du fait de l'usufruitier légal qui les a laissés périr faute de soins ou qui les a vendus. C'est en effet ce qui arrivera presque toujours. Mais si l'usufruitier légal prouvait qu'ils ont péri par cas fortuit, il devrait, conformément au droit commun, être dispensé de toute restitution. *Nemo præstat casus fortuitos* (art. 1302). De même il ne serait pas responsable des détériorations qu'il prouverait être le résultat d'un cas fortuit. Et toutefois les termes absolus de l'art. 453 *in fine* font naître quelque doute sur l'un et l'autre point.

La dispense de vendre les meubles n'est établie au profit du père ou de la mère que « pendant la durée de sa jouissance ». Le droit commun reprendra donc son empire, quand cette jouissance aura cessé : alors le père ou la mère devra faire vendre les meubles, à moins qu'il n'obtienne du conseil de famille l'autorisation de les conserver en nature; et alors, comme tout autre tuteur, il n'aura pas le droit de s'en servir pour son usage personnel.

1065. 4° Le tuteur doit faire déterminer approximativement par le conseil de famille la somme à laquelle pourra s'élever la dépense annuelle du mineur, ainsi que les frais d'administration de ses biens. L'art. 434 al. 1 dit à ce sujet : « *Lors de l'entrée en exercice de toute tutelle, autre que celle des père et mère, le conseil de famille règlera par aperçu, et selon l'importance des biens régis, la somme à laquelle pourra s'élever la dépense annuelle du mineur, ainsi que celle d'administration de ses biens* ».

C'est donc au conseil de famille qu'appartient la fixation du budget de la tutelle. Cette règle ne souffre exception qu'au cas de la tutelle des père et mère, et l'exception n'est plus ici subordonnée, comme dans le cas de l'art. 433, à l'existence de leur droit d'usufruit. En principe, le conseil de famille ne doit pas allouer pour la dépense annuelle du mineur une somme supérieure à son revenu; il doit même, si c'est possible, allouer une somme inférieure, de manière à permettre au tuteur de réaliser des économies. Toutefois, si les revenus du mineur sont insuffisants, le conseil de famille peut ordonner que son capital sera consacré en tout ou en partie aux frais de son éducation, et à plus forte raison de son entretien. Il n'est pas nécessaire que cette décision du conseil de famille soit homologuée par le tribunal; la loi ne l'exige pas.

Si le tuteur avait pris sur le capital du mineur pour subvenir aux frais de son entretien ou de son éducation, sans s'y être fait préalablement autoriser par le conseil de famille, il aurait néanmoins le droit de porter cette dépense en compte; seulement l'utilité pourrait en être contestée, et il pourrait arriver qu'elle ne fût pas allouée au tuteur. Arg. art. 471 al. 2. Paris, 29 janv. 1890, D., 91. 2. 237. V. cep. Cass., 19 avril 1886, D., 87. 1. 471, S., 90. 1. 109. En se munissant préalablement de l'autorisation du conseil de famille, le tuteur prévient toute contestation sur l'utilité de la dépense.

1066. Le tuteur ne peut réclamer aucun salaire pour sa gestion. Nul texte ne lui accorde ce droit, et l'art. 471 le lui refuse implicitement en ne mentionnant pas les honoraires du tuteur parmi les articles qui doivent figurer au passif du compte de tutelle.

Il n'y a rien à induire contre cette solution des termes de notre article, d'après lequel le conseil de famille doit régler par aperçu la somme qui pourra être dépensée annuellement pour l'administration des biens du mineur : la loi entend parler des dépenses que l'administration entraîne, telles que frais de voyage et autres, mais nullement d'une somme que le conseil de famille pourrait allouer au tuteur à titre d'honoraires.

Dans la pratique cependant, on voit souvent les conseils de famille allouer au tuteur à forfait une somme déterminée pour les frais de gestion, et les tribunaux ont plusieurs fois validé ces allocations, bien qu'elles parussent évidemment exagérées. Cette jurisprudence est justement critiquée; elle fournit en effet un moyen facile d'é luder la loi, qui défend d'allouer des honoraires au tuteur : il est clair que, si, les frais d'administration pouvant s'élever annuellement à 500 fr. au *maximum*, le conseil de famille alloue au tuteur 1,500 fr. à forfait pour lesdits frais, il lui donne implicitement 1,000 fr. d'honoraires.

1067. « *Le même acte* », dit l'art. 454 *in fine*, « *spécifiera si le tuteur est autorisé à s'aider, dans sa gestion, d'un ou plusieurs*

» *administrateurs particuliers, salariés, et gérant sous sa responsabilité* ». C'est aux frais du mineur que ces administrateurs seront salariés. Ce sont des substituts du tuteur, *tutelæ adjutores*, et comme ils gèrent sous sa responsabilité, le tuteur a le droit de les choisir et de les révoquer à son gré.

Le tuteur aurait-il besoin de l'autorisation du conseil de famille pour se faire aider dans sa gestion par des administrateurs qu'il paierait de ses propres deniers ? La négative paraît résulter de la disposition finale de notre article, qui semble exiger l'autorisation du conseil de famille, moins pour permettre au tuteur de se faire aider dans sa gestion, que pour lui permettre de porter en compte les frais de cette administration supplémentaire.

1068. 3° « *Ce conseil [le conseil de famille] déterminera positivement la somme à laquelle commencera, pour le tuteur, l'obligation d'employer l'excédent des revenus sur la dépense : cet emploi devra être fait dans le délai de six mois, passé lequel le tuteur devra les intérêts à défaut d'emploi* » (art. 453).

Le vœu de la loi est que le tuteur place dans le plus bref délai les économies qu'il pourra réaliser sur les revenus du mineur. Mais il était impossible, on le conçoit, d'imposer au tuteur l'obligation de placer *immédiatement* toute économie réalisée, si minime qu'elle fût. D'un autre côté, il eût été dangereux de confier au tuteur le soin de juger si les économies sont assez considérables pour être placées : il aurait pu laisser ainsi sans emploi des sommes d'une certaine importance. La loi a tout concilié en imposant au tuteur l'obligation de faire déterminer par le conseil de famille le chiffre passé lequel il y aura lieu de placer les économies. Le conseil doit fixer *positivement* ce chiffre, dit notre article, tandis qu'il ne fixe que *par aperçu* (art. 454) la somme à laquelle pourra s'élever la dépense annuelle du mineur. Un délai de six mois est accordé au tuteur pour placer toute économie atteignant la somme fixée. Le délai court à compter de l'encaissement. Orléans, 13 nov. 1890, S., 92. 2. 216, D., 91. 2. 357. A dater de l'expiration de ce délai, le tuteur doit les intérêts à défaut d'emploi. Il est bien entendu d'ailleurs que, si le tuteur a fait le placement avant l'expiration du délai légal, le bénéfice en appartiendra immédiatement au mineur. Il paraît certain également que si le tuteur avait employé les fonds à son profit personnel avant l'expiration du délai de six mois, il en devrait les intérêts à dater de l'emploi (arg. art. 1996).

1069. L'art. 453 ne parle que du placement des économies faites sur les *revenus* du mineur. Sa disposition est-elle applicable au placement des capitaux ? Des difficultés s'étaient élevées sur ce point. L'art. 6 de la loi du 27 février 1880 a été décrété en vue de les faire cesser. Ce texte, qui aurait pu être rédigé plus claire-

ment, porte : « *Le tuteur devra faire emploi des capitaux appartenant au mineur ou à l'interdit, ou qui leur adviendraient par succession ou autrement, et ce, dans le délai de trois mois, à moins que le conseil ne fixe un délai plus long auquel cas il pourra ordonner le dépôt comme il est dit en l'article précédent. — Les règles prescrites par les articles ci-dessus et par l'article 455 du Code civil seront applicables à cet emploi* ». L'art. 455 du code civil demeure donc applicable au placement des capitaux, sauf en ce qui concerne le délai du placement, qui de six mois est réduit à trois.

* Nous en concluons, mais nous reconnaissons que cela ne va pas tout seul, que l'obligation pour le tuteur de faire emploi d'un capital par lui touché pour le compte du mineur, ne commence que lorsque ce capital (en y ajoutant s'il y a lieu les autres sommes disponibles provenant des économies faites sur les revenus) atteint le chiffre fixé par le conseil de famille conformément à l'art. 455, et d'autre part, qu'à défaut d'emploi dans le délai légal, le tuteur doit de plein droit les intérêts jusqu'à ce que l'emploi ait été effectué. Mais d'ailleurs le tuteur continue à jouir du délai de six mois, en tant qu'il s'agit exclusivement du placement de l'excédent des revenus sur la dépense.

Le délai de trois mois court à compter du jour où le tuteur est entré en possession des capitaux du mineur et en a eu la libre disposition. Les travaux préparatoires de la loi ne laissent guère de doute sur ce point. Cpr. Orléans, 13 nov. 1890, S., 92. 2. 216, D., 91. 2. 357.

L'obligation de placer les capitaux du mineur incombe au père, tuteur de son enfant en même temps qu'usufruitier légal des biens de celui-ci, comme à tout autre tuteur. *Lex non distinguit*. Douai, 24 juin 1880, D., 81. 1. 348, S., 82. 1. 197. D'une manière générale, les mesures de précaution établies par la loi du 27 février 1880 sont applicables à tout tuteur, même au père et à la mère. Un amendement tendant à établir une exception en faveur de ces derniers a été repoussé par le sénat.

L'art. 6 de la loi nouvelle, que nous venons de transcrire, comble en outre une lacune importante que présentait notre loi civile. Elle n'établissait aucune restriction aux pouvoirs du tuteur en ce qui concerne le placement des deniers du mineur; le tuteur pouvait donc placer comme il l'entendait, et il n'était responsable des mauvais placements qu'en cas de dol ou de faute grave. Sous l'empire de cette législation, on a vu des tuteurs jouer à la bourse avec les capitaux pupillaires et les engloutir dans cette dangereuse spéculation. D'autres faisaient pour le compte de leurs pupilles des placements détestables, et, dans les cas assez rares où ils étaient déclarés responsables de ce chef par les tribunaux, comme coupables de dol ou de faute lourde, leur insolvabilité rendait parfois tout recours contre eux illusoire. L'art. 6 précité remédie en partie à ces dangers. En déclarant applicables à l'emploi des capitaux du mineur « les règles prescrites par les articles ci-dessus », il autorise le conseil de famille à prescrire, pour le placement desdits capitaux, toutes les mesures qu'il jugera utiles (art. 1 *in fine*, *infra* n. 1094). Le conseil de famille

pourra donc déterminer par anticipation le mode d'emploi des capitaux du mineur, quelle qu'en soit l'origine, dire s'ils seront placés en immeubles ou en valeurs mobilières, et indiquer dans ce dernier cas en quelles valeurs. Mais à défaut de cette détermination le tuteur aura le choix du placement. *Non obstat* art. 6 al. final. Nancy, 9 mai 1885, D., 86. 2. 134, S., 87. 2. 137. V. cep. Paris, 21 mai 1884, D., 85. 2. 177, S., 85. 2. 97, et 13 janvier 1885, S., 85. 2. 101. Le conseil de famille pourrait décider aussi que les deniers pupillaires ne resteront pas à la disposition du tuteur en attendant leur placement, et obliger le tuteur à les verser entre les mains d'une personne ou d'une société déterminée. Les décisions du conseil de famille sur ces divers points sont obligatoires pour le tuteur, et le subrogé tuteur doit en surveiller l'exécution. Arg. art. 7 de la loi, *infra* n. 1096.

Mais d'ailleurs : « *Les tiers ne seront en aucun cas garants de l'emploi* » (des capitaux). C'est la disposition de l'art. 6 *in fine*.

Les débiteurs du mineur peuvent donc, en toute sécurité, payer entre les mains du tuteur. Ils n'ont pas à craindre d'être forcés de payer une seconde fois si le tuteur ne fait pas, des fonds qu'il touche, l'emploi ordonné par le conseil de famille, et par suite ils n'ont pas le droit d'exiger que le tuteur justifie d'un emploi fait par anticipation, ni même de l'emploi qu'il fera des deniers après les avoir touchés. Tribunal de Saint-Dié, 22 juin 1882, S., 82. 2. 230. Ils n'ont même pas le droit d'exiger que le subrogé tuteur assiste le tuteur au moment de la réception des deniers.

1070. L'art. 456 contient la sanction de l'art. 455 : « *Si le tuteur n'a pas fait déterminer par le conseil de famille la somme à laquelle doit commencer l'emploi, il devra, après le délai exprimé dans l'article précédent, les intérêts de toute somme non employée, quelque modique qu'elle soit* ». Le tuteur devrait aussi les intérêts des intérêts, s'ils forment un excédent, quelque minime qu'il soit, du revenu sur la dépense.

1071. Les art. 455 et 456 ne sont pas applicables au survivant des père et mère, ayant, en même temps que la tutelle de son enfant mineur, la jouissance légale de ses biens. Il y en a une raison péremptoire : l'excédent des revenus de l'enfant sur sa dépense appartient en pareil cas à l'usufruitier légal ; il ne peut donc être question d'effectuer le placement de cet excédent pour le compte de l'enfant, ni par suite de faire déterminer par le conseil de famille les conditions de ce placement.

Mais les art. 455 et 456 sont-ils applicables au survivant des père et mère, investi de la tutelle de son enfant sans avoir la jouissance légale de ses biens ? (1). Il y a sur ce point controverse et doute.

On a dit, dans le sens de l'affirmative, que les dispositions des art. 455 et 456 sont conçues dans les termes les plus généraux ; qu'elles doivent donc s'appliquer à tous les tuteurs, même au père ou à la mère, qui ne pourraient y échapper qu'en vertu d'une exception écrite dans un texte formel. On ajoute que cette solution est fondée en raison ; car, même quand la tutelle appartient au père ou à la mère, il importe d'avoir quelques règles en ce

(1) La même question se présente en ce qui concerne la disposition finale de l'art. 454 ; elle doit être résolue de la même manière.

qui concerne le placement des deniers pupillaires, et il n'y en aura aucune, si les art. 455 et 456 ne sont pas applicables.

Au soutien de la négative, on dit au contraire : Sans doute, quand le législateur établit une règle, lui seul peut y apporter une exception ; mais il n'est pas obligé de manifester sa volonté à cet égard *expressis verbis* ; il a bien le droit de ne la manifester que tacitement. Or c'est ce qu'il a fait dans le cas proposé. Son intention de créer au profit des père et mère une exception au droit commun, apparaît bien clairement. Les art. 454 al. 1, 455 et 456 appartiennent à la même série d'idées. Le premier de ces textes étant déclaré inapplicable au survivant des père et mère, le législateur a dû vouloir qu'il en fût de même des deux autres. Comment en douter quand on voit l'art. 457, qui suit immédiatement, venir dire : « Le tuteur, même le père ou la mère... » : langage qui n'aurait guère de sens, si les articles précédents étaient également applicables au père et à la mère ?

N° 3. De la représentation du mineur par son tuteur.

1072. Le tuteur représentera le mineur dans tous les actes civils, dit l'art. 450 al. 1. Tel est le principe. Il souffre quatre limitations que nous allons successivement étudier.

1073. PREMIÈRE LIMITATION. Certains actes ne peuvent être accomplis par le tuteur pour le compte du mineur, parce que, à raison de leur nature essentiellement personnelle, ils supposent l'expression de la volonté individuelle de celui qu'ils concernent. Ces actes devront être accomplis par le mineur en personne, assisté s'il y a lieu comme de droit. Dans cette catégorie rentrent :

1° Le mariage (arg. art. 36 et 75).

2° Le contrat de mariage (arg. art. 1095, 1309 et 1398).

3° La reconnaissance d'enfant naturel. C'est un aveu ; or l'aveu est de sa nature essentiellement personnel (*supra* n. 902 b.).

4° Le testament, quand la loi l'autorise, ce qui n'a lieu que pour les mineurs âgés de seize ans. Voyez l'art. 904.

5° L'engagement dans les armées de terre ou de mer (*supra* n. 963).

6° Le contrat d'apprentissage, sauf controverse, et généralement tout contrat relatif à l'exercice d'une profession quelconque, par exemple un engagement théâtral (Paris, 27 juin 1889, S., 89. 2. 159). Le tuteur ne peut pas non plus faire le commerce au nom du mineur. Aucun texte n'autorise une personne à faire le commerce en qualité de mandataire légale d'une autre. C'est le mineur qui le fera personnellement, s'il y a lieu ; mais alors il cessera d'être en tutelle ; car le mineur ne peut faire le commerce qu'à la condition d'être émancipé. Arg. art. 2 C. co. Cpr. Cass., 26 janv. 1891, D., 91. 1. 123.

1073 bis. DEUXIÈME LIMITATION. Certains actes concernant le mineur peuvent être accomplis soit par le mineur en personne, soit par son tuteur. Ainsi l'inscription de l'hypothèque légale du mineur peut être requise par celui-ci aussi bien que par son tuteur (art. 2139), et on peut en dire autant de tous les actes conservatoires de la fortune du mineur. De même le mineur peut, sans l'intervention de son tuteur, se faire ouvrir un livret à la caisse d'épargne et y effectuer des dépôts. Il peut même retirer ces

dépôts librement, s'il a atteint l'âge de seize ans révolus. C'est ce qui résulte de l'art. 6 al. 4 de la loi du 9 avril 1881, ainsi conçu : « Les mineurs seront admis à se faire ouvrir des livrets sans l'intervention de leur représentant légal. Ils pourront retirer, sans » cette intervention, mais seulement après l'âge de seize ans révo- » lus, les sommes figurant sur les livrets ainsi ouverts, sauf oppo- » sition de la part de leur représentant légal ». *Adde* art. 21 de la même loi. Le tuteur peut aussi faire ouvrir un livret au mineur et effectuer des versements au nom de celui-ci. Arg. art. 6 al. 1 de la loi précitée.

1074. TROISIÈME LIMITATION. Certains actes relatifs au patrimoine ne sont susceptibles d'être accomplis ni par le mineur personnellement, ni par son tuteur en son lieu et place, et demeurent ainsi complètement impossibles. Ce sont : le testament, si le mineur a moins de seize ans (art. 903) ; le compromis ; l'acceptation pure et simple d'une succession ; la donation des biens du mineur ; l'achat de ses biens par son tuteur.

1° Testament. — Le testament doit être l'œuvre personnelle du testateur. En aucun cas donc le tuteur ne pourra accomplir cet acte pour le compte de son pupille. D'un autre côté le testament suppose une volonté mûre et réfléchie. Notre loi considère qu'un mineur ne remplit cette condition que lorsqu'il a au moins seize ans. Au-dessous de cet âge un testament ne pourra être fait ni par lui ni pour lui.

2° Compromis. — Le compromis est un traité par lequel on confie à des arbitres la mission de trancher une contestation. Les arbitres sont des juges du choix des parties ; ce sont de simples particuliers qu'elles investissent du pouvoir de les juger. Les arbitres n'étaient pas en odeur de sainteté dans notre ancien droit. *Non judices sed simiæ judicum*, dit un de nos anciens, avec un accent de profond mépris. Il faut bien croire que notre législateur se défie lui aussi de la juridiction arbitrale, puisqu'il interdit le compromis pour toutes les contestations dans lesquelles des mineurs sont intéressés. C'est ce qui résulte par argument des art. 83-6° et 1004 du code de procédure civile, qui nous révèlent en même temps l'un des motifs de cette prohibition : devant une juridiction arbitrale, les mineurs seraient privés de la garantie des conclusions du ministère public, qui leur est accordée devant les tribunaux ordinaires dans l'intérêt de leur défense. Ajoutez que, si les causes des mineurs avaient pu être soumises aux juridictions arbitrales, ils n'auraient pas eu la ressource, comme dans le cas où ils sont jugés par les tribunaux

ordinaires, de se pourvoir par voie de requête civile, au cas où ils n'auraient pas été valablement défendus.

3° *Acceptation pure et simple d'une succession échue au mineur.* — « L'acceptation », dit l'art. 461 *in fine*, « n'aura lieu que sous bénéfice d'inventaire ». Les inconvénients pratiques de cette disposition seront signalés tout à l'heure.

4° *Donation.* — Le tuteur ne peut pas disposer des biens du mineur par donation, parce qu'il est chargé de conserver le patrimoine du mineur et de le faire fructifier, mais non de le diminuer; or, *donare est perdere*. Et toutefois on s'accorde à reconnaître que le tuteur pourrait faire, *tutorio nomine*, des cadeaux d'usage aux domestiques, ouvriers, précepteurs... du mineur. Dans nos mœurs, ces cadeaux constituent un complément des salaires ou honoraires plutôt qu'une donation.

Les actes équivalents à la donation seraient interdits au tuteur, comme la donation elle-même; ainsi un tuteur ne pourrait pas renoncer à une prescription acquise au profit de son pupille, ni donner main-levée d'une hypothèque attachée à une créance du mineur avant le paiement de cette créance.

5° *Achat des biens du mineur par le tuteur.* — L'art. 450 al. 3 dit à ce sujet : « Il ne peut... acheter les biens du mineur »; et l'art. 1596 al. 2 répète la même prohibition. La plupart du temps, il est vrai, la vente des biens pupillaires se fait aux enchères publiques (art. 452 et 459), et il semblerait au premier abord qu'il est de l'intérêt du mineur d'admettre tous les enchérisseurs, même le tuteur; car plus les enchérisseurs seront nombreux et plus il y aura de chances que le prix atteigne un chiffre élevé. Mais si le tuteur avait pu enchérir pour son compte, il aurait eu intérêt à écarter les autres enchérisseurs : il est en bonne situation pour cela, car c'est à lui naturellement qu'on viendra demander des renseignements! Le législateur a voulu éviter qu'il pût se trouver ainsi placé entre son devoir et son intérêt.

La règle que le tuteur ne peut pas se porter adjudicataire des biens du mineur, souffre deux exceptions qui sont indiquées dans notre tome III n. 490.

1074 bis. Le tuteur qui ne peut pas acheter les biens du mineur ne peut pas non plus acheter ses dettes : il ne peut se rendre cessionnaire « d'aucun droit ou créance contre son pupille », dit l'art. 450 *in fine*. L'achat d'une créance est un acte de spéculation. Si le tuteur veut spéculer, qu'il spéculé contre un autre que son pupille.

* Un tuteur s'est fait céder une créance contre son pupille, en violation de la prohibition contenue dans l'art. 450; quel sera le sort de la cession? Elle sera nulle; la nullité se cache ici sous les termes prohibitifs de la formule légale (*supra* n. 96). Mais comme la nullité n'a été édictée que dans l'intérêt du mineur, lui seul pourra s'en prévaloir (arg. art. 1125); le même droit n'appartiendrait pas au tuteur ni au cédant. Si le mineur demande la nullité de la cession, tout sera remis au même état que si la cession n'avait pas eu lieu.

Le cédant recouvrera donc sa créance contre le mineur, et le tuteur pourra répéter *condictione sine causa* le prix qu'il a payé au cédant.

* Mais le mineur n'est-il pas fondé en outre à dire à son tuteur : « Seul j'ai le droit de me prévaloir de la nullité de la cession; il me plaît de ne pas le faire et de la tenir pour bonne; la créance que vous avez achetée contre moi est de 10,000 francs; vous l'avez payée 8,000 francs; je vous rembourse ces 8,000 francs, et nous sommes quittes; je suis quitte aussi envers le cédant, et par conséquent je ne dois plus rien à personne ». On l'admet généralement. Tel était, dit-on, notre ancien droit. A quoi l'on peut ajouter que le tuteur, ayant trouvé à acheter la créance pour un prix inférieur à sa valeur nominale, aurait dû faire l'opération, non pour son compte, ce qui est une odieuse spéculation, mais pour celui de son pupille dont il doit gérer les intérêts en bon père de famille, et que par conséquent, il n'a pas le droit de se plaindre, du moment qu'on le replace dans la situation où il se trouverait s'il avait agi loyalement. — Si la loi était à faire, il conviendrait peut-être de la formuler en ce sens. Mais il s'agit seulement de l'interpréter; or la solution qui vient d'être développée revient en définitive à permettre au pupille de prendre pour son compte le marché fait par le tuteur : ce qui s'appelle dans la langue juridique exercer un *retrait*. Un texte ne serait-il pas nécessaire pour l'y autoriser ?

* Mentionnons, pour mémoire seulement, l'opinion de quelques dissidents, qui, demandant à la loi romaine une solution qu'ils devraient uniquement chercher dans la loi française, veulent que, conformément à la nouvelle 72, le mineur soit libéré à la fois envers son ancien créancier et envers son tuteur : le premier n'ayant rien à réclamer, parce qu'il a cédé sa créance, et le second, parce qu'il n'a pu l'acquérir.

Ce que la loi ne veut pas, c'est que le tuteur spéculé aux dépens de son pupille. Or l'acquisition d'un droit contre le mineur ne pouvant être pour le tuteur un instrument de spéculation qu'autant qu'elle est le résultat d'une cession à *titre onéreux*, on doit en conclure que ce sont seulement les cessions de cette nature que notre article proscriit. Les mots *cession*, *cessionnaire* sont pris ailleurs dans ce sens, notamment dans les art. 841, 1597 et 1699. De là il résulte que le tuteur pourrait acquérir un droit ou une créance contre son pupille par voie de cession à *titre gratuit*, c'est-à-dire par donation entre vifs ou testamentaire.

A plus forte raison le tuteur pourrait-il devenir créancier de son pupille en vertu d'une cause autre que la cession : par exemple par voie de succession, s'il est devenu héritier d'un créancier du mineur.

* De même encore le tuteur, en payant de ses propres deniers les dettes de son pupille, acquerrait contre lui une action de gestion d'affaire, donc une créance; il pourrait même, en faisant ce paiement, obtenir le bénéfice de la subrogation, soit de plein droit en vertu des seules dispositions de la loi, dans les cas prévus par l'art. 1251, soit en vertu d'une stipulation expresse.

1075. QUATRIÈME LIMITATION. Il y a certains actes relatifs au patrimoine (ce sont les plus importants de la gestion tutélaire) que le tuteur ne peut valablement accomplir pour le compte du mineur qu'en remplissant certaines formalités prescrites par la loi. Quelles sont ces formalités ? Elles varient suivant les cas : tantôt la loi se contente de l'autorisation du conseil de famille; tantôt elle exige en outre l'homologation du tribunal; exceptionnellement, elle requiert dans certaines hypothèses spéciales l'accomplissement de formalités particulières. Entrons dans les détails.

a. Actes pour lesquels le tuteur doit obtenir l'autorisation du conseil de famille.

1076. Cette première catégorie comprend : 1° le bail des biens du mineur au profit du tuteur; 2° l'acceptation ou la répudiation

d'une succession échue au mineur; 3° l'acceptation d'une donation; 4° l'exercice des actions immobilières du mineur ou l'acquiescement à de semblables actions dirigées contre le mineur; 5° l'exercice de l'action en partage; 6° l'aliénation des meubles incorporels du mineur, dont la valeur ne dépasse pas 1,500 fr.

1° Bail des biens du mineur au profit du tuteur

1077. « Il [le tuteur] ne peut ni acheter les biens du mineur, ni les prendre à ferme, à moins que le conseil de famille n'ait autorisé le subrogé tuteur à lui en passer bail » (art. 450 al. 3).

Bien que l'expression *prendre à ferme* ne s'applique littéralement qu'au bail à ferme, la disposition de notre article devrait être étendue au bail à loyer. *Eadem est ratio*.

2° Acceptation ou répudiation d'une succession.

1078. « Le tuteur ne pourra accepter ni répudier une succession échue au mineur, sans une autorisation préalable du conseil de famille. L'acceptation n'aura lieu que sous bénéfice d'inventaire » (art. 461).

La loi ne distinguant pas, cette disposition s'applique quelle que soit la nature des biens qui composent la succession.

L'autorisation du conseil de famille est suffisante (Paris, 2 février 1880, S., 83. 1. 301), mais nécessaire soit pour la répudiation, soit pour l'acceptation de la succession.

Pour la répudiation ou renonciation, cela se comprend aisément. En effet cet acte équivaut à une aliénation : l'héritier qui renonce se dépouille de la succession dont il était investi. Mais comment expliquer que la loi requière aussi l'autorisation du conseil de famille pour l'acceptation? Cette exigence se concevrait, si le tuteur pouvait accepter purement et simplement la succession échue au mineur. En effet, par l'acceptation pure et simple, l'héritier s'oblige d'une manière indéfinie au paiement des dettes de la succession : il en est tenu, comme on dit, *ultra vires hereditatis*, c'est-à-dire qu'il doit les payer alors même qu'elles excèdent la valeur des biens héréditaires, auquel cas il est obligé de prendre sur ses biens personnels pour combler le déficit que présente la succession. L'acceptation pure et simple peut donc être de grave conséquence pour l'héritier, et, si elle était possible pour le compte d'un mineur, on s'expliquerait à merveille que la loi ne l'eût permise au tuteur qu'avec l'autorisation du conseil de famille. Mais la loi dit que l'acceptation de la succession échue au mineur ne pourra être faite que sous bénéfice d'inventaire. Or l'acceptation sous bénéfice d'inventaire n'expose pas l'héritier au danger qui vient d'être signalé, car l'héritier *bénéficiaire* n'est tenu des dettes qu'*intra vires hereditatis*, c'est-à-dire dans la mesure de la valeur des biens héréditaires qu'il recueille; la loi l'autorise même à se décharger de toute obligation envers les créanciers héréditaires, en leur faisant l'abandon de tous les biens de la succession (art. 802). L'héritier bénéficiaire réalisera donc un bénéfice, si la succession est bonne; car il profitera alors, comme un héritier pur et simple, de l'excédent de l'actif sur le passif; et, si la succession est mauvaise, il ne gagnera rien, mais du moins il ne perdra pas. L'acceptation sous bénéfice d'inventaire apparaissant ainsi comme toujours avantageuse pour le mineur, on se demande pourquoi la loi ne la permet au tuteur que moyennant l'autorisation du conseil de famille. Il y en a deux raisons.

D'abord, si la succession est certainement mauvaise, s'il est démontré que les dettes excèdent les biens, pourquoi l'accepter, même sous bénéfice d'inventaire, ce qui aura pour conséquence de jeter le mineur ou ses représentants dans les embarras d'une liquidation peut-être fort compliquée, le tout pour arriver en définitive à un résultat négatif? En pareil cas il vaut bien mieux renoncer.

Mais il y a plus. L'acceptation, même sous bénéfice d'inventaire, est susceptible, au moins dans un cas, de causer un préjudice grave au mineur. Pour le comprendre, il faut savoir que tout héritier, *même bénéficiaire*, est tenu de *rappporter* à la succession, c'est-à-dire de remettre dans la masse héréditaire, tout ce qu'il a reçu du défunt à titre de donation (art. 843); au contraire l'héritier qui renonce ne doit pas le rapport : il conserve ce qui lui a été donné (art. 845). Cela posé, on comprend que, si le mineur a reçu des donations du défunt dont il est aujourd'hui l'héritier, il peut avoir plus d'intérêt à renoncer à la succession qu'à l'accepter. Faisons l'espèce suivante. Un oncle du mineur lui a fait donation entre vifs d'une somme de 50,000 fr. : cet oncle meurt quelque temps après; sa succession ne comprend que 10,000 fr. d'actif net; il laisse pour héritiers le mineur, et un frère de celui-ci, auquel il n'a rien donné de son vivant. Nous avons donc deux héritiers, dont l'un a reçu par donation 50,000 fr. La succession est-elle acceptée pour le compte du mineur? Il devra rapporter à la masse héréditaire les 50,000 fr. qu'il a reçus du défunt. En réunissant ces 50,000 fr. aux 10,000 fr. d'actif net que contient la succession, on arrive à une masse partageable de 60,000 fr., dont 30,000 fr. pour le mineur et 30,000 fr. pour l'autre héritier. La succession est-elle au contraire répudiée pour le compte du mineur? Il garde les 50,000 fr. qui lui ont été donnés; car en renonçant il se dispense du rapport (art. 845), et la succession tout entière revient à l'autre héritier qui n'obtient ainsi que 10,000 fr. Il y a donc pour le mineur 20,000 fr. de profit à prendre ce dernier parti. On voit que l'acceptation même bénéficiaire peut n'être pas sans danger, et on s'explique ainsi que la loi ne l'ait permise pour le compte du mineur qu'avec l'autorisation du conseil de famille.

* **1079.** En disant que la succession échue au mineur ne pourra être acceptée que sous bénéfice d'inventaire, l'art. 461 en interdit certainement l'acceptation pure et simple. Cette disposition de notre loi est l'objet de sévères et justes critiques. L'acceptation bénéficiaire d'une succession entraîne une liquidation compliquée, longue par cela même et coûteuse. A ce point de vue, quand la succession est sûrement bonne, l'acceptation pure et simple présente un avantage incontestable sur l'acceptation bénéficiaire. L'héritier mineur ne pourra pas profiter de cet avantage, car il n'y a qu'une acceptation possible pour lui, l'acceptation bénéficiaire! C'est très fâcheux; mais voici qui l'est bien plus encore. Dans un cas particulier, l'acceptation bénéficiaire peut être désastreuse, et cependant le mineur devra la subir! En effet, d'après la jurisprudence constante de la cour de cassation (Cass., ch. r., 12 janv. 1876, D., 76. 1. 152, S., 76. 1. 81), l'adjudication sur licitation, faite au profit d'un héritier bénéficiaire, demeure soumise à la formalité de la transcription : elle ne jouit pas de l'immunité établie par l'art. 1-4^o de la loi du 23 mars 1855, qui dispense de la transcription les adjudications sur licitation au profit d'un cohéritier ou copartageant. En d'autres termes, un immeuble dépendant d'une succession étant licité, la transcription de l'adjudication ne sera pas nécessaire, si c'est un héritier pur et simple qui se porte adjudicataire; elle le sera au contraire si c'est un héritier bénéficiaire. Or la transcription donne lieu au paiement du droit de 1 fr. 50 % établi par l'art. 54 de la loi du 28 avril 1816. En interdisant au mineur d'accepter purement et simplement la succession qui lui est déférée, la loi l'oblige donc, pour le cas où il se rendrait adjudicataire sur licitation d'un immeuble de la succession, à payer un droit de 1 fr. 50 % qu'il serait dispensé de payer s'il pouvait accepter purement et simplement. Voilà comment notre loi protège les mineurs!

1080 L'acceptation de la succession échue au mineur est irrévocable, quand elle a été faite par le tuteur avec l'autorisation du conseil de famille.

Il n'en est pas ainsi de la renonciation, même régulièrement faite au nom du mineur. « Dans le cas où la succession répudiée au nom du mineur n'aurait pas été acceptée par un autre », dit l'art. 462, « elle pourra être reprise, soit par le tuteur autorisé à cet effet par une nouvelle délibération du conseil de famille, soit par le mineur devenu majeur, mais dans l'état où elle se trouvera lors de la reprise, et sans pouvoir attacher les ventes et autres actes qui auraient été légalement faits durant la vacance ».

Cet article accorde au mineur une faveur qui plus tard a été étendue à tous les autres

héritiers par l'art. 790. Nous examinerons sous ce dernier article les difficultés auxquelles l'art. 462 peut donner lieu.

3° Acceptation d'une donation.

1081. « *La donation faite au mineur ne pourra être acceptée par le tuteur qu'avec l'autorisation du conseil de famille. — Elle aura, à l'égard du mineur, le même effet qu'à l'égard du majeur* » (art. 463).

« Il n'est si bel acquêt que de don », dit le vieux Loysel. Dans la donation, en effet, tout est profit pour le donataire, qui acquiert sans bourse délier. Alors pourquoi notre article exige-t-il l'autorisation du conseil de famille pour permettre au tuteur d'accepter la donation offerte à son pupille ? Parce qu'il n'y a pas seulement à se préoccuper du côté pécuniaire de la donation, mais aussi et surtout du côté moral. Dans certains cas, la donation demandera à être examinée de près à ce point de vue : il faut rechercher quelles sont les intentions du donateur, quel est son mobile ; la loi confie cette mission délicate au conseil de famille, qui refusera d'autoriser l'acceptation de toute donation suspecte. D'ailleurs, même au point de vue pécuniaire, il y aura quelquefois à réfléchir : la donation peut être accompagnée de charges qui en diminuent ou même en absorbent le profit.

Le tuteur n'a pas seul qualité pour accepter la donation offerte au mineur. Voyez à ce sujet l'art. 935.

Vu la généralité des termes de l'art. 463, on doit décider que ce texte s'applique aux donations testamentaires aussi bien qu'aux donations entre vifs.

4° Exercice des actions immobilières ou acquiescement à des actions de cette nature.

1082. « *Aucun tuteur ne pourra introduire en justice une action relative aux droits immobiliers du mineur, ni acquiescer à une demande relative aux mêmes droits, sans l'autorisation du conseil de famille* » (art. 464).

L'action est une demande formée en justice, en vue d'obtenir ce qui nous appartient ou ce qui nous est dû. — La nature d'une action se détermine d'après son objet : elle est mobilière, si elle a pour objet un meuble, immobilière si elle a pour objet un immeuble. C'est ce qu'exprime l'ancien adage *Actio ad mobile est mobilis, ad immobile immobilis*.

En ce qui concerne les actions *immobilières* qui peuvent appartenir au mineur, la loi distingue. L'autorisation du conseil de famille est nécessaire au tuteur pour les *intenter*, ou, comme le dit notre article, pour les « introduire en justice », c'est-à-dire pour agir dans ces actions comme demandeur au nom du mineur. Au contraire, le tuteur n'a plus besoin de cette autorisation pour

défendre à une semblable action intentée contre le mineur, c'est-à-dire pour y jouer le rôle de défendeur.

* Ce n'est pas qu'il soit bien facile de rendre raison de cette différence. Le législateur a peut être considéré qu'il est plus périlleux d'intenter une action dont le résultat est douteux, que de défendre à une semblable action. En effet, toutes choses égales d'ailleurs, c'est le défendeur qui triomphera. La raison en est que la preuve incombe au demandeur, *actoris est probare* ; il succombera s'il ne réussit pas à faire cette preuve, et par conséquent le défendeur obtiendra gain de cause, *actore non probante reus absolvitur*. Le rôle du défendeur dans l'instance est donc plus aisé et moins périlleux que celui du demandeur, et cela explique tant bien que mal que le législateur permette plus facilement au tuteur la défense que l'attaque.

* Le tuteur ne représentant valablement le mineur dans une action immobilière intentée au nom de celui-ci qu'autant qu'il est autorisé par le conseil de famille, il en résulte que le défendeur pourrait refuser le débat jusqu'à ce que cette autorisation ait été obtenue ; car il ne peut pas être obligé d'engager la lutte contre un adversaire qui n'a pas qualité. On reconnaît d'ailleurs que l'autorisation accordée pendant le cours de l'instance, et à une période quelconque de cette instance, purgerait le vice de la procédure antérieure.

* Bien que les actions possessoires soient des actions immobilières, le tuteur pourrait les intenter sans autorisation ; elles rentrent en effet dans la série des actes conservatoires pour lesquels le tuteur a pleins pouvoirs. *Adde* arg. art. 1428.

1083. La loi met l'acquiescement à une demande immobilière sur la même ligne que l'exercice de l'action active. L'autorisation du conseil de famille est donc nécessaire au tuteur pour acquiescer à une action immobilière intentée contre le mineur. Acquiescer à une demande, c'est reconnaître le bien-fondé de la prétention du demandeur.

1084. Notre article garde en ce qui concerne les actions mobilières un silence calculé. Tout le monde en conclut que le tuteur peut exercer les actions mobilières du mineur, tant en demandant qu'en défendant, sans l'autorisation du conseil de famille ; il pourrait également, sans cette autorisation, acquiescer à une demande de cette nature.

Les actions relatives à l'état des personnes ne sont à proprement parler ni mobilières ni immobilières, cette distinction n'étant susceptible d'application que quant aux biens matériels. Il en résulte que le tuteur peut, en vertu du principe d'omnipotence que nous avons établi au n. 1057, représenter pleinement le mineur dans toutes les instances relatives à son état, sans qu'il y ait à distinguer si le mineur y joue le rôle de demandeur ou celui de défendeur. Grenoble, 14 février et 5 déc. 1883, S., 84. 2. 73.

5° Action en partage.

1085. « *La même autorisation sera nécessaire au tuteur pour provoquer un partage ; mais il pourra, sans cette autorisation, répondre à une demande en partage dirigée contre le mineur* » (art. 463).

Plusieurs héritiers sont appelés à une même succession ; l'un d'entre eux est mineur. Son tuteur aura besoin de l'autorisation du conseil de famille pour provoquer en son nom le partage de cette succession ; mais il pourra, sans autorisation, répondre à la

demande en partage formée par les cohéritiers du mineur. En d'autres termes, le tuteur a besoin de l'autorisation du conseil de famille pour intenter l'action en partage, mais non pour y défendre. Pourquoi cette distinction? Quand le partage est demandé par un des cohéritiers du mineur, il devient une opération nécessaire; car nul n'est tenu de rester dans l'indivision (art. 815), et tout intéressé a le droit d'exiger qu'il soit mis fin à l'indivision par un partage; alors pourquoi demander au conseil de famille une autorisation qui ne saurait être utilement refusée? Au contraire, si les consorts du mineur ne prennent pas les devants, il peut être sage de les imiter. Un partage, provoqué avant la majorité du mineur, ne pourrait être fait valablement qu'en justice (art. 466). La loi a établi cette règle pour protéger les mineurs; mais cette protection est souvent la cause de leur ruine, car les partages judiciaires entraînent des frais considérables. Dans l'intérêt de tous les ayant droit, il sera souvent préférable, surtout si l'heure de la majorité du mineur est proche, d'attendre ce moment pour procéder à un partage amiable, dont les frais seront relativement minimes, et où les convenances réciproques des copartageants pourront être mieux observées. Voilà pourquoi la loi n'a pas permis au tuteur de prendre la périlleuse initiative de la demande en partage, sans l'autorisation du conseil de famille.

La disposition de notre article étant conçue dans les termes les plus généraux, on doit en conclure qu'elle s'appliquerait :

a. Quelle que soit la cause de l'indivision qu'il s'agit de faire cesser par le partage, donc non seulement, comme on l'a supposé tout à l'heure, lorsque l'indivision a pour cause une succession, mais aussi quand elle a sa source dans une société ou dans une communauté.

b. Quelle que soit la nature des biens indivis, et alors même que la masse à partager ne comprendrait que des meubles. Nos anciens disaient que l'universalité mobilière *sapit quid immobile*.

6° Aliénation de meubles incorporels appartenant au mineur, lorsque la valeur des meubles à aliéner ne dépasse pas quinze cents francs, d'après l'appréciation du conseil de famille.

1086. Voyez sur ce point *infra* n. 1094.

b, *Des actes pour lesquels le tuteur doit obtenir, outre l'autorisation du conseil de famille, l'homologation du tribunal.*

1087. Cette deuxième catégorie comprend : 1° l'emprunt; 2° l'aliénation des immeubles; 3° l'hypothèque; 4° l'aliénation des meubles incorporels d'une valeur supérieure à quinze cents francs. C'est ce qui résulte des art. 457 et 458 du code civil et des art. 1 et 2 de la loi du 27 février 1880.

Nous transcrivons ici les art. 457 et 458 qui sont relatifs à l'emprunt, à l'aliénation des immeubles et à l'hypothèque.

ART. 457. *Le tuteur, même le père ou la mère, ne peut emprunter*

pour le mineur, ni aliéner ou hypothéquer ses biens immeubles, sans y être autorisé par un conseil de famille. — Cette autorisation ne devra être accordée que pour cause d'une nécessité absolue, ou d'un avantage évident. — Dans le premier cas, le conseil de famille n'accordera son autorisation qu'après qu'il aura été constaté, par un compte sommaire présenté par le tuteur, que les deniers, effets mobiliers et revenus du mineur sont insuffisants. — Le conseil de famille indiquera, dans tous les cas, les immeubles qui devront être vendus de préférence, et toutes les conditions qu'il jugera utiles.

ART. 458. *Les délibérations du conseil de famille relatives à cet objet ne seront exécutées qu'après que le tuteur en aura demandé et obtenu l'homologation devant le tribunal de première instance, qui y statuera en la chambre du conseil, et après avoir entendu le procureur du Roi. Cpr. art. 953 et s. C. pr.*

1^o Emprunt.

1088. Les termes de l'art. 458 laissent quelque doute sur le point de savoir si la délibération du conseil de famille, autorisant l'emprunt, doit être homologuée par le tribunal. Cet article dit en effet : « Les délibérations... *relatives à cet objet* » ; or, en comparant ce texte avec celui qui précède, il semble qu'il s'agisse seulement de la vente des immeubles et non de l'emprunt. Mais le doute est levé par l'art. 483 qui, statuant sur le cas où l'emprunt est fait pour le compte d'un mineur émancipé, exige positivement l'homologation du tribunal. Donc *a fortiori* cette homologation est nécessaire quand l'emprunt intéresse un mineur non émancipé.

L'emprunt, comme d'ailleurs l'hypothèque qui le favorise, ou la vente des immeubles qui le remplace, ne doit être autorisé par le conseil de famille que « *pour cause d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident* ».

= *Pour cause d'une nécessité absolue* : par exemple pour effectuer le paiement d'une dette onéreuse ou exigible, pour faire des réparations d'une nécessité urgente, pour procurer au mineur une profession ou un établissement avantageux. Ce sont précisément les cas qui étaient indiqués dans le projet. On l'a modifié sur ce point, soit parce que cette énumération a paru inutile, soit parce qu'on ne voulait pas paraître limiter aux cas prévus la faculté d'autoriser l'emprunt, l'aliénation ou l'hypothèque. Lorsque l'emprunt est commandé par une nécessité absolue, la loi dit que le conseil de famille ne devra l'autoriser qu'après qu'il aura été constaté par un compte sommaire présenté par le tuteur que les deniers, effets mobiliers et revenus du mineur sont insuffisants.

= *Pour cause... d'un avantage évident* : par exemple si le tuteur trouve à emprunter de l'argent à 4 % pour éteindre une dette du mineur portant intérêt à 5 %.

Le conseil de famille peut d'ailleurs régler les conditions de l'emprunt qu'il autorise (art. 457 *in fine*), dire par exemple à quel taux l'emprunt pourra être fait, pour combien d'années ; ou bien encore désigner quelqu'un pour surveiller l'emploi que fera le tuteur des fonds obtenus par l'emprunt.

2^o Aliénation des immeubles.

1089. Nous venons de dire que le conseil de famille ne doit autoriser l'aliénation des immeubles, comme l'emprunt, que pour

cause d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident. Comme au cas d'emprunt également, il pourra indiquer toutes les conditions qu'il jugera utiles, par exemple déterminer le mode d'emploi de la partie du prix qui restera libre après la satisfaction des besoins en vue desquels l'aliénation a été permise, ou, si la vente est autorisée pour cause d'avantage évident, fixer un prix *minimum* au-dessous duquel l'aliénation ne pourra avoir lieu.

L'art. 459 indique les formes dans lesquelles la vente doit être faite : « *La vente se fera publiquement, en présence du subrogé tuteur, aux enchères qui seront reçues par un membre du tribunal de première instance, ou par un notaire à ce commis, et à la suite de trois affiches apposées, par trois dimanches consécutifs, aux lieux accoutumés dans le canton. — Chacune de ces affiches sera visée et certifiée par le maire des communes où elles auront été apposées* ». Cpr. C. pr., art. 954.

— *En présence du subrogé tuteur.* Ajoutez : ou lui dûment appelé. Cpr. C. pr., art. 962.

— *A la suite de trois affiches apposées par trois dimanches consécutifs.* Aujourd'hui un seul affichage suffit, et il n'est pas nécessaire qu'il soit fait un jour de dimanche ; mais les placards doivent être apposés un certain temps avant l'adjudication (C. pr., art. 959), et leur contenu reproduit par la voie de la presse (C. pr., art. 960).

Une délibération du conseil de famille homologuée par le tribunal pourrait autoriser l'aliénation des immeubles du mineur par échange aussi bien que par vente. Le mot *aliéner*, qu'emploie l'art. 457, est général ; et, si l'on conçoit difficilement un échange qui puisse être imposé par une nécessité absolue, il pourra fort bien arriver tout au moins que cette opération présente un avantage évident. L'échange rentre donc dans les termes de l'art. 457. D'ailleurs l'art. 1707 déclare les règles de la vente applicables à l'échange. — Toutefois il est clair qu'il n'y aurait pas lieu d'appliquer au cas d'échange la disposition de l'art. 459, la nature même de l'opération s'y opposant. Aussi est-il remarquable que cette disposition parle de la *vente*, et non plus de l'*aliénation*, comme l'art. 457.

1090. Dans trois cas exceptionnels, l'aliénation des immeubles du mineur peut avoir lieu sans l'autorisation du conseil de famille homologuée par le tribunal.

a. Le premier cas est prévu par l'art. 460, ainsi conçu : « *Les formalités exigées par les articles 457 et 458, pour l'aliénation des biens du mineur, ne s'appliquent point au cas où un jugement aurait ordonné la licitation sur la provocation d'un copropriétaire par indivis. — Seulement, et en ce cas, la licitation ne pourra se faire que dans la forme prescrite par l'article précédent : les étrangers y seront nécessairement admis* ». Cpr. C. pr., art. 953 al. 2.

Un immeuble est indivis entre plusieurs copropriétaires dont l'un est mineur ; un des consorts du mineur, usant du droit que lui confère l'art. 815, en demande le partage : l'immeuble n'étant pas susceptible d'être partagé en nature (c'est un moulin, par exemple, ou une usine), le tribunal devant lequel se poursuivent les opérations du partage en ordonne la *licitation* (1) qui se trouve ainsi provoquée par l'un des consorts du mineur. L'autorisation du conseil de famille ne sera plus nécessaire pour la vente. Nous en avons dit la raison (*supra* n. 1085). Il en serait autrement si la licitation était provoquée par le tuteur en dehors d'une instance en partage.

Notre article indique d'ailleurs d'une manière suffisante la forme dans laquelle la lici-

(1) *Licitatio* vient de *liceri*, *liceor* qui signifie *vendre aux enchères*. Par le moyen de la licitation, on arrive à partager le prix de la chose au lieu et place de la chose elle-même qui ne peut se partager en nature, ce qui a fait dire à Dumoulin : *licitatio ipsa divisio rei quæ dividi non potest*.

tation doit être faite, et il ajoute que les étrangers seront nécessairement admis à enchérir. C'est là une garantie établie dans l'intérêt du mineur, en vue d'obtenir le plus haut prix possible. Si tous les copropriétaires étaient majeurs, ils pourraient, d'un commun accord, exclure les étrangers. Cpr. art. 1687.

b. Le deuxième cas a lieu, lorsque l'expropriation des immeubles du mineur est poursuivie par ses créanciers. A quoi bon ici encore demander au conseil de famille une autorisation qu'il ne pourrait pas utilement refuser? Le seul privilège que la loi accorde au mineur, c'est que ses immeubles ne peuvent être mis en vente qu'après discussion préalable du mobilier (art. 2206). Et encore le mineur ne jouit-il pas toujours de ce bénéfice, ainsi qu'on le voit par l'art. 2207.

* *c.* Enfin le troisième cas est prévu par l'art. 13 de la loi du 3 mai 1841, sur l'expropriation pour cause d'utilité publique. Voyez ce texte.

3° Hypothèque.

1091. « L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation » (art. 2114). Elle constitue, comme nous le verrons plus tard, un démembrement de la propriété; par suite la constitution d'hypothèque équivaut à une aliénation partielle, et dès lors il était tout simple que la loi lui appliquât les mêmes règles qu'à l'aliénation. Le tuteur ne pourra donc hypothéquer les immeubles du mineur qu'en vertu d'une autorisation du conseil de famille homologuée par le tribunal. Nous avons déjà dit que le conseil de famille ne peut autoriser la constitution d'hypothèque que pour cause d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident; il indiquera les immeubles qui devront être de préférence hypothéqués, bien que la loi dise seulement qu'il indiquera ceux qui devront être vendus de préférence.

Les règles relatives à la constitution d'hypothèque devraient être appliquées à la constitution d'un droit réel quelconque sur les immeubles, tel qu'une antichrèse, une servitude, un usufruit.

1092. Dans tous les cas où le tribunal sera appelé à homologuer une délibération du conseil de famille autorisant pour le compte du mineur un emprunt, une aliénation d'immeuble ou une constitution d'hypothèque, il devra statuer sur ce point en la chambre du conseil (art. 458) et après avoir entendu le procureur de la république. La loi veut que le tribunal statue en la chambre du conseil, parce que la publicité pourrait nuire aux intérêts du mineur. Si la vente d'un immeuble, par exemple, est autorisée par le conseil de famille pour cause d'une nécessité absolue, il ne faut pas que le public soit initié à l'état de détresse du mineur; si elle est autorisée pour cause d'un avantage évident, il ne faut pas révéler le secret de cet avantage: cela pourrait quelquefois entraver le succès de l'opération.

4° Aliénation de meubles incorporels du mineur, dont la valeur dépasse quinze cents francs en capital.

1093. Le code civil n'ayant prescrit aucune règle particulière pour l'aliénation des meubles incorporels du mineur, tels que créances sur particuliers, actions ou obligations industrielles..., la jurisprudence considérait cette aliénation comme rentrant dans le mandat général du tuteur (*supra* n. 1057). Elle reconnaissait donc au tuteur pleins pouvoirs pour aliéner les valeurs mobilières appar-

tenant au mineur, à l'exception des inscriptions de rentes sur l'Etat, qu'il ne pouvait transférer sans une autorisation du conseil de famille quand elles excédaient dans leur ensemble 50 fr. de revenu (loi du 24 mars 1806, art. 3), et des actions de la Banque de France, pour le transfert desquelles l'autorisation du conseil de famille était également nécessaire lorsque le mineur était propriétaire, soit de plusieurs actions, soit de plusieurs coupons représentant plus d'une action entière (décret du 25 septembre 1813). Cpr. *infra*, n. 1143. La jurisprudence reconnaissait aussi au tuteur, toujours en vertu du principe d'omnipotence, le pouvoir de convertir les titres nominatifs du mineur en titres au porteur (Cass., 8 février 1870, D., 70. 1. 337, S., 70. 1. 189, et 4 avril 1873, S., 73. 1. 441). Qu'arrivait-il alors ? Le tuteur vendait les valeurs mobilières appartenant à son pupille, spéculait avec les fonds provenant de la vente ; et plus tard, quand ces spéculations avaient englouti le patrimoine du mineur, celui-ci se trouvait souvent, ou sans aucun recours contre son tuteur, parce que la mauvaise foi ou la faute du tuteur n'étaient pas établies, ou armé contre lui d'un recours illusoire, parce qu'il était insolvable.

Que les législateurs du code civil aient creusé cet abîme sous les pas des mineurs, il ne faut pas s'en étonner ! La fortune mobilière avait alors peu d'importance, témoin l'adage *Res mobilis res vilis*. Mais depuis longtemps cet adage exprime une contre-vérité. La richesse mobilière a pris dans le cours de ce siècle un développement considérable ; elle est aujourd'hui devenue la rivale, sinon l'égale en importance, de la richesse immobilière. Ce qui peut surprendre, c'est que le législateur nous ait fait attendre jusqu'à hier une réforme que le nouvel état économique avait rendue depuis longtemps nécessaire. Elle n'a été effectuée que par la loi du 27 février 1880, intitulée : *Loi relative à l'aliénation des valeurs mobilières appartenant aux mineurs et aux interdits et à la conversion de ces mêmes valeurs en titres au porteur*. Sur ce point, comme sur bien d'autres, nous nous sommes laissés devancer par la plupart des autres législateurs européens.

La loi nouvelle a un triple objet :

1° Elle ne permet au tuteur d'aliéner les valeurs mobilières appartenant au mineur ou à l'interdit que moyennant une autorisation du conseil de famille, qui, dans certains cas, doit être doublée de l'homologation du tribunal. Mêmes formalités à remplir pour la conversion en titres au porteur des titres nominatifs du

mineur ou de l'interdit, opération presque aussi dangereuse que l'aliénation parce qu'elle la prépare et la facilite.

Un titre nominatif (*titre* est ici synonyme d'*écrit, instrumentum*), est celui qui contient le nom du titulaire. Si le nom du titulaire n'est pas indiqué, le titre est au porteur. Prenons pour exemple les obligations des compagnies de chemins de fer. Le titre nominatif portera : *M. N. (noms et prénoms) est inscrit sur les registres de la compagnie pour tant d'obligations...* Au contraire le titre au porteur est ainsi conçu : *Obligation au porteur de 500 fr. Le porteur a droit...* Les titres nominatifs fixent la propriété sur la tête du titulaire d'une manière plus stable et plus sûre que les titres au porteur. En effet, d'une part, ils mettent le propriétaire à peu près à l'abri des conséquences fâcheuses de la perte ou du vol. D'autre part, ils se prêtent moins facilement à l'aliénation. Cela demande quelques explications. La propriété d'un titre au porteur et du droit que ce titre constate est présumée appartenir au porteur quel qu'il soit : le droit s'incarne dans le titre et fait corps avec lui. Il suffit donc de transférer le titre pour transférer le droit : une simple remise du titre, faite de la main à la main, transmettra au porteur à la fois la propriété du titre et les droits qui y sont attachés. En vertu du même principe, le propriétaire d'un titre au porteur est exposé à se voir dépouillé de son droit par la perte de son titre ou par un vol. C'est autre chose pour les titres nominatifs. Il ne suffit pas d'être porteur du titre pour pouvoir se prétendre titulaire du droit. Le droit appartient à celui dont le nom figure sur le titre. S'il perd son titre il ne perdra pas son droit, car le droit n'est pas attaché au titre ; il perdra seulement un moyen de preuve de son droit, mais il en aura d'autres à son service. En outre la propriété du droit constaté par le titre nominatif ne peut être transférée que par certains modes déterminés : pour les obligations que nous avons choisies comme exemple, par une déclaration de transfert inscrite sur les registres de la compagnie. Les titres nominatifs offrent donc bien plus de sécurité que les titres au porteur ; mais d'un autre côté les titres au porteur se prêtent mieux à la spéculation.

2° La loi nouvelle prescrit la conversion en titres nominatifs des titres au porteur appartenant au mineur ou à l'interdit lors de l'ouverture de la tutelle ou qui lui surviennent pendant son cours.

3° Elle assure l'emploi des capitaux appartenant aux mineurs et aux interdits.

Afin d'assurer l'observation de ses prescriptions, la loi nouvelle

confère au subrogé tuteur une mission de surveillance toute spéciale.

1094. L'art. 1 de cette loi dispose : « *Le tuteur ne pourra aliéner, sans y être autorisé préalablement par le conseil de famille, les rentes, actions, parts d'intérêts, obligations, et autres meubles incorporels quelconques appartenant au mineur ou à l'interdit* ». La règle est donc que le tuteur ne peut aliéner sans l'autorisation du conseil de famille aucun *meuble incorporel* du mineur. Cette expression, dont la définition sera donnée sous l'art. 529, a un sens très large ; elle comprend notamment, outre les rentes, actions et parts d'intérêts dont parle la loi, les obligations industrielles, les créances sur particuliers, les offices ministériels, les fonds de commerce (1). Mais d'ailleurs la loi ne dit pas ici, comme elle le fait au sujet des immeubles (art. 437), que l'aliénation ne pourra être autorisée que *pour cause d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident*. Il suffit que l'aliénation paraisse utile, pour que le conseil de famille puisse l'autoriser. Toutefois il sera bon que sa décision soit motivée, au moins toutes les fois qu'elle devra être soumise à l'homologation du tribunal ; car il faut bien que le tribunal, chargé de contrôler la décision du conseil, puisse connaître les causes qui l'ont dictée.

L'art. 1 ajoute dans son alinéa final : « *Le conseil de famille en autorisant l'aliénation prescrira toutes les mesures qu'il jugera utiles* ». Notamment le conseil de famille pourra ordonner que les fonds à provenir de l'aliénation ne resteront pas à la disposition du tuteur, mais seront versés entre les mains d'une personne ou d'une société déterminée. Il peut aussi régler l'emploi qui sera fait du prix. Mais les tiers, et notamment les compagnies dont les titres sont régulièrement aliénés, ne peuvent en aucun cas être déclarés responsables de l'emploi prescrit par le conseil de famille. Arg. art. 6 de la loi.

Aux termes de l'art. 2 : « *Lorsque la valeur des meubles incorporels à aliéner dépassera, d'après l'appréciation du conseil de famille, quinze cents francs en capital, la délibération sera soumise à l'homologation du tribunal qui statuera en la chambre du conseil, le ministère public entendu, le tout sans dérogation à l'article 883 du Code de procédure civile. — Dans tous les cas le jugement rendu sera en dernier ressort* ».

Ces mots « le tout sans dérogation à l'art. 883 du code de procédure civile » signifient

(1) V. cep. Bordeaux, 29 déc. 1890, D., t. 2. 368, S., 91. 2. 221. Cet arrêt, qui s'explique peut-être par les circonstances particulières de la cause, juge que le tuteur peut aliéner à l'amiable et sans l'autorisation du conseil de famille un fonds de commerce appartenant à son pupille.

que si la délibération du conseil de famille, autorisant l'aliénation ou déclarant la valeur inférieure à quinze cents francs, n'est pas unanime, les membres de la minorité du conseil et les autres personnes désignées par l'art. 883 C. pr. pourront se pourvoir contre la délibération. Cette réserve était de droit, du moment qu'il n'était pas expressément dérogé à l'art. 883, et il était inutile de l'exprimer.

D'après le nouvel état de choses inauguré par la loi du 27 février 1880, le tuteur ne peut donc plus en aucun cas aliéner les meubles incorporels du mineur, *quelque minime que soit leur valeur*, sans une autorisation du conseil de famille ; au-dessus d'un certain taux, l'homologation du tribunal est en outre nécessaire. On n'a pas voulu permettre au tuteur de se passer d'autorisation, même pour l'aliénation des valeurs de peu d'importance, par exemple de celles représentant un capital inférieur à 1,000 fr., parce que, d'une part, on aurait ainsi laissé sans protection les mineurs dont la fortune est minime (et ce sont précisément ceux-là qui ont le plus besoin d'être protégés), et que, d'autre part, en faisant à plusieurs reprises des aliénations de meubles incorporels d'une valeur égale au minimum fixé par la loi, le tuteur aurait pu arriver à disposer au préjudice du mineur de sommes importantes. Malheureusement la protection de la loi coûte cher aux mineurs. Les frais d'une autorisation du conseil de famille sont de 30 à 50 fr., et l'homologation du tribunal ne s'obtient guère à moins de 200 fr. A force de vouloir protéger les mineurs on les ruine !

D'ailleurs les règles ci-dessus s'appliquent à tout tuteur, même au survivant des père et mère. Mais il résulte du texte de la loi et du rapport de M. Denormandie au sénat qu'elles demeurent inapplicables au père administrateur légal, dont les pouvoirs relativement aux meubles incorporels de son enfant restent ce qu'ils étaient avant la loi, c'est-à-dire assez peu définis (*supra* n. 995). Les motifs qui ont fait établir cette exception sont les mêmes que ceux qui ont porté le législateur à ne pas accorder à l'enfant soumis à l'administration légale la garantie de l'hypothèque légale et celle de la subrogée tutelle. Cpr. *supra*, n. 994.

Aux termes de l'art. 3 de la loi : « *L'aliénation sera opérée par le ministère d'un agent de change, toutes les fois que les valeurs seront négociables à la Bourse, au cours moyen du jour* ». En ce qui concerne les valeurs qui ne sont pas négociables à la Bourse, le conseil de famille, sauf l'homologation du tribunal dans les cas où elle est nécessaire, détermine la forme dans laquelle l'aliénation aura lieu. Argument de ces mots de l'art. 1 *in fine* : « *prescrita toutes les mesures qu'il jugera utiles* ». En vertu de ce même texte, le conseil de famille peut aussi déterminer l'emploi qui sera fait

des fonds à provenir de l'aliénation. Maître de refuser son autorisation, le conseil de famille peut ne l'accorder que sous condition.

1095. Les art. 5 et 10 de la loi complètent la mesure de protection résultant pour le mineur des dispositions que nous venons d'analyser.

a. L'art. 5 oblige le tuteur à convertir dans un bref délai en titres nominatifs les titres au porteur qui peuvent appartenir au mineur. Effectivement, la propriété d'un droit constaté par un titre au porteur se transférant par une simple remise du titre, effectuée de la main à la main, le tuteur aurait pu facilement disposer sans le contrôle du conseil de famille de toutes les valeurs du mineur qui affectent cette forme. L'aliénation n'en sera plus aussi facile lorsqu'elles seront devenues nominatives, car il faudra alors un acte de transfert; le contrôle du conseil de famille pourra alors s'exercer d'une manière efficace. L'art. 5 de la loi dit à ce sujet : « *Le tuteur devra, dans les trois mois qui suivront l'ouverture de la tutelle, convertir en titres nominatifs les titres au porteur appartenant au mineur ou à l'interdit, et dont le conseil de famille n'aurait pas jugé l'aliénation nécessaire ou utile. — Il devra également convertir en titres nominatifs les titres au porteur qui adviendraient au mineur ou à l'interdit, de quelque manière que ce fût, et ce, dans le même délai de trois mois à partir de l'attribution définitive ou de la mise en possession de ces valeurs. — Le conseil de famille pourra fixer, pour la conversion, un terme plus long* ».

L'article ajoute : « *Lorsque, soit par leur nature, soit à raison de conventions, les valeurs au porteur ne seront pas susceptibles d'être converties en titres nominatifs, le tuteur devra, dans les trois mois, obtenir du conseil de famille l'autorisation, soit de les aliéner avec emploi, soit de les conserver; dans ce dernier cas, comme dans celui prévu par le paragraphe précédent, le conseil pourra prescrire le dépôt des titres au porteur, au nom du mineur ou de l'interdit, soit à la caisse des dépôts et consignations, soit entre les mains d'une personne ou d'une société spécialement désignée. — Les délais ci-dessus ne seront applicables que sous la réserve des droits des tiers et des conventions préexistantes* ».

Les mots : *Lorsque, soit PAR LEUR NATURE, soit A RAISON DE CONVENTIONS, les valeurs au porteur ne seront pas susceptibles d'être converties en titres nominatifs...* doivent arrêter un instant notre attention. Il n'existe pas actuellement en France de titres au porteur non susceptibles, *par leur nature*, d'être convertis en titres nominatifs, mais on trouve des titres de cette espèce dans certains pays étrangers. Si le mineur en possède, notre texte s'appliquera. Quant aux mots *à raison de conventions*, ils font principalement allusion au cas où des titres au porteur appartenant au mineur auraient été donnés en gage avant l'époque où le mineur en est devenu propriétaire. Le créancier gagiste, détenteur des titres, a le droit de s'opposer à ce qu'ils soient convertis.

b. L'art. 10 est conçu dans le même ordre d'idées que l'art. 5. Il porte : « *La conversion de tous titres nominatifs en titres au porteur est soumise aux mêmes conditions et formalités que l'aliénation*

de ces titres ». Avant la loi nouvelle, il était de jurisprudence constante que le tuteur avait pleins pouvoirs pour la conversion des titres nominatifs du mineur en titres au porteur, cet acte étant considéré comme de pure administration. En laissant subsister cet état de choses, le législateur de 1880 aurait ruiné d'une main l'édifice qu'il venait d'élever de l'autre; car, les titres du mineur une fois mis sous la forme au porteur, qui empêchera le tuteur d'en disposer sans aucun contrôle?

La règle établie par l'art. 10 reçoit exception en ce qui concerne les inscriptions de rentes sur l'État. En effet, l'art. 9 de l'ordonnance royale du 29 avril 1831, qui n'a point été abrogé par la loi du 27 février 1880, prohibe la conversion en titres au porteur des titres nominatifs de rentes sur l'État appartenant à des incapables. Voyez aussi le décret du 18 juin 1864 qui ne permet pas de convertir les titres de rente nominatifs appartenant à des incapables en titres munis de coupons au porteur.

* La généralité des termes de l'art. 10 conduit à décider que ce texte est applicable au mineur même émancipé. Mais, à notre avis, la nature exceptionnelle de cette disposition ne permet pas de l'étendre à des personnes autres que les mineurs et les interdits, en vue desquels elle a été écrite, notamment aux personnes pourvues d'un conseil judiciaire, à l'héritier bénéficiaire et à l'usufruitier. *Exceptio est strictissimæ interpretationis*. La loi ne dit pas que la conversion des titres nominatifs en titres au porteur soit assimilée à un acte d'aliénation. *Adde* arg. de ces mots de la rubrique de la loi : « et à la conversion..... de ces mêmes valeurs ». Voyez cependant Lyon, 20 janvier 1882, S., 84. 2. 205.

1096. Sanction des dispositions qui précèdent. — Le tuteur, qui ne s'est pas conformé aux prescriptions de la loi nouvelle en ce qui concerne soit l'aliénation des valeurs mobilières appartenant au mineur, soit la conversion des titres nominatifs en titres au porteur ou réciproquement, soit l'emploi des capitaux du mineur, est personnellement responsable envers celui-ci du préjudice que lui cause sa négligence.

Le subrogé tuteur est également responsable. L'art. 7 dispose à ce sujet : « *Le subrogé tuteur devra surveiller l'accomplissement des formalités prescrites par les articles précédents. Il devra, si le tuteur ne s'y conforme pas, provoquer la réunion du conseil de famille devant lequel le tuteur sera appelé à rendre compte de ses actes.* »

La surveillance du subrogé tuteur doit principalement s'exercer en ce qui concerne : 1^o le placement des capitaux dans le délai légal; 2^o l'observation des prescriptions du conseil de famille quant au mode de placement; 3^o la conversion des titres au porteur appartenant au mineur en titres nominatifs; 4^o le dépôt des titres ou des capitaux pupillaires entre les mains de la personne désignée par le conseil de famille. — Au cas où le tuteur ne remplirait pas les obligations dont le subrogé tuteur est chargé de surveiller l'exécution, celui-ci doit convoquer le conseil de famille, qui ordonnera les mesures nécessaires, et pourra même, suivant les circonstances, destituer le tuteur. Si le subrogé tuteur lui-même ne remplit pas ou remplit mal la mission de surveillance que lui impose ici la loi, il pourra,

sur la demande du mineur, être déclaré responsable envers celui-ci du préjudice qu'il lui a causé par sa négligence. Ainsi le subrogé tuteur, qui a omis de surveiller l'emploi d'un capital touché par le tuteur, pourra être condamné à rembourser ce capital au mineur, si le tuteur l'a dissipé et qu'il soit insolvable. Mais le subrogé tuteur ne saurait être déclaré responsable s'il n'est pas en faute, par exemple s'il s'agit d'un capital que le tuteur a touché sans que le subrogé tuteur en pût être informé, comme il peut arriver au cas où une obligation appartenant au mineur serait appelée au remboursement par le tirage au sort.

Enfin il y a une autre sanction dont la loi ne parle pas, mais qui résulte des principes généraux : elle consiste dans la nullité des actes, notamment des aliénations, qui auraient été faits par le tuteur sans l'accomplissement des formes prescrites. Arg. art. 1311 et 1314. Cette nullité ne peut être proposée que par le mineur, qui d'ailleurs, pour l'obtenir, n'a pas besoin de prouver l'existence d'une lésion quelconque.

1097. Dispositions particulières. — Nous comprenons sous ce titre les dispositions des art. 8, 11 et 12 dont nous nous bornons à reproduire le texte.

ART. 8. *Les dispositions de la présente loi sont applicables aux valeurs mobilières appartenant aux mineurs et aliénés placés sous la tutelle, soit de l'administration de l'assistance publique, soit des administrations hospitalières. — Le conseil de surveillance de l'administration de l'assistance publique et les commissions administratives rempliront à cet effet les fonctions attribuées au conseil de famille. Les dispositions de la présente loi sont également applicables aux administrateurs provisoires des biens des aliénés, nommés en exécution de la loi du 30 juin 1838.*

ART. 11. *Les dispositions de la présente loi sont applicables à l'Algérie et aux colonies de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Réunion. Les délais, en ce qui concerne ces colonies, seront, quand il y aura lieu, augmentés des délais supplémentaires fixés, à raison des distances, par la loi du 3 mai 1862.*

ART. 12. *La loi du 24 mars 1806 et le décret du 25 septembre 1813 sont abrogés. Sont également abrogées toutes les dispositions des lois qui seraient contraires à la présente loi.*

1098. Dispositions transitoires. — L'art. 9 de la loi nouvelle porte : « *Les tuteurs entrés en fonctions et les mineurs émancipés antérieurement à la présente loi seront tenus de s'y conformer. Les délais courront pour eux à partir de la promulgation.* »

c. Actes de la tutelle, pour lesquels la loi exige certaines formalités spéciales qui varient suivant les cas.

1099. Cette dernière catégorie comprend : 1° la vente des meubles corporels du mineur ; 2° le partage ; 3° la transaction.

1° *La vente des meubles corporels*, pour laquelle il y a lieu de remplir les formalités particulières prescrites par l'art. 452 (*supra* n. 1063).

2° *Le partage.* On suppose que le partage d'une masse indivise (succession, société ou communauté), dans laquelle un mineur a des droits, est demandé par un des consorts du mineur ou bien par son tuteur avec l'autorisation du conseil de famille. En quelles formes devra-t-il y être procédé ? Dans les formes prescrites pour le partage judiciaire. L'art. 466 dit à ce sujet : « *Pour obtenir à l'égard du mineur tout l'effet qu'il aurait entre majeurs, le par-*

» *tage devra être fait en justice, et précédé d'une estimation faite*
 » *par experts nommés par le tribunal de première instance du lieu*
 » *de l'ouverture de la succession. — Les experts, après avoir prêté,*
 » *devant le président du même tribunal ou autre juge par lui délè-*
 » *gué, le serment de bien et fidèlement remplir leur mission, pro-*
 » *céderont à la division des héritages et à la formation des lots,*
 » *qui seront tirés au sort, et en présence soit d'un membre du tri-*
 » *bunal, soit d'un notaire par lui commis, lequel fera la délivrance*
 » *des lots. — Tout autre partage ne sera considéré que comme*
 » *provisionnel ».*

Nous ne dirons rien ici des formes du partage judiciaire. Cette matière appartient à la procédure plutôt qu'au droit civil, et d'ailleurs nous la retrouverons sous les art. 822 à 839. Pour le moment, nous concentrerons notre attention sur la partie finale de notre article, qui déclare que tout partage, fait sans l'observation des formes qu'il prescrit, ne sera que *provisionnel*. Un *partage provisionnel* est un partage de jouissance, par opposition au *partage définitif* qui est un partage de propriété. Notre disposition signifie donc que le partage, fait en dehors des formes prescrites par la loi, ne sera valable que quant à la jouissance des biens partagés; le mineur pourra par suite, sa majorité une fois survenue, exiger qu'il soit procédé à un nouveau partage, celui-là définitif.

C'est là un inconvénient grave. Il serait souvent de l'intérêt bien entendu de toutes les parties de pouvoir procéder à un partage définitif, sans passer sous les fourches caudines du partage judiciaire. Aussi la pratique a-t-elle imaginé une foule de moyens pour éluder l'application de l'art. 466 al. final. Un des plus usités consiste à faire figurer au partage une personne qui se porte fort pour le mineur, en promettant qu'une fois parvenu à sa majorité il ratifiera le partage et le rendra ainsi définitif.

La loi, on le voit, n'exige pas, pour la validité du partage provisionnel, les mêmes formalités que pour la validité du partage définitif. De là on induit généralement que le tuteur aurait qualité pour procéder à un partage provisionnel, au nom du mineur, sans l'autorisation du conseil de famille. Il y a toutefois quelques divergences sur ce point.

3° *La transaction.* « La transaction », dit l'art. 2044, « est un » *contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou*
 » *préviennent une contestation à naître ».* La transaction est le résultat de concessions réciproques, que se font les parties entre lesquelles il existe une contestation née ou imminente. Chacune sacrifie une partie du droit qu'elle croit avoir, pour éviter la chance de perdre le tout par suite de l'*incertus litis eventus*. La transaction diffère de l'acquiescement, dans lequel l'une des parties reconnaît le droit de l'autre, parce qu'elle considère le sien comme non fondé. Celui qui acquiesce à la prétention de son adversaire ne fait pas où du moins ne croit pas faire un sacrifice;

tandis qu'il en est autrement de celui qui transige, puisqu'il abandonne en partie un droit qu'il juge fondé pour le tout. La transaction apparait donc comme un acte plus grave que l'acquiescement : ce qui explique que la loi exige un plus grand luxe de formalités, quand elle intéresse un mineur. Ces formalités sont indiquées par l'art. 467, ainsi conçu : « *Le tuteur ne pourra transiger au nom du* » mineur, qu'après y avoir été autorisé par le conseil de famille, » et de l'avis de trois jurisconsultes désignés par le procureur du » Roi près le tribunal de première instance. — *La transaction ne* » sera valable qu'autant qu'elle aura été homologuée par le tribunal » de première instance, après avoir entendu le procureur du Roi ».

La loi, on le voit, requiert ici, outre l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal, un avis (et entendez un avis favorable) de trois jurisconsultes. Le texte de la loi paraît même exiger que cet avis soit exprimé à l'unanimité. Les trois jurisconsultes sont désignés par le procureur de la république ; on les choisit, dans la pratique, parmi les avocats inscrits au tableau depuis dix ans. Notre article parle de jurisconsultes et non d'avocats, parce qu'à cette époque l'ordre des avocats, supprimé par la loi du 20 septembre 1792, n'avait pas encore été rétabli.

Il résulte du texte et plus encore de l'esprit de l'art. 467, que la consultation des trois jurisconsultes doit précéder la délibération du conseil de famille autorisant la transaction ; car elle est précisément destinée à éclairer le conseil, et ce ne sera pas ordinairement sans besoin. D'autre part, à la différence de ce qui a lieu dans les cas ordinaires, ce n'est pas ici l'avis du conseil de famille que le tribunal doit homologuer, mais bien la transaction : l'art. 467 est formel sur ce point. Cela implique que le tribunal doit examiner la transaction et l'appécier.

La loi ne faisant aucune distinction, on doit en conclure que les formalités requises par l'art. 467 seraient nécessaires, aussi bien pour une transaction relative aux droits mobiliers du mineur, que pour une transaction relative à ses droits immobiliers. En ce sens, Paris, 14 août 1871, D., 72. 5. 455, S., 71. 2. 198.

SECTION IX

DES COMPTES DE LA TUTELLE

1100. Nous traiterons successivement : 1° des comptes de tutelle en général ; 2° des traités relatifs à la gestion tutélaire ; 3° de la prescription des actions relatives aux faits de la tutelle.

I. Des comptes de tutelle en général.

1101. L'événement qui donne lieu à la reddition du compte de tutelle est la cessation de la tutelle. « *Tout tuteur est comptable de* » sa gestion lorsqu'elle finit », dit l'art. 469. Il ne peut donc y avoir lieu à reddition du compte de tutelle tant que la tutelle dure.

1102. Cependant le tuteur peut être tenu de fournir durant la tutelle des états de situation qui serviront de base au contrôle de sa gestion. D'après le projet, ces états devaient être fournis obligatoirement chaque année par le tuteur. La rédaction définitive de la loi les a rendus facultatifs, ainsi que cela résulte de l'art. 470, ainsi conçu : « *Tout tuteur, autre que le père et la mère, peut être tenu, même durant la tutelle, de remettre au subrogé tuteur des états de situation de sa gestion, aux époques que le conseil de famille aurait jugé à propos de fixer, sans néanmoins que le tuteur puisse être astreint à en fournir plus d'un chaque année. — Ces états de situation seront rédigés et remis, sans frais sur papier non timbré, et sans aucune formalité de justice* ».

1103. La cessation de la tutelle, qui donne lieu à la reddition du compte de tutelle, peut se produire d'une manière *absolue* ou d'une manière *relative*.

1104. a. La tutelle prend fin *d'une manière absolue*, quand elle cesse par rapport au mineur, *ex parte pupilli*, auquel cas elle prend fin aussi par voie de conséquence quant au tuteur.

Trois événements peuvent produire ce résultat : la majorité du mineur, sa mort, son émancipation. Dans le premier cas le compte de tutelle sera rendu à l'ex-mineur lui-même, dans le second à ses héritiers, dans le troisième au mineur émancipé assisté de son curateur (art. 480).

b. La tutelle prend fin *d'une manière relative*, quand elle cesse par rapport au tuteur, *ex parte tutoris*, sans cesser par rapport au mineur. Il y a alors vacance plutôt que cessation de la tutelle, car un nouveau tuteur va remplacer l'ancien.

Les événements qui mettent fin à la tutelle *ex parte tutoris*, sont :

1° La mort du tuteur ;

2° L'excuse du tuteur, agréée par le conseil de famille ;

3° Divers événements qui peuvent mettre le tuteur dans l'impossibilité *de fait* ou *de droit* de gérer la tutelle. — Dans l'impossibilité *de fait* : par exemple au cas d'absence ou d'aliénation mentale. — Dans l'impossibilité *de droit* : par exemple si le tuteur subit la déchéance de la puissance paternelle par application de la loi du 24 juillet 1889 (v. l'art. 13 de la loi) ou s'il est interdit, ou frappé de la dégradation civique (C. pén., art. 34). V. aussi art. 42 C. pén.

1105. Quand la tutelle prend fin *ex parte tutoris*, le compte de tutelle est rendu, tantôt par le tuteur lui-même, par exemple au cas d'excuse, tantôt par ses représentants, comme il arrive au cas

de mort ou d'interdiction du tuteur. Le compte est rendu au nouveau tuteur, sans qu'il ait besoin, suivant l'opinion générale, d'être assisté du subrogé tuteur. Si la tutelle a pris fin *ex parte pupilli*, c'est au mineur lui-même ou à ses représentants que le compte doit être rendu. Le mineur doit être assisté de son curateur, si c'est par l'émancipation qu'il est sorti de la tutelle (art. 480).

1106. L'obligation de rendre compte est imposée à « tout tuteur » (art. 469), par conséquent même au père ou à la mère. On ne conçoit pas une administration sans reddition de compte.

Cette obligation est tellement essentielle que le tuteur ne pourrait dans aucun cas en être valablement dispensé (arg. art 6).

1107. Le compte de tutelle peut être rendu à *l'amiable* ou *en justice*. — *A l'amiable*, lorsque les parties sont d'accord; aucune forme particulière n'est alors prescrite. — *En justice*, dans le cas contraire; il y a lieu de procéder alors suivant les formes réglées par les art. 527 et suivants du code de procédure civile.

Un compte de tutelle ayant été rendu à l'amiable, des difficultés peuvent survenir relativement à son exécution; elles seront jugées suivant les règles du droit commun. C'est à cette hypothèse que se réfère l'art. 473, dont la disposition paraît assez peu utile : « *Si le compte donne lieu à des contestations, elles seront poursuivies et jugées comme les autres contestations en matière civile* ».

1108. Aux termes de l'art. 471 : « *Le compte définitif de tutelle sera rendu aux dépens du mineur, lorsqu'il aura atteint sa majorité ou obtenu son émancipation. Le tuteur en avancera les frais.* » — *On y allouera au tuteur toutes dépenses suffisamment justifiées, et dont l'objet sera utile* ».

— *Le compte DÉFINITIF.* La loi désigne sous ce nom le compte qui est rendu lorsque la tutelle a cessé d'une manière définitive, c'est-à-dire non seulement quant au tuteur, mais aussi quant au mineur. Nous appellerons *comptes intermédiaires* les comptes auxquels peut donner lieu la cessation de la tutelle quant au tuteur seulement, ou autrement dit le changement de tuteur. La règle formulée par l'art. 471 pour le compte définitif s'applique en principe aux comptes intermédiaires, motivés par le changement de tuteur. Toutefois, les frais du compte auquel donne lieu la destitution du tuteur pourraient être mis à la charge de ce dernier, car c'est par sa faute que ces frais sont occasionnés.

— *Lorsqu'il aura atteint sa majorité ou obtenu son émancipation.* Si la tutelle a pris fin par la mort du mineur, les frais seront à la charge de sa succession.

— *Le tuteur en avancera les frais;* parce qu'il a entre les mains tous les fonds du mineur. Les frais dont parle la loi sont ceux auxquels donne lieu la reddition du compte de tutelle, principalement les frais de timbre, d'enregistrement, de réunion et de classement des pièces; mais non les frais des contestations auxquelles la reddition du compte peut donner lieu. Ces derniers seraient supportés par le plaideur téméraire, conformément à l'art. 130 C. pr.

1109. Dans le compte de tutelle comme dans tout autre, il y a le chapitre des recettes et le chapitre des dépenses.

Le chapitre des recettes doit comprendre tout l'avoir du mineur, notamment l'actif constaté par l'inventaire, les capitaux remboursés pendant le cours de la tutelle, les fruits

et revenus des biens du mineur, les intérêts dont le tuteur se trouve débiteur envers lui par application des art. 455 et 456.

Au chapitre des dépenses devront figurer toutes les sommes que le tuteur a dépensées pour le compte du mineur, soit pour les frais de son entretien ou de son éducation, soit en achat d'immeubles ou de valeurs, soit à tout autre titre.

La loi dit qu'on *allouera* au tuteur (c'est-à-dire qu'on lui passera en compte) « toutes dépenses suffisamment justifiées et dont l'objet sera utile ».

— *Toutes dépenses suffisamment justifiées.* Le projet exigeait une justification par pièces. C'était demander dans bien des cas l'impossible : il y a beaucoup de dépenses pour lesquelles le tuteur manquera nécessairement de pièces justificatives. Aussi notre article exige-t-il que le tuteur justifie les dépenses, sans dire comment. Il pourra être admis à faire cette justification par témoins, même au-dessus de 150 fr., contrairement aux règles du droit commun (art. 1341 et s.), qui ne reçoivent pas ici leur application. Il y a même de petites dépenses pour lesquelles il faudra, par la force même des choses, s'en rapporter à la déclaration du tuteur. En cas de contestation les tribunaux apprécieront.

— *Et dont l'objet sera utile.* Pour apprécier l'utilité d'une dépense, il faut se placer au moment où elle a été faite, sans tenir compte des événements ultérieurs qui ont pu en faire disparaître l'utilité ; car au moment où le tuteur l'a faite il ne pouvait pas prévoir l'avenir. Ainsi le tuteur a fait des réparations urgentes aux bâtiments d'une métairie ; plus tard le feu a détruit ces bâtiments, et cet événement a rendu la dépense inutile ; elle n'en devra pas moins être allouée au tuteur.

1110. Quand on connaît le chiffre total des recettes et le chiffre total des dépenses, il est facile d'établir le *reliquat* du compte. Le reliquat est la somme nécessaire pour rétablir l'équilibre entre les recettes et les dépenses. Ainsi les recettes sont de 20,000 fr. et les dépenses de 15,000 fr. ; il y a un reliquat de 5,000 fr. *à la charge* du tuteur, qui a touché 5,000 fr. de plus qu'il n'a dépensé. Il y aurait au contraire un reliquat de 5,000 fr. *au profit* du tuteur, si le chiffre des dépenses s'élevait à 20,000 fr. et celui des recettes à 15,000 fr. On appelle cela faire la *balance* du compte, parce que les recettes étant censées mises dans l'un des plateaux d'une balance et les dépenses dans l'autre, on ajoute du côté qui pèse le moins un poids suffisant pour établir l'équilibre, pour faire *balance*. Ce poids constitue le *reliquat*, qui, on le conçoit, est à la charge du tuteur ou à son profit, suivant qu'il a fallu mettre le poids complémentaire dans le plateau des dépenses ou dans celui des recettes.

Il existe deux différences entre le cas où le reliquat du compte de tutelle est à la charge du tuteur et celui où il existe à son profit.

1^o Le mineur a hypothèque légale sur les biens de son tuteur pour le paiement du reliquat que le compte met à la charge de celui-ci. Au contraire la loi n'accorde au tuteur aucune garantie particulière pour le paiement du reliquat qui lui est dû par le mineur.

2^o « *La somme à laquelle s'élèvera le reliquat dû par le tuteur, portera intérêt, sans demande, à compter de la clôture du compte. — Les intérêts de ce qui sera dû au tuteur par le mineur, ne courront que du jour de la sommation de payer qui aura suivi la clôture du compte* » (art. 474).

D'après le droit commun, une demande en justice est nécessaire pour faire courir les intérêts d'une dette de somme d'argent (art. 1153). Notre article contient une double dérogation à ce principe. — La première, établie au profit du mineur, consiste en ce que le reliquat qui lui est dû par son tuteur porte intérêt en sa faveur *de plein droit*, c'est-à-dire

sans demande judiciaire. La loi a sans doute considéré que l'ex-mineur est dans l'impossibilité morale d'exercer une action en justice contre son tuteur, qui est souvent son proche parent, toujours son bienfaiteur, puisqu'il a géré gratuitement ses intérêts. — La deuxième dérogation, établie au profit du tuteur, consiste en ce qu'une simple sommation suffit pour faire courir les intérêts du reliquat qui lui est dû par son ancien pupille. En bonne justice, il aurait peut-être mieux valu accorder au tuteur le bénéfice de la réciprocité, en faisant courir aussi les intérêts de plein droit à son profit.

II. Des traités relatifs à la gestion tutélaire.

1111. La loi ne permet au mineur devenu majeur, qu'elle protège ainsi même au delà de sa majorité, de traiter avec son tuteur relativement à la gestion de celui-ci, que lorsqu'elle le considère comme suffisamment éclairé sur les faits constitutifs de cette gestion : « *Tout traité qui pourra intervenir entre le tuteur et le mineur devenu majeur, sera nul, s'il n'a été précédé de la reddition d'un compte détaillé, et de la remise des pièces justificatives; le tout constaté par un récépissé de l'oyant-compte, dix jours au moins avant le traité* » (art. 472).

L'*oyant-compte* ou *oyant* est celui qui reçoit le compte, ici le mineur. La personne qui rend le compte, le tuteur dans notre espèce, porte le nom de *rendant*. Cpr. art. 529, 531 et s. C. pr.

Quatre conditions sont requises, d'après notre article, pour que le ci-devant mineur puisse valablement faire avec son ex-tuteur un traité relatif à la gestion de celui-ci. Il faut :

1° Que le tuteur ait rendu à son ancien pupille un « compte détaillé », c'est-à-dire un compte dans lequel les recettes et les dépenses soient indiquées article par article. Cette première condition ne serait pas remplie, si le tuteur avait présenté un compte ainsi établi : recettes, 80,000 fr.; dépenses, 75,000 fr.; reliquat à la charge du tuteur, 5,000 fr.

2° Que le tuteur ait remis à son ancien pupille les pièces justificatives du compte de tutelle.

3° Que la remise du compte et des pièces justificatives soit constatée par un récépissé de l'oyant-compte.

4° Qu'il se soit écoulé un délai de dix jours au moins depuis la date du récépissé.

Pour éviter tout soupçon d'antidate, il est prudent de faire enregistrer le récépissé s'il est sous seing privé. Toutefois la loi n'exige pas l'accomplissement de cette formalité, et, si elle avait été omise, la date de l'acte ne devrait pas par cela seul être considérée comme fausse; car les actes sous seing privé font par eux-mêmes foi de leur date *entre les parties*. Sauf au mineur, qui allèguerait une antidate, à en faire la preuve par tous les moyens possibles : c'est le droit commun, toutes les fois qu'il s'agit d'une fraude à la loi.

Le récépissé exigé par l'art. 472 ne pourrait pas être suppléé par la déclaration, contenue dans le traité, que le mineur a reçu son compte et les pièces justificatives dix jours auparavant. La loi exige positivement un récépissé et l'expiration d'un délai de dix jours à compter de la date de ce récépissé. Il y a toutefois controverse sur ce point.

Lorsque les conditions qui viennent d'être indiquées se trouvent remplies, la loi suppose que le ci-devant mineur est suffisamment éclairé sur les faits relatifs à la gestion tutélaire, et elle l'autorise en conséquence à traiter avec son tuteur relativement à cette gestion. Au contraire, en l'absence d'une ou de plusieurs de ces conditions, la loi, présumant que le mineur ne pourrait traiter qu'en aveugle, relativement à une gestion qu'il ne connaît pas encore, et craignant que le tuteur n'exploite cette situation à son profit, annule tout traité relatif à la gestion tutélaire, que le mineur passerait avec son ancien tuteur.

Telle était bien la pensée de Brodeau, quand il comparait le tuteur, qui voudrait traiter avec son ancien pupille avant de lui avoir fourni son compte et les pièces justificatives, à « certains oiseaux de proie qui crèvent les yeux aux autres pour les mieux dévorer ». Le mineur devenu majeur avait ici d'autant plus besoin de protection que, jusqu'à ce qu'il ait été mis par son tuteur à la tête de ses affaires, il est sous la domination de celui-ci, et on pouvait craindre que, pressé de jouir, il ne consentit, pour obtenir la remise immédiate de ses biens, à tout ce qu'aurait exigé de lui son ancien tuteur.

1112. Il résulte évidemment des motifs sur lesquels est fondé l'art. 472, que sa disposition vise seulement les traités relatifs à la gestion du tuteur. Quel besoin le ci-devant mineur a-t-il, en effet, d'être exactement renseigné sur la gestion de son tuteur, pour faire avec celui-ci un traité étranger à cette gestion? Cette induction est confirmée par l'art. 2045, qui contient, en matière de transaction, une application particulière du principe posé par l'art. 472 : « Il [le tuteur] ne peut transiger avec le mineur devenu majeur *sur le compte de tutelle*, que conformément à l'art. 472... » On le voit : ce n'est pas toute transaction entre le tuteur et le mineur devenu majeur, que la loi soumet à l'application de l'art. 472, mais seulement la transaction *sur le compte de tutelle*, par conséquent la transaction relative à l'administration du tuteur ; car le compte de tutelle n'est pas autre chose que le *compte-rendu* de cette administration. Enfin le mot, assez peu usité dans la langue du droit civil, de *traité*, qu'emploie l'art. 472, semble bien indiquer que le législateur n'a pas en vue toute convention entre le tuteur et le mineur devenu majeur, mais seulement une convention d'une nature particulière, celle relative à la gestion tutélaire.

Il faut donc rejeter l'opinion, assez peu suivie d'ailleurs, d'après laquelle les mots « Tout traité » de l'art. 472 désigneraient toute convention, quelle qu'elle soit, même étrangère à la gestion tutélaire, telle qu'une vente, un échange, qui serait conclue entre le tuteur et son ancien pupille, en dehors des conditions requises par l'art. 472.

1113. La sanction de l'art. 472 est sévère. Elle consiste dans la nullité du traité fait en violation des prescriptions légales. Cette nullité est basée, comme on l'a vu, sur une présomption de fraude ; et comme la preuve contraire n'est pas admise contre les présomptions sur le fondement desquelles la loi prononce la nullité d'un acte (art. 1352), il en résulte que le tuteur alléguerait inutilement sa bonne foi, et offrirait tout aussi vainement de prouver qu'il avait

exactement renseigné son pupille sur sa gestion avant de traiter avec lui.

Mais, la nullité n'ayant été établie que dans l'intérêt du mineur, lui seul serait admis à s'en prévaloir (arg. art. 1125).

* La nullité dont il s'agit est donc une nullité relative. A ce titre, elle semble devoir être soumise aux règles du droit commun, qui gouvernent les nullités de cette espèce. Elle serait donc susceptible de se couvrir par une ratification expresse ou tacite du mineur devenu majeur, et par la prescription de dix ans de l'art. 1304, qui doit être envisagée comme un cas particulier de ratification tacite. Observons toutefois que la confirmation ou ratification, soit expresse, soit tacite, ne devrait être considérée comme efficace qu'autant qu'au moment où elle est survenue, les conditions exigées par l'art. 472 pour la validité du traité se trouvaient remplies; autrement la confirmation ou ratification serait entachée du même vice que le traité, et inefficace comme lui. Ce principe nous semblerait devoir être appliqué même à la ratification tacite résultant de la prescription de dix ans, en ce sens qu'on devrait lui donner pour point de départ le jour où les conditions prescrites par l'art. 472 ont été remplies.

* **1114.** Plus rigoureuse est la sanction contenue dans l'art. 472, et plus il importe de ne pas l'étendre en dehors des termes de la loi. De là on doit conclure :

1° Que la nullité édictée par l'art. 472 n'atteindrait pas un traité passé entre un mineur émancipé, assisté de son curateur, et son ancien tuteur. La loi n'annule que le traité intervenu entre le tuteur et le mineur *devenu majeur*, et nous trouvons ces mêmes expressions répétées dans l'art. 2045. D'ailleurs, il n'y a pas même raison de décider dans les deux cas; car le mineur émancipé trouve dans l'assistance de son curateur une protection qui manque au majeur. Le tout, bien entendu, sauf à appliquer l'art. 467, si le traité constitue une transaction.

2° Qu'il n'y aurait pas lieu d'annuler, par application de l'art. 472, le traité intervenu entre le tuteur et les héritiers du mineur : ceux-ci sont à l'abri de toute influence abusive de la part du tuteur. La même solution semble devoir être admise, mais ce point est plus douteux, relativement au traité intervenu entre le mineur devenu majeur et les héritiers du tuteur.

3° Que l'art. 472 demeurerait sans application au traité conclu entre le père administrateur légal et son enfant.

III. De la prescription des actions relatives aux faits de la tutelle.

1115. « Toute action du mineur contre son tuteur, relativement » *aux faits de la tutelle, se prescrit par dix ans, à compter de la » majorité* ». Ainsi s'exprime l'art. 475.

L'action dont parle cet article est celle que les Romains appelaient *actio tutelæ directa*. Exemple : Un mineur devenu majeur veut intenter contre son tuteur une action en reddition de son compte de tutelle; ou bien, le compte de tutelle lui ayant été rendu, il soutient que le tuteur a omis d'y faire figurer une certaine somme qu'il a touchée *tutorio nomine* pendant le cours de la tutelle, et il en demande la restitution. Ce sont là des actions relatives *aux faits de la tutelle*, ou autrement dit *à la gestion du tuteur*, car elles impliquent l'examen de cette gestion. Elles ne seront recevables qu'autant qu'elles seront intentées dans le délai fixé

par notre article; passé ce délai, le tuteur pourra opposer la prescription.

Pourquoi cette prescription spéciale, plus courte que celle du droit commun, qui est de trente ans (art. 2262)? Proudhon dit fort bien que la défense des tuteurs repose en grande partie, non sur des écrits, mais sur des souvenirs que le temps efface; que les pièces justificatives de leur gestion, souvent très nombreuses, consistant en simples notes, s'égarerent ou se perdent facilement. Il fallait donc, au bout d'un temps relativement court, ne plus permettre au ci-devant mineur d'attaquer son tuteur par une action contre laquelle celui-ci ne pourrait plus que difficilement se défendre. Si on se place à ce point de vue, on trouvera peut-être trop long, plutôt que trop court, le délai assigné par la loi à la durée de l'action.

* 1116. Notre article dit : « Toute action.... *se prescrit* ». C'est donc une prescription qu'il établit. Il y aurait lieu par suite d'appliquer les règles relatives à la suspension et à l'interruption de la prescription. V. art. 2242 et s., 2251 et s.

D'un autre côté, l'art. 475, en tant qu'il limite à dix ans la durée de l'action de tutelle, constitue une exception au droit commun, d'après lequel les actions se prescrivent par trente ans (art. 2262). Sa disposition doit donc être interprétée restrictivement, d'après la règle *Exceptio est strictissimæ interpretationis*. De là nous concluons :

1° Que la prescription spéciale de notre article ne s'appliquerait pas à l'action contraire de tutelle (*actio tutelæ contraria*), c'est-à-dire à l'action du tuteur contre le mineur à raison des faits de la tutelle. La loi dit : « Toute action *du mineur contre son tuteur*; donc l'action du tuteur contre le mineur demeure soumise au droit commun, c'est-à-dire à la prescription de trente ans (art. 2262). Nîmes, 18 nov. 1892, D., 93. 2. 150.

2° Que ceux qui ont géré en fait une tutelle, sans être tuteurs de droit (art. 395, 419 et 440), ne peuvent pas invoquer la prescription spéciale de notre article. Le texte porte : « Toute action du mineur contre *son tuteur* »; or celui qui gère une tutelle sans avoir le titre légal de tuteur, n'est pas un tuteur. La jurisprudence de la cour de cassation est en sens contraire.

3° Que la prescription de dix ans, établie par notre article, ne s'appliquerait pas aux actions d'un mineur contre son tuteur, qui seraient étrangères à la gestion de celui-ci; la loi ne parle que des actions relatives *aux faits de la tutelle*, c'est-à-dire à la gestion du tuteur. Ainsi l'action du ci-devant mineur contre son ancien tuteur, à raison d'une créance née postérieurement à la cessation de la tutelle, serait soumise à la prescription du droit commun et non à celle de notre article. Il en serait de même de l'action par laquelle le mineur réclamerait le paiement du reliquat de son compte de tutelle. L'action prend ici sa source, non dans les faits de la tutelle, immédiatement au moins, mais dans l'arrêté de compte.

Que décider relativement aux actions en redressement du compte de tutelle? Il paraît convenable de distinguer, avec la majorité des auteurs, s'il s'agit de la simple rectification d'une erreur matérielle qui s'est glissée dans le compte, une erreur de chiffres par exemple, qui peut être réparée avec les seuls éléments que fournit le compte lui-même et sans qu'il soit nécessaire de discuter aucun fait de gestion tutélaire, ou s'il s'agit d'une rectification qui suppose un nouvel examen total ou partiel de la gestion tutélaire, comme si, par exemple, le mineur prétend que le tuteur a omis de porter une certaine somme en recette. Dans ce dernier cas seulement, l'action serait relative aux faits de la tutelle, prescriptible en conséquence par dix ans; dans le premier, on appliquerait la prescription du droit commun.

CHAPITRE III

DE L'ÉMANCIPATION

§ I. *Notions générales.*

1117. Le mineur non émancipé est frappé d'une incapacité générale; le majeur au contraire est doué d'une capacité complète. Le passage brusque de l'incapacité à la pleine capacité peut n'être pas sans danger. A ce point de vue, l'émancipation offre de précieux avantages : elle permet au mineur, grâce à la demi-capacité qu'elle lui confère, d'acquiescer une certaine expérience des affaires, et constitue ainsi, comme l'a dit Berlier, une sorte de *stage*, ou mieux peut-être de *noviciat*, ayant pour but de préparer le mineur à l'avènement de sa majorité. Il aurait été désirable que ce stage fût imposé à tous les mineurs parvenus à un certain âge. C'était la première idée des rédacteurs du code civil : le projet, à l'imitation de notre ancienne jurisprudence, établissait une émancipation de droit, qui se produisait lorsque le mineur était parvenu à l'âge de dix-huit ans. Ce système, dont il est resté trace dans l'art. 384 qui fait finir l'usufruit légal à dix-huit ans, n'a pas été consacré par notre législateur. L'émancipation, telle qu'il l'a définitivement conçue, n'est plus qu'une faveur individuelle, accordée en général aux mineurs qui ont fait preuve d'une sagesse et d'une maturité précoces.

1118. Définition de l'émancipation. — On a défini l'émancipation : « Un acte juridique, en vertu duquel un mineur est affranchi, soit de la puissance paternelle ou de l'autorité tutélaire, soit de l'une et de l'autre à la fois, lorsqu'il s'y trouvait simultanément soumis ».

On voit par cette définition que notre émancipation n'a rien de commun avec celle des Romains. A Rome, l'émancipation faisait cesser seulement la puissance paternelle, et, loin de mettre fin à la tutelle, elle y donnait au contraire ouverture lorsque l'émancipé était impubère.

Le code civil distingue deux sortes d'émancipation, l'émancipation tacite et l'émancipation expresse.

I. *Émancipation tacite.*

1119. L'émancipation tacite ou légale est celle qui résulte du mariage. « *Le mineur est émancipé de plein droit par le mariage* », dit l'art. 476.

= *De plein droit.* L'émancipation est donc une conséquence implicite et forcée du mariage. Elle se produit en vertu des seules dispositions de la loi, sans qu'aucune manifestation de volonté soit nécessaire de la part de l'époux ou des époux mineurs.

Bien plus, les parties ne pourraient pas, en manifestant une volonté contraire, empêcher l'émancipation de se produire ; car la loi règle souverainement les effets du mariage, et la volonté des époux ne peut les modifier. Arg. art. 6.

Dans nos mœurs, le mariage, supposant une certaine maturité d'esprit, devait entraîner pour ceux qui le contractent une certaine

indépendance : l'état de mineur en tutelle a pu paraître, à ce titre, incompatible avec celui d'époux. Aussi le principe que l'émancipation résulte du mariage, est-il absolu ; il ne souffrirait même pas exception au cas d'un mariage contracté avec dispense d'âge.

Bien entendu le mariage ne produit l'émancipation qu'autant qu'il est valable. Un mariage nul ne produit aucun effet, pas plus l'émancipation que tout autre. Exceptez toutefois le cas où le mariage nul aurait été contracté de bonne foi : c'est l'hypothèse du mariage *putatif* qui produit tous les effets civils au profit des époux ou de l'époux de bonne foi ; donc aussi l'émancipation, s'il est mineur (art. 201 et 202).

Le mariage est, dans notre droit actuel, le seul fait qui produise l'émancipation tacite. Il n'en était pas de même dans notre ancien droit où on tenait pour règle que *Feu et lieu font émancipation* (Loysel, règle 38). Cela signifiait que l'enfant qui, s'étant séparé de son père avec le consentement de celui-ci, avait un domicile distinct et vivait d'une vie indépendante était émancipé par ce seul fait.

II. *Émancipation expresse.*

1120. L'émancipation *expresse* résulte d'une volonté *exprimée* par certaines personnes auxquelles la loi donne le pouvoir d'émanciper le mineur. Ces personnes sont : le père ; à son défaut, la mère ; à défaut de l'un et de l'autre, le conseil de famille. C'est ce qui résulte des art. 477 et 478, ainsi conçus :

ART. 477. *Le mineur, même non marié, pourra être émancipé par son père, ou, à défaut de père, par sa mère, lorsqu'il aura atteint l'âge de quinze ans révolus. — Cette émancipation s'opérera par la seule déclaration du père ou de la mère, reçue par le juge de paix assisté de son greffier.*

Dans ce texte, les mots « même non marié » n'ont pas de sens. Ils doivent être supprimés.

Le père ou la mère qui a subi la déchéance de la puissance paternelle perd le droit d'émanciper ses enfants (Loi du 24 juillet 1889, art. 1 et 2, *supra* n. 986 bis).

ART. 478. *Le mineur resté sans père ni mère pourra aussi, mais seulement à l'âge de dix-huit accomplis, être émancipé, si le conseil de famille l'en juge capable. — En ce cas, l'émancipation résultera de la délibération qui l'aura autorisée et de la déclaration que le juge de paix, comme président du conseil de famille, aura faite dans le même acte, que le mineur est émancipé.*

1121. Le droit d'émanciper un enfant mineur appartient donc en premier lieu à son père, et à lui seul en principe tant qu'il vit.

En effet, d'une part, l'art. 477 n'accorde le droit d'émancipation à la mère qu'à *défaut de père*, et d'autre part, l'art. 478 ne l'accorde au conseil de famille que si le mineur est resté *sans père ni mère*. Il devait en être ainsi. Le droit d'émanciper l'enfant mineur est un attribut de la puissance paternelle ; or le père seul exerce cette puissance pendant le mariage (art. 373), et, après sa dissolution, il en demeure seul investi, si c'est lui qui survit.

1122. Après la mort du père, le droit d'émanciper l'enfant mineur passe à la mère, qui en est investie à l'exclusion du conseil de famille.

Le survivant des père et mère, qui ne serait pas tuteur de son enfant mineur, conserverait-il néanmoins le droit de l'émanciper ? Oui, car ce droit est un attribut de la puissance paternelle, et le survivant conserve cette puissance même quand il n'est pas tuteur. Cette solution devrait être maintenue, malgré les objections théoriques qu'elle peut soulever, même au cas où le survivant aurait été exclu ou destitué de la tutelle, et, s'il s'agit de la mère, au cas où, s'étant remariée, elle n'aurait pas été maintenue dans la tutelle de ses enfants du premier lit (art. 395).

Plus délicate est la question de savoir si le droit d'émancipation appartient à la mère, quand le père se trouve dans l'impossibilité de droit ou de fait d'exercer la puissance paternelle : — dans l'impossibilité *de droit*, par exemple à raison de la dégradation civique (C. pén., art. 34) ou de l'interdiction judiciaire dont il est frappé ; — dans l'impossibilité *de fait*, par exemple par suite d'aliénation mentale ou d'absence.

L'affirmative ne serait pas douteuse, si l'art. 477 disait : *à défaut du père*. Il dit : *à défaut de père* ; et comme ces expressions signifient rigoureusement : *quand le père est mort*, plusieurs auteurs en ont conclu que le droit d'émancipation n'appartient pas à la mère dans notre hypothèse, c'est-à-dire lorsque le père est vivant, mais incapable d'exercer la puissance paternelle. On s'accorde cependant à reconnaître que le droit d'émancipation appartient à la mère, quand le père est privé de l'exercice de la puissance paternelle par suite de la dégradation civique (C. pén., art. 34). — Mais si les mots *à défaut de père* ne s'opposent pas à ce que le droit d'émancipation passe à la mère dans ce dernier cas, pourquoi donc y feraient-ils obstacle dans les autres ? D'ailleurs ne pourrait-on pas dire que la loi envisage ici le père en tant qu'il est investi de la puissance paternelle, et que par suite dans sa pensée les mots *à défaut de père* signifient : *à défaut de père pouvant exercer la puissance paternelle*. — On objecte que cette solution va permettre à la mère de mettre fin au droit d'usufruit légal qui appartient au père sur les biens de l'enfant (art. 384). — Mais d'abord on pourrait fort bien soutenir que le droit de jouissance légale passe à la mère avec l'exercice de la puissance paternelle dont il est un attribut. Même en admettant que le père le conserve, l'objection tomberait devant cette considération que la puissance paternelle est organisée dans l'intérêt de l'enfant beaucoup plus que dans celui des parents, et que par suite le législateur a dû vouloir que l'enfant pût être émancipé quand son intérêt l'exige, dût l'émancipation mettre fin à l'usufruit paternel. Enfin n'est-il pas bien probable que, si le père était en état d'exercer la puissance paternelle, il n'hésiterait pas à sacrifier son intérêt à celui de l'enfant ?

Le droit d'émancipation appartient-il au père et à la mère naturels ? Oui, puisqu'ils ont la puissance paternelle, dont le droit d'émancipation est un attribut. Mais par qui ce droit sera-t-il exercé, si l'enfant a été reconnu par son père et par sa mère tout à la fois ? La solution dépend du parti que l'on prend sur le point de savoir à qui appartient en ce cas l'exercice de la puissance paternelle. Voyez *supra* n. 986.

1123. A défaut du père et de la mère, le droit d'émancipation passe au conseil de famille.

La loi dispose à ce sujet : « Le mineur resté *sans père ni mère*, pourra... être émancipé, si le conseil de famille l'en juge capable ».

Les mots « sans père ni mère » ont un sens analogue à celui des mots « à défaut de père » dans l'article précédent. Ils signifient donc : *quand le père et la mère sont morts ou dans l'impossibilité de fait ou de droit d'exercer la puissance paternelle*. Cette solution se justifie par des raisons semblables à celles qui viennent d'être déduites au sujet de la question précédente.

Quand le père et la mère sont morts ou dans l'impossibilité d'exercer la puissance paternelle, l'émancipation ne peut avoir pour résultat d'affranchir le mineur que de l'autorité tutélaire, la seule à laquelle il se trouve soumis dans ce cas. Alors pourquoi n'a-t-on pas conféré au tuteur le droit d'émanciper l'enfant, puisque c'est lui qui est investi de la puissance à laquelle l'émancipation doit mettre fin ? On a craint sans doute que le tuteur ne se laissât guider beaucoup plus par son intérêt personnel que par celui du mineur. Souvent le tuteur aurait été tenté d'émanciper prématurément le mineur pour se décharger plus

tôt du fardeau de la tutelle. En sens inverse, il aurait pu arriver quelquefois qu'un tuteur infidèle retardât plus que de raison l'émancipation de son pupille, pour bénéficier plus longtemps des profits illicites qu'il retire de la tutelle. Pour ces motifs, le législateur a cru devoir confier au conseil de famille le soin de statuer sur l'émancipation du mineur. Et comme le tuteur peut avoir intérêt, ainsi qu'on vient de le voir à l'instant, à conserver la tutelle, le législateur n'a pas voulu qu'à lui seul appartint le droit de provoquer l'émancipation qui doit y mettre fin, en requérant la convocation du conseil de famille. L'art. 479 dit à ce sujet : « *Lorsque le tuteur n'aura fait aucune diligence pour l'émancipation du* » mineur dont il est parlé dans l'article précédent, et qu'un ou plusieurs parents ou » alliés de ce mineur, au degré de cousin germain ou à des degrés plus proches, le juge- » ront capable d'être émancipé, ils pourront requérir le juge de paix de convoquer le » conseil de famille pour délibérer à ce sujet. — Le juge de paix devra déférer à cette » réquisition ». — La convocation du conseil de famille est donc obligatoire pour le juge de paix dès qu'elle est requise par l'une des personnes indiquées en notre article.

1124. A quel âge le mineur peut être émancipé. — Il y a lieu de distinguer à cet égard si l'émancipation est conférée par l'un des auteurs de l'enfant ou par le conseil de famille. Dans le premier cas, le mineur peut être émancipé à quinze ans révolus ; dans le deuxième, à dix-huit ans seulement (art. 477 et 478). Cette différence vient probablement de ce que l'enfant a, dans le premier cas, un protecteur naturel, qui lui manque dans le second, pour guider ses premiers pas dans la nouvelle étape de la vie que l'émancipation va lui ouvrir.

1125. Formes de l'émancipation expresse. — L'émancipation est un acte *solennel*, c'est-à-dire un acte qui ne peut valablement être accompli que dans les formes prescrites par la loi. Ces formes sont d'ailleurs d'une extrême simplicité. Si l'émancipation émane du père ou de la mère, elle résulte de leur simple déclaration reçue par le juge de paix assisté de son greffier (art. 477 al. 2). Si l'émancipation émane du conseil de famille, elle résulte de la délibération qui l'autorise et de la déclaration faite par le juge de paix, en qualité de président du conseil, *que le mineur est émancipé.* — Dans tous les cas, l'émancipation doit être constatée sur les registres de la justice de paix.

1126. Nomination d'un curateur au mineur émancipé. — Aux termes de l'art. 480 : « *Le compte de tutelle sera rendu au mineur* » émancipé, assisté d'un curateur qui lui sera nommé par le conseil » de famille ». Le curateur dont la loi nous parle ici n'est pas un curateur *ad hoc* spécialement nommé pour la réception du compte de tutelle, et dont les fonctions cesseraient de plein droit, cette mission particulière une fois remplie. Il est investi d'une mission permanente, qui durera normalement jusqu'à la mort ou la majorité de l'émancipé. C'est ce qu'on peut induire avec certitude de plusieurs textes, notamment de l'art. 482 qui nous représente le mineur émancipé comme agissant avec l'assistance, non d'un cura-

teur, mais bien de *son* curateur : ce qui suppose qu'il en a un, et qu'on ne le lui nomme pas à chaque fois.

Et toutefois, si le conseil de famille voulait, comme il arrivera souvent, confier les fonctions de curateur à l'ancien tuteur du mineur émancipé, il y aurait lieu de nommer un curateur *ad hoc* pour la réception du compte de tutelle, l'ancien tuteur ne pouvant pas être appelé à assister le mineur pour cet acte auquel il est lui-même partie.

Le curateur est toujours nommé par le conseil de famille (art. 480). Le père ou la mère qui émancipe son enfant, n'aurait pas le droit de le pourvoir d'un curateur, car aucun texte ne l'y autorise. En aucun cas non plus, nous ne voyons le code civil déférer de plein droit la curatelle du mineur émancipé. Il y a bien d'après le code civil une tutelle légitime, mais il n'y a pas de curatelle légitime.

1127. Et toutefois, d'après l'opinion générale, cette règle souffre une exception. Le mari majeur est curateur légal c'est-à-dire curateur de droit de sa femme mineure.

* A l'appui de cette solution, on invoque d'abord des raisons de convenance ; puis un argument d'analogie tiré de l'art. 506 qui déclare le mari tuteur de droit de sa femme interdite. On invoque enfin l'art. 2208 al. 3, relatif à l'expropriation forcée des immeubles de la femme mineure, aux termes duquel : « En cas de minorité du mari et de la femme, » ou de minorité de la femme seule, si son mari majeur refuse de procéder avec elle, il » est nommé par le tribunal un tuteur à la femme, contre lequel la poursuite est exercée ». C'est seulement, dit-on, quand le mari majeur refuse de procéder avec sa femme, sur la poursuite en expropriation dirigée contre celle-ci, qu'il y a lieu de nommer à la femme un tuteur ; donc cette nomination n'est pas nécessaire, quand le mari procède avec sa femme. Et pourquoi cela ? parce qu'elle est alors assistée de son curateur, que la loi suppose ne pouvoir être autre que le mari, et dont l'assistance est nécessaire et suffisante pour qu'elle puisse défendre à l'action dont il s'agit (art. 482). Donc le mari est de droit curateur de sa femme : la loi le désigne implicitement comme tel, en supposant que la femme ne peut pas avoir un autre curateur que lui.

* A notre avis, l'art. 2208 doit recevoir une toute autre explication : sa disposition prouve que la femme mariée n'a pas de curateur et qu'elle ne saurait en avoir un. En effet, en supposant avec l'opinion générale que la femme mariée mineure soit en curatelle et que le mari soit son curateur de droit lorsqu'il est majeur, on se demande pourquoi, au cas particulier d'une poursuite en expropriation dirigée contre une femme dont le mari est mineur, ou dont le mari majeur refuse de procéder avec elle, la loi ordonne (art. 2208 al. 3) qu'il soit nommé à la femme un TUTEUR *ad hoc* : évidemment c'est d'un CURATEUR *ad hoc* que la loi aurait dû ordonner la nomination dans le système qu'on suppose avoir été adopté par elle. Et il ne faudrait pas équivoquer sur le sens du mot *tuteur*, dire que le personnage désigné sous cette dénomination impropre n'est en réalité qu'un curateur. En effet l'article précise, lorsqu'il dit que la poursuite en expropriation sera exercée *contre le tuteur* : s'il s'était agi d'un curateur dans la pensée du rédacteur de l'art. 2208, il nous aurait représenté la poursuite comme exercée contre la femme assistée de son protecteur ; car telle est la règle pour les actions relatives aux droits immobiliers du mineur émancipé. On s'étonnera si l'on veut que la loi ordonne la nomination d'un tuteur à une femme qui n'est plus en tutelle, puisqu'elle a été émancipée par son mariage : peut-être bien y a-t-il là une *inelegantia juris* ; mais la disposition de la loi est formelle et il faut l'accep-

ter. D'ailleurs on remarquera qu'il s'agit d'une tutelle *ad hoc*, et elle peut s'expliquer en disant que, pour le cas particulier dont il s'agit, la loi remplace la femme mineure en tutelle par une sorte de retrait spécial de l'émancipation.

* D'ailleurs la théorie qui soustrait la femme mineure, émancipée par son mariage, à toute curatelle, est assez satisfaisante au point de vue rationnel. Quel besoin en effet la femme mariée mineure a-t-elle d'un curateur? N'est-elle pas suffisamment protégée par la règle tutélaire de l'autorisation, qui s'impose à elle pour tous les actes importants de la vie civile? La protection augmente-t-elle pour la femme, si, à raison d'un même acte, on la soumet à la nécessité d'obtenir l'assistance de son mari comme curateur, outre l'autorisation de celui-ci?

* Nous maintiendrions la solution que nous venons de développer, au risque de demeurer seul de cet avis, même dans le cas où la femme mineure serait mariée sous le régime de la séparation de biens, et nous lui reconnaitrions par conséquent le droit de faire seule certains actes pour lesquels l'autorisation maritale n'est pas requise, et pour lesquels un mineur émancipé ordinaire a besoin de l'assistance de son curateur, par exemple recevoir un capital mobilier et en donner décharge.

* **1128.** Si le mari ne doit pas être considéré comme étant de droit le curateur de sa femme mineure, à plus forte raison ne saurait-on admettre, avec un arrêt de la cour de Besançon du 8 avril 1884 (D., 85. 2. 246, S., 84. 2. 93), dont les motifs sont d'ailleurs d'une faiblesse extrême, l'existence d'une curatelle légale au profit du père qui a émancipé son enfant; il ne peut y avoir de curatelle légale sans une loi qui l'établisse. Mais en fait le conseil de famille confèrera presque toujours au père un titre qui aurait dû lui appartenir de droit, et qu'on peut regretter de ne pas trouver inscrit dans la loi.

1129. On admet, en se fondant sur des motifs d'intérêt général plus encore que sur de véritables raisons de droit, que la curatelle est une charge obligatoire comme la tutelle. C'est un devoir pour la société de protéger les incapables. La curatelle a été instituée dans cette vue, de même que la tutelle; il ne faut pas que le mauvais vouloir des particuliers puisse paralyser l'application de cette mesure, et c'est pourtant ce qui pourrait arriver si les fonctions de curateur n'étaient pas obligatoires.

On admet aussi, en se fondant sur des raisons d'analogie et sur un argument tiré des art. 34 et 42 C. pén., que les causes d'incapacité, d'exclusion et de destitution de la tutelle sont applicables à la curatelle, bien qu'il soit de principe que les dispositions de cette nature ne s'étendent pas en dehors du cas prévu par la loi.

On admet enfin que les causes qui dispensent de la tutelle peuvent dispenser aussi de la curatelle. Toutefois, d'après plusieurs auteurs, les fonctions de curateur étant beaucoup moins pénibles que celles de tuteur, le conseil de famille ne serait pas obligé d'admettre l'excuse proposée par le curateur, alors même qu'elle serait légale; il jouirait à cet égard d'un pouvoir discrétionnaire.

La vérité est que, sur tous ces points, il y a lacune dans la loi, et qu'il est difficile à l'interprète de la combler d'une façon satisfaisante sans se heurter à quelque principe.

1130. Fonctions du curateur à l'émancipation. — Le curateur assiste le mineur émancipé dans les cas déterminés par la loi. Son rôle diffère donc complètement de celui du tuteur qui *représente* le mineur non émancipé dans tous les actes civils (art. 450). En d'autres termes, le mineur émancipé figure dans les actes civils; il agit en personne, mais sous l'égide de son curateur dont le rôle ressemble ainsi beaucoup à celui du tuteur romain *qui auctoritatem interponebat*. Au contraire, le mineur non émancipé ne figure pas dans les actes civils : son tuteur agit pour lui; il le représente.

Il y a une autre différence entre le tuteur et le curateur. Le tuteur administre; à ce titre la loi l'oblige à rendre compte, elle

grève ses biens d'une hypothèque légale, et place auprès de lui un surveillant, le subrogé tuteur. Au contraire, le curateur n'administre pas ; ce soin appartient au mineur émancipé lui-même, comme on le verra bientôt ; par suite le curateur n'a pas de compte à rendre quand ses fonctions prennent fin, ses biens ne sont pas grevés d'une hypothèque légale au profit du mineur, et on ne lui adjoint pas un *subrogé curateur*.

§ II. Des effets de l'émancipation.

1131. L'émancipation produit un double effet. D'une part, elle affranchit le mineur de la puissance paternelle et de l'autorité tutélaire. D'autre part, elle rend le mineur capable d'accomplir certains actes de la vie civile.

N° 1. Premier effet.

1132. L'émancipation affranchit le mineur de la puissance paternelle et de l'autorité tutélaire. De là résultent plusieurs conséquences : 1° L'émancipation met fin au droit de jouissance légale, qui est un attribut de la puissance paternelle (art. 384) ; 2° le mineur émancipé n'est plus soumis au droit de correction (art. 377) ; 3° il échappe aussi au droit de garde ; il pourra donc désormais disposer de sa personne, et par suite : se choisir une résidence et même un domicile (arg. art. 108) ; louer ses services ; se vouer à l'exercice de telle ou telle profession, sauf toutefois, s'il veut faire le commerce, à se conformer aux prescriptions de l'art. 2 C. co. ; contracter un engagement volontaire dans les armées de terre ou de mer, si d'ailleurs il réunit les conditions requises par l'art. 59 de la loi du 13 juillet 1889 *sur le recrutement de l'armée*. Aucune autorisation ne lui serait nécessaire pour contracter cet engagement, alors même qu'il aurait moins de vingt ans révolus. Arg. art. 59-6° de la loi du 13 juillet 1889, qui, à la suite de ces mots : « doit être pourvu du consentement de ses père et mère ou tuteur » n'ajoute pas : *ou curateur*. Cpr. *supra*, n. 963.

Le mineur émancipé reste d'ailleurs soumis à la nécessité d'obtenir le consentement de ses père et mère, de ses ascendants ou d'un conseil de famille pour contracter mariage.

N° 2. Deuxième effet.

1133. L'émancipation confère au mineur une certaine capacité relativement aux actes civils, une capacité intermédiaire entre celle du mineur non émancipé, qui est à peu près nulle, et celle

du majeur qui est complète. Cette capacité ne peut être précisée d'un seul mot. Pour en déterminer les limites, il y a lieu de distinguer : 1° les actes que le mineur émancipé peut valablement accomplir *seul*, c'est-à-dire sans l'assistance de son curateur ni aucune autre formalité ; 2° ceux pour lesquels l'assistance de son curateur lui est nécessaire et suffisante ; 3° enfin ceux pour lesquels il est assimilé au mineur non émancipé.

I. Actes que le mineur émancipé peut faire seul.

1134. Cette catégorie comprend tous les actes de pure administration. Nous lisons à ce sujet dans l'art. 481 : « Le mineur émancipé passera les baux dont la durée n'excédera 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 ».

Aux exemples que la loi donne d'actes de pure administration, permis à ce titre au mineur émancipé, on peut ajouter : la vente des récoltes, les réparations d'entretien, l'achat de meubles pour les appartements, de provisions pour le ménage...

Le mineur émancipé pourrait-il toucher par anticipation les fermages de ses terres ou les loyers de ses maisons, en vertu d'une clause du bail par laquelle il se serait réservé ce droit ? Non, en principe ; car la loi lui permet seulement de toucher ses *revenus*, et les loyers et fermages ne constituent des revenus qu'au fur et à mesure de leur échéance. Et toutefois il y aurait lieu, ce semble, d'excepter le cas où le mineur n'aurait stipulé qu'une légère anticipation dans le paiement des loyers ou des fermages, surtout si, en agissant de la sorte, il s'était conformé à un usage constant et reconnu. Ainsi à Bordeaux, les propriétaires de maisons stipulent ordinairement que les loyers leur seront payés par quartiers et d'avance ; nul doute qu'un mineur émancipé ne puisse valablement, après avoir fait un bail dans ces conditions, toucher les loyers aux époques convenues. Il en serait autrement si le mineur avait stipulé payables d'avance les loyers d'une ou de plusieurs années. Les loyers à payer par anticipation devraient alors être considérés comme un capital, et le mineur ne pourrait les toucher sans l'assistance de son curateur.

1135. Il est un point de vue particulier, sous lequel les pouvoirs du mineur émancipé nous apparaissent comme plus étendus que ceux du tuteur. Le tuteur doit faire emploi dans un certain délai de l'excédent du revenu de son pupille sur sa dépense (art. 455 et 456). Au contraire, le mineur émancipé peut disposer comme il l'entend des économies qu'il réalise sur ses revenus, car ces économies lui appartiennent.

• Il peut donc en opérer le placement (cpr. loi du 20 juillet 1886, relative à la caisse nationale des retraites pour la vieillesse, art. 13 al. 2), même en acquisition d'immeubles. V. cependant un arrêt de la cour de cassation du 2 décembre 1885 (D., 86. 1. 294, S., 86. 1. 97), d'après lequel l'acquisition d'un immeuble en vue d'un placement ne constitue pas un acte de pure administration, qu'une femme séparée de biens puisse faire sans autorisation.

1136. Le mineur émancipé, qui a accompli des actes de pure

administration, n'est pas, dit l'art. 481, « restituable contre ces actes » dans tous les cas où le majeur ne le serait pas lui-même », c'est-à-dire qu'il ne peut pas demander la nullité de ces actes en se fondant sur ce qu'ils lui ont causé un préjudice. Faut-il dire alors que le mineur émancipé doit être complètement assimilé à un majeur relativement aux actes de pure administration? Quelques auteurs emploient cette formule; mais il est permis de croire qu'ils n'en ont pas bien mesuré la portée. En effet, les engagements, contractés par le mineur émancipé dans les limites de son droit de pure administration, sont, sous certaines conditions, susceptibles d'être réduits, quand ils sont excessifs (art. 484 al 2). Ce secours, au contraire, n'est jamais accordé au majeur.

II. Actes pour lesquels l'assistance du curateur est nécessaire et suffisante.

1137. Le mineur émancipé peut, avec la seule assistance de son curateur : 1° recevoir son compte de tutelle; 2° intenter une action immobilière ou y défendre; 3° recevoir un capital mobilier et en donner décharge; 4° intenter une action en partage; 5° accepter une donation; 6° aliéner, mais dans certains cas seulement, ses meubles incorporels, quelle qu'en soit la valeur.

Passons en revue ces différents actes :

1° Recevoir son compte de tutelle. V. art. 480.

2° Intenter une action immobilière ou y défendre : « *Il ne pourra intenter une action immobilière, ni y défendre, même recevoir et donner décharge d'un capital mobilier, sans l'assistance de son curateur, qui, au dernier cas, surveillera l'emploi du capital reçu* » (art. 482).

En ce qui concerne les actions immobilières, il faut noter une double différence entre les pouvoirs du mineur émancipé et ceux du tuteur. — D'une part, pour intenter une action immobilière au nom de son pupille, le tuteur a besoin de l'autorisation du conseil de famille (art. 464); au contraire, cette autorisation n'est pas nécessaire au mineur émancipé : l'assistance de son curateur lui suffit. D'autre part, le tuteur a plein pouvoir pour défendre à une action immobilière (arg. art. 464); au contraire, le mineur émancipé a besoin de l'assistance de son curateur pour la défense comme pour l'attaque.

L'art. 482 ne parlant que des actions immobilières, on en induit par argument *a contrario* que le mineur émancipé peut intenter seul une action mobilière ou y défendre.

Il y a même des actions immobilières que le mineur émancipé peut intenter sans l'assistance de son curateur : ce sont les actions possessoires; elles constituent des actes conservatoires, et rentrent à ce titre dans la catégorie des actes que le mineur émancipé peut faire seul.

Le mineur émancipé pourrait-il, avec la seule assistance de son curateur, acquiescer à une demande immobilière? On enseigne généralement qu'il faudrait en outre l'autorisation du conseil de famille. L'art. 484 est formel : il établit cette règle que, pour tous les actes, autres que ceux de pure administration, le mineur émancipé doit observer les formes prescrites au mineur non émancipé. Il n'y a d'exceptions à cette règle que celles qui résultent d'un texte. Or l'art. 482 en établit une en ce qui concerne l'exercice actif ou passif des actions immobilières; mais ni lui ni aucun autre n'en formule en ce qui con-

cerne l'acquiescement à une demande de cette nature. Donc ce cas reste soumis à la règle établie par l'art. 464.

3^o Recevoir un capital mobilier, par exemple un capital en argent, et en donner décharge (art. 482). Toucher un capital mobilier et en donner décharge est un acte d'administration, mais non un acte de pure administration : voilà pourquoi la loi exige ici l'assistance du curateur. Et, pour donner plus d'efficacité à cette mesure de protection, elle oblige le curateur à surveiller l'emploi du capital reçu.

Cette surveillance paraît impossible ; car, une fois que le mineur tiendra l'argent, comment son curateur pourra-t-il lui imposer un emploi utile ? Tout ce qu'il pourra faire, évidemment, c'est de donner à ce sujet des conseils au mineur. — Il faut pourtant trouver un moyen, direct ou indirect, pour mettre le curateur à même de remplir la mission dont il est investi ; autrement la mesure de protection établie par la loi deviendrait illusoire. Aussi admet-on que le curateur peut subordonner son assistance à la condition qu'il sera fait immédiatement tel emploi des fonds touchés par le mineur, ou que ces fonds seront déposés entre les mains d'une personne ou d'une société déterminée jusqu'à ce qu'on en ait trouvé un emploi avantageux.

Le curateur pourrait être déclaré responsable, s'il ne remplissait pas convenablement la mission de surveillance dont la loi l'investit ; mais en aucun cas les tiers, qui se seraient libérés entre les mains du mineur assisté de son curateur, ne pourraient être inquiétés si le mineur faisait mauvais emploi des fonds. Arg. art. 6 *in fine* de la loi du 27 février 1880.

4^o Intenter une action en partage ou y défendre. L'art. 840 est formel à cet égard ; sa disposition doit l'emporter, comme étant de date plus récente, sur celles des art. 484 et 465 combinés, qui paraissent exiger en outre l'autorisation du conseil de famille.

5^o Accepter une donation (art. 935 al. 2).

6^o Aliéner ses meubles incorporels, quelle qu'en soit la valeur. C'est ce qui résulte par argument de la loi du 24 mars 1806 et du décret du 25 septembre 1813, aujourd'hui abrogés (*infra* n. 1143). En exigeant l'autorisation du conseil de famille pour l'aliénation de certaines valeurs mobilières du mineur émancipé, ces textes donnaient bien à entendre que cette autorisation n'était pas nécessaire pour l'aliénation des autres valeurs mobilières du mineur. Toutefois cela n'est vrai que relativement au mineur qui a été émancipé expressément pendant le mariage de ses père et mère, ou tacitement par son propre mariage. Le mineur émancipé expressément au cours de la tutelle, ne pourrait aliéner ses meubles incorporels qu'en remplissant les formalités prescrites pour le mineur non émancipé. Voyez les art. 4 et 12 de la loi du 27 février 1880, et *infra* n. 1143.

* Quant aux meubles corporels, il est certain que le mineur émancipé a capacité pleine et entière pour réaliser les aliénations qui rentrent dans le cercle des actes de pure administration, comme les ventes de récoltes, ou de vieux ustensiles aratoires en vue de les remplacer par des neufs. Arg. art. 481. En dehors de cette hypothèse, il nous paraît résulter de la combinaison des art. 482 et 484 que le mineur émancipé ne peut faire aucune aliénation de mobilier sans remplir les formalités prescrites pour le mineur non émancipé. Cette solution n'est guère satisfaisante au point de vue pratique, et cela explique que la solution contraire l'ait emporté. On reconnaît au mineur émancipé capacité pleine et entière pour toutes les aliénations de meubles corporels. Mais, il s'en faut de beaucoup que les arguments qu'on tire en faveur de cette solution de l'art. 484, qui ne parle que de l'aliénation des immeubles, et de l'art. 1449 soient sans réplique.

1138. D'après l'opinion générale, le mineur émancipé, qui ne peut obtenir de son curateur l'assistance dont il a besoin pour accomplir un acte, aurait le droit de se pourvoir contre le refus de celui-ci. Devant quelle autorité ? Devant le conseil de famille suivant les uns, devant la justice suivant les autres. En supposant que le recours doive être admis, ce qui est douteux en l'absence d'un texte, il paraîtrait plus juridique d'en rendre juge le tribunal ; car le conseil de famille n'a qu'une juridiction d'exception, et nous ne voyons pas qu'aucun texte le déclare ici compétent. Cpr. *infra* n. 1191.

III. Actes pour lesquels le mineur émancipé est assimilé au mineur en tutelle.

1139. Il y a des actes qui sont interdits au mineur émancipé, comme au mineur non émancipé et à son tuteur. Il y en a d'autres que le mineur émancipé peut accomplir, mais dont la validité est soumise à l'observation des formes prescrites au mineur non émancipé.

A. Actes interdits au mineur émancipé.

1140. Les actes interdits au mineur émancipé sont :

1° La donation entre vifs (art. 903 et 904).

2° Le testament, si le mineur a moins de seize ans (art. 904).

3° L'acceptation pure et simple d'une succession. Arg. art. 461 *in fine*.

4° Le compromis. Arg. art. 1004 et 83-6° du C. pr. combinés.

Les quatre termes de cette énumération se retrouvent au n. 1174.

B. Actes pour lesquels le mineur émancipé est soumis aux mêmes conditions et formalités que le mineur en tutelle.

1141. On peut dire, d'une manière générale, que cette catégorie comprend tous les actes qui ne figurent pas dans les précédentes. Cette formule paraît plus exacte que celle de l'art. 484 al. 1, où on lit : « *Il ne pourra non plus vendre ni aliéner ses immeubles, ni faire aucun acte autre que ceux de pure administration, sans observer les formes prescrites au mineur non émancipé* ».

== *Ni faire aucun acte autre que ceux de pure administration.* C'est trop dire ; car il y a des actes qui ne sont pas de pure administration, tels que la réception d'un capital mobilier et l'exercice d'une action immobilière (art. 482), pour lesquels l'assistance du curateur est suffisante.

D'un autre côté, pour tous les actes auxquels s'applique notre article, ce ne sont pas seulement les « *formes prescrites au mineur non émancipé* » qui doivent être observées, mais aussi les *conditions* ; ainsi la vente d'un immeuble ne pourra être autorisée que pour cause d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident.

L'observation de ces formes et conditions suffit. Il n'est pas nécessaire en outre que le mineur émancipé soit assisté de son curateur. D'après la rédaction primitive de l'art. 484 al. 1, telle qu'elle avait été proposée par le tribunal, cette assistance était nécessaire. Mais la disposition du projet a été modifiée sur ce point.

1142. Voici maintenant l'énumération des actes auxquels s'applique le principe que nous venons de poser.

1° L'acceptation ou la répudiation d'une succession (art. 461).

2° L'acquiescement à une demande immobilière (art. 464).

Pour ces deux premiers actes l'autorisation du conseil de famille est nécessaire et suffisante. Pour ceux dont l'énumération va suivre, il faut en outre l'homologation du tribunal, et quelquefois

certaines formalités particulières, comme l'avis de trois jurisconsultes pour le cas de la transaction.

3° L'emprunt. « *Le mineur émancipé ne pourra faire d'emprunt sous aucun prétexte, sans une délibération du conseil de famille, homologuée par le tribunal de première instance, après avoir entendu le procureur du Roi* » (art. 483).

L'emprunt ne pourrait être autorisé que pour cause d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident (arg. art. 457 et 484 al. 1). On a soutenu sans aucun fondement que cette condition n'était pas nécessaire, l'art. 483 ne l'exigeant pas, à la différence de l'art. 457. Il suffit de remarquer, pour ruiner cet argument, que le principe consacré par l'art. 484 al. 1, qui assimile le mineur émancipé au mineur non émancipé pour tous les actes autres que ceux de pure administration, ne figurait pas dans le projet; il y a été introduit sur la demande du tribunal. Le principe une fois admis, l'art. 483 devenait inutile, et on aurait dû le supprimer : c'est par inadvertance qu'on l'a laissé subsister, et l'argument qu'on peut tirer de ses termes perd ainsi toute sa valeur. D'ailleurs la différence que l'on prétend établir entre l'emprunt contracté par un mineur émancipé et celui contracté par un mineur non émancipé n'aurait aucune raison d'être.

4° L'aliénation des immeubles. Voyez art. 457 et s.

5° L'hypothèque. Voyez art. 457 et 458.

6° La transaction. Voyez art. 467.

* On admet cependant en général que le mineur émancipé peut transiger seul relativement aux actes de pure administration. Bigot-Prémameneu l'a dit positivement dans l'exposé des motifs du titre *Des transactions*, et, d'autre part, le mineur émancipé remplit la condition qu'exige l'art. 2045 pour pouvoir transiger : il a la libre disposition de l'objet compris dans la transaction, puisque la loi lui reconnaît pleine capacité pour les actes de pure administration. — M. Laurent qui soutient l'opinion contraire (t. V n. 235), ne comprend pas qu'on puisse reconnaître au mineur émancipé le droit de transiger sur un acte de pure administration, alors que ce droit est certainement refusé au tuteur, dont les pouvoirs comme administrateur sont cependant plus étendus. Il y en a pourtant une raison bien simple : c'est que le mineur émancipé a la libre disposition de ses revenus (*supra* n. 1134), tandis que le tuteur n'a pas la libre disposition des revenus de son pupille. On comprend donc que le mineur émancipé puisse faire une transaction, qui ne menace en définitive que son revenu, tandis qu'on refuse ce droit au tuteur.

7° Enfin le mineur émancipé, du moins lorsque l'émancipation est survenue au cours de la tutelle, est assimilé au mineur non émancipé en ce qui concerne l'aliénation de ses meubles incorporels. Les formes à remplir consistent, on le sait, dans l'autorisation du conseil de famille, qui doit être homologuée par le tribunal, si la valeur des meubles à aliéner est supérieure à 1,500 fr. en capital.

1143. L'art. 4 de la loi du 27 février 1880 dit à ce sujet : « *Le mineur émancipé au cours de la tutelle, même assisté de son curateur, devra observer, pour l'aliénation de ses meubles 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* ».

La loi dit : « *Le mineur émancipé au cours de la tutelle* ». Donc

la disposition que nous venons de transcrire n'est pas applicable au mineur émancipé du vivant de ses père et mère, car ce mineur n'est pas en tutelle (arg. art. 390). Cette déduction tirée du texte, est pleinement confirmée par les travaux préparatoires de la loi. On a sans doute considéré qu'une protection particulière est inutile au mineur émancipé qui a ses deux protecteurs naturels; d'autant plus que ce mineur aura presque toujours son père pour curateur; quelques-uns prétendent même que le père émancipateur est curateur de droit. Mais le législateur paraît ne pas avoir songé que le mineur peut devenir orphelin : auquel cas la protection légale continuera de lui faire défaut, bien que le motif qui a empêché de lui accorder cette protection ait cessé d'exister.

La disposition qui nous occupe est également inapplicable au mineur émancipé par le mariage (art. 4 *in fine*), et cela alors même que son émancipation se serait produite au cours de la tutelle, car la loi ne distingue pas. Le mariage suppose chez le mineur qui le contracte une certaine maturité d'esprit; s'il ne la possédait pas, ses ascendants ou sa famille n'auraient pas vraisemblablement consenti à son mariage : il a donc pu paraître juste de soustraire ce mineur à une protection qui dans bien des cas peut être une entrave.

Cela posé, quelle va être, au point de vue de l'aliénation de ses meubles incorporels, la situation du mineur émancipé soit du vivant de ses père et mère, soit par son mariage? Cette situation reste ce qu'elle était sous la législation antérieure, sauf une aggravation résultant de l'art. 12 al. 1 de la loi nouvelle, ainsi conçu : « La loi du 24 mars 1806 et le décret du 25 septembre 1813 sont » abrogés ». La loi du 24 mars 1806, art. 2, exigeait l'autorisation du conseil de famille pour l'aliénation de rentes sur l'État appartenant à un mineur (émancipé ou non), lorsque la totalité des inscriptions appartenant audit mineur excédait cinquante francs de revenu. D'après le décret du 25 septembre 1813, une autorisation semblable était nécessaire pour l'aliénation d'actions de la Banque de France appartenant à un mineur, lorsqu'il était propriétaire de plusieurs actions ou de plusieurs coupons représentant dans leur ensemble plus d'une action entière. Ces deux dispositions législatives étant abrogées, il reste que le mineur, émancipé du vivant de ses père et mère ou par son mariage, peut aliéner tous ses meubles incorporels, quelles qu'en soient la nature et la valeur, avec la seule assistance de son curateur. Arg. art. 482, et *supra* n. 1137. Le législateur de 1880 a-t-il bien songé à cette conséquence?

En ce sens, Cass., 13 août 1883, D., 84. 1. 403. S., 84. 1. 177.

Sur un autre point, on peut accuser le législateur d'avoir manqué de prévoyance à l'égard du mineur émancipé, et cette fois l'omission ne concerne pas une catégorie seulement de mineurs émancipés, elle peut les atteindre tous. En effet nulle disposition de la loi nouvelle n'oblige le mineur émancipé à convertir en titres nominatifs les titres au porteur qui lui adviennent à titre de succession ou autrement au cours de l'émancipation : l'art. 5 ne prescrit cette conversion que pour le mineur non émancipé. Il en résulte que le mineur émancipé pourra, en fait, se soustraire à la nécessité d'obtenir l'assistance de son curateur pour l'aliénation des titres de cette nature, dont la propriété se transmet par une simple remise opérée de la main à la main.

1144. Terminons en disant que la loi nouvelle ne modifie en rien la situation que notre code de commerce fait au mineur commerçant. Voyez art. 6 C. co.

§ III. *Comment l'émancipation prend fin.*

1145. L'émancipation prend fin par la mort du mineur, par sa majorité et par la révocation de l'émancipation.

Nous n'avons rien de particulier à dire en ce qui concerne les deux premières causes, mais il est nécessaire d'entrer dans quelques développements relativement à la troisième.

1146. Le mineur émancipé, on s'en souvient, a capacité pleine et entière en ce qui regarde les actes de pure administration (art. 481). La loi, l'assimilant sur ce point à un majeur, ne lui accorde pas le secours de la *restitution*, c'est-à-dire de la rescision pour cause de lésion, contre les obligations qu'il a contractées en se renfermant dans les limites de son droit d'administration (art. 481) ; mais elle l'autorise dans certains cas et sous certaines conditions à en obtenir la réduction, privilège qui est toujours refusé au majeur.

On lit à ce sujet dans l'art. 484 al. 2 : « *A l'égard des obligations qu'il aurait contractées par voie d'achats ou autrement, elles seront réductibles en cas d'excès : les tribunaux prendront, à ce sujet, en considération la fortune du mineur, la bonne ou mauvaise foi des personnes qui auront contracté avec lui, l'utilité ou l'inutilité des dépenses* ».

Quelles sont au juste les obligations que notre article déclare réductibles en cas d'excès ? « Il s'agit », dit Valette, « de toute opération qui peut induire le mineur en dépense, et qui, si elle eût été modérée, aurait été parfaitement régulière comme acte d'admi-

nistration ». Notre article serait donc inapplicable aux actes qui n'induisent pas le mineur en dépense, bien qu'ils lui occasionnent un préjudice, comme il arriverait si le mineur avait vendu une récolte à trop bas prix, ou donné à bail un fonds de terre ou une maison à des conditions désavantageuses.

Les obligations qui peuvent être l'objet de la réduction, auront le plus souvent été contractées par voie d'achats : ainsi le mineur aura acheté à crédit un mobilier somptueux, des chevaux de luxe, des équipages, alors que sa situation de fortune ne comportait pas ces acquisitions (1). Mais la réduction peut aussi atteindre d'autres obligations, car la loi parle d'obligations contractées par voie d'achats *ou autrement*. Tel serait le cas où le mineur aurait loué, pour l'habiter, un appartement d'un prix exagéré, eu égard à sa situation de fortune, ou commandé des constructions importantes.

Il appartient aux tribunaux d'apprécier s'il y a excès dans les obligations contractées par le mineur. Sur quelle base feront-ils cette appréciation ? Ils prendront d'abord en considération la fortune du mineur, car tout est essentiellement relatif en ces matières ; telle dépense qui est modérée pour un homme riche, sera souvent excessive pour celui dont les ressources sont modiques. Les juges devront faire entrer aussi en ligne de compte l'utilité ou l'inutilité des dépenses. Enfin ils auront égard à la bonne ou à la mauvaise foi des personnes qui ont contracté avec le mineur ; ils devront donc, toutes choses égales d'ailleurs, traiter un fournisseur de mauvaise foi plus rigoureusement qu'un fournisseur de bonne foi. Le fournisseur sera de mauvaise foi, lorsque, connaissant la situation de fortune du mineur, il aura pu facilement juger que la dépense était excessive.

1147. L'action en réduction autorisée par l'art. 484, a été introduite en faveur du mineur et ne compété qu'à lui. Elle ne pourrait donc pas être exercée en son lieu et place par son curateur, ni par son père ou par sa mère, ou par le conseil de famille : pour qu'ils eussent ce droit, une disposition de la loi serait nécessaire.

(1) * La jurisprudence applique le principe aux acquisitions d'immeubles, qu'elle considère comme un acte d'administration n'excédant pas les limites de la capacité du mineur émancipé. L'art. 484 al. 2 dit : *par voie d'achats*, sans distinguer s'il s'agit de meubles ou d'immeubles. L'achat d'un immeuble par un mineur émancipé est donc valable, sauf la réduction que le mineur pourra obtenir en cas d'excès par application de l'art. 484. — Soit. Mais la jurisprudence décide que, la loi n'apportant aucune limitation à la faculté qu'elle donne au juge de réduire l'engagement du mineur, le juge peut aller jusqu'à la réduction totale. Cass., 10 février 1890, D., 91. 1. 292. C'est reconnaître en fait au juge le pouvoir de prononcer la rescision de l'engagement du mineur pour cause de lésion. Sa décision sera à l'abri de la cassation si, au lieu de dire sans détour qu'il annule l'engagement du mineur pour cause de lésion, il a usé de certaines précautions oratoires, s'il a dit par exemple que la réduction doit être totale parce que l'exécution du contrat aurait pour le mineur des conséquences désastreuses et consommerait sa ruine complète. Il nous paraît difficile d'admettre une semblable solution qui invite le juge à tourner la loi quand il la trouve défectueuse.

Le mineur perdrait le bénéfice de l'action en réduction, s'il avait usé de dol pour se faire croire majeur. Arg. art. 1310.

1148. Le mineur émancipé, qui contracte des obligations excessives, abuse de l'émancipation ; il mérite donc d'être privé d'une faveur dont il se montre indigne. Et toutefois l'émancipation ne peut lui être retirée qu'autant que, sur sa demande, les obligations par lui contractées ont été jugées excessives et réduites comme telles. C'est ce que dit en substance l'art. 485 : « *Tout mineur émancipé dont les engagements auraient été réduits en vertu de l'article précédent, pourra être privé du bénéfice de l'émancipation, laquelle lui sera retirée en suivant les mêmes formes que celles qui auront eu lieu pour la lui conférer* ».

La plupart des auteurs admettent que l'émancipation peut être retirée au mineur, par cela seul que ses engagements ont été jugés *excessifs*, alors même que le tribunal aurait cru ne pas devoir en prononcer la réduction, eu égard à la bonne foi des tiers qui ont contracté avec lui. Logiquement, dit-on, la cause de la révocation existe, quand les engagements du mineur sont jugés *excessifs* ; il importe peu que, par suite d'une circonstance indépendante de sa personne, ces engagements soient maintenus. Cette solution est certainement la meilleure au point de vue théorique. Mais là n'est pas la question : il s'agit de savoir si le législateur l'a consacrée. Or la négative paraît bien résulter des termes de l'art. 485, qui fait de la réduction des engagements excessifs contractés par le mineur, une condition du retrait de l'émancipation (arg. des mots : *Tout mineur émancipé dont les engagements auraient été réduits...*)

* **1149.** La révocation de l'émancipation étant subordonnée à la réduction des engagements excessifs contractés par le mineur, et cette réduction ne pouvant être prononcée que sur sa demande (*supra* n. 1147), on doit en conclure que, s'il ne la réclame pas, l'émancipation ne pourra pas lui être retirée. La loi met donc le sort de l'enfant entre ses propres mains, puisqu'elle lui fournit un moyen fort simple d'échapper à la déchéance dont elle le menace. Cela n'est pas sans inconvénients ; car le mineur pourra ainsi conserver indéfiniment une capacité, dont il abusera probablement dans l'avenir, puisqu'il en a déjà abusé dans le passé. On peut à juste titre accuser le législateur d'avoir manqué sur ce point de prévoyance. Mais ce n'est pas une raison pour réformer son œuvre, comme nous paraissent le faire certains auteurs, qui, pour accorder au mineur une protection plus efficace, autorisent les personnes appelées le cas échéant à révoquer l'émancipation, c'est-à-dire le père, la mère ou le conseil de famille, à demander la réduction des engagements excessifs du mineur, pour parvenir, après que cette réduction aura été prononcée, au retrait de l'émancipation.

D'un autre côté, la loi n'autorisant la révocation de l'émancipation que dans le cas où les engagements du mineur ont été réduits comme excessifs, on doit en conclure que la révocation ne pourrait pas avoir lieu pour cause d'inconduite du mineur (tribunal de Toulouse. 15 novembre 1882, S., 83. 2. 96), ou sur ce fondement qu'il aurait commis des fautes dans la gestion de ses biens. Tout est de droit étroit en notre matière comme en toutes celles qui touchent à la capacité.

1150. Par qui et dans quelles formes l'émancipation sera-t-elle retirée au mineur, dont les engagements ont été réduits par application de l'art. 484 ? La loi répond : « l'émancipation... sera retirée en suivant les mêmes formes que celles qui auront eu lieu pour la conférer ». Prise à la lettre, cette formule conduirait souvent à des impossibilités. Ainsi il se peut que, l'émancipation ayant été conférée par la mère, celle-ci soit morte aujourd'hui ; il est clair que l'émancipation ne peut plus être retirée au mineur dans la forme où elle lui a été conférée. La loi a voulu dire que les formes à suivre pour retirer l'émancipation à un mineur sont les mêmes que celles qu'il y aurait lieu de remplir s'il

s'agissait actuellement de la lui conférer. Dans l'espèce qui vient d'être proposée, le retrait de l'émancipation sera opéré par le conseil de famille en la forme prescrite par l'art. 478.

Malgré la généralité de sa disposition, l'art. 485 paraît inapplicable à l'émancipation résultant du mariage (art. 476). La qualité de mineur en tutelle a été regardée par le législateur comme incompatible avec celle d'époux ou de père ; l'émancipation résultant du mariage doit donc être irrévocable. D'ailleurs les termes de l'art. 485 *in fine* prouvent bien que le législateur ne songeait pas ici à l'émancipation tacite, car il dit que l'émancipation sera retirée en suivant *les mêmes formes* que celles qui ont eu lieu pour la conférer : or l'émancipation tacite n'est soumise à aucune forme, puisqu'elle résulte de plein droit du fait du mariage.

Les raisons qui viennent d'être déduites, doivent même conduire à décider que l'émancipation résultant du mariage continuerait à être irrévocable après sa dissolution ; et cela sans qu'il y ait à distinguer s'il en reste ou non des enfants.

1151. Effets du retrait de l'émancipation. — « *Dès le jour où l'émancipation aura été révoquée, le mineur rentrera en tutelle et y restera jusqu'à sa majorité accomplie* (art. 486). Le mineur ne pourra donc pas être émancipé de nouveau : on s'en tient à la première expérience ; il pourrait être dangereux d'en tenter une deuxième.

Et toutefois la règle recevrait exception au cas où le mineur dont l'émancipation a été révoquée se marierait. Ainsi qu'on vient de le voir, l'état de mineur en tutelle est incompatible avec celui d'époux ou de père. D'ailleurs l'art. 476 dit, dans des termes absolus, que le mineur est émancipé de plein droit par le mariage.

La révocation de l'émancipation n'aura pas toujours pour résultat de faire rentrer le mineur en tutelle, comme le dit l'art. 486. Si les père et mère du mineur sont vivants au moment du retrait de l'émancipation, le mineur rentrera sous *puissance paternelle* ; car il ne peut être question de tutelle, tant que le mariage dure (*supra* n. 993). D'autre part, si, les père et mère du mineur étant vivants lors de l'émancipation, l'un d'eux est décédé à l'époque où elle est retirée, le mineur ne *rentrera* pas en tutelle, puisqu'il n'y a jamais été ; mais il y *entrera*.

Maintenant, d'après quelles règles sera déférée la tutelle du mineur dont l'émancipation est révoquée ? On a soutenu que le mineur retombe de plein droit sous l'autorité du tuteur qu'il avait lors de l'émancipation. Cette solution serait acceptable, si la loi disait que l'ancienne tutelle revit ; mais elle dit seulement, ce qui est tout à fait différent, que le mineur *rentre en tutelle*, c'est-à-dire que la tutelle s'ouvre de nouveau pour lui. Il y a d'ailleurs des cas dans lesquels on ne peut songer à faire revivre l'ancienne tutelle, par exemple si le tuteur est mort. Que conclure de tout cela ? C'est que la tutelle qui s'ouvre ou qui se rouvre pour le mineur, sera déférée d'après les règles du droit commun : donc au survivant des père et mère tout d'abord, à son défaut aux ascendants les plus proches, et enfin à défaut de ceux-ci à un tuteur nommé par le conseil de famille.

1152. Aux termes de l'art. 487 : « *Le mineur émancipé qui fait un commerce, est réputé majeur pour les faits relatifs à ce commerce* ». Les développements que comporte cette matière appartiennent au droit commercial. Nous nous bornons à y renvoyer.

APPENDICE

DE LA TUTELLE DES ENFANTS NATURELS

1153. Le code civil est resté muet en ce qui concerne la tutelle des enfants naturels, et il résulte des travaux préparatoires que ce silence n'est pas le résultat d'un oubli. Il y a donc lacune sur ce point dans notre loi civile, et la combler n'est pas chose facile.

La doctrine admet en général les deux propositions suivantes :

1^o L'art. 389, qui organise l'administration légale au profit du père sur les biens de son enfant mineur, n'est pas applicable aux enfants naturels (argument des mots *pendant le mariage*).

2^o En droit, la tutelle des enfants naturels s'ouvre dès leur naissance; en fait, il y a lieu de l'organiser dès qu'ils ont des biens.

La difficulté est de savoir comment.

Une loi du 15 pluviôse an XIII défère aux commissions administratives des hospices la tutelle des enfants admis dans ces établissements à quelque titre que ce soit. Mais cette loi ni aucune autre ne s'occupe de la tutelle des autres enfants naturels. D'après quelles règles sera-t-elle déferée? Il y a sur ce point une grande divergence de vues. Voici la solution à laquelle nous nous arrêtons :

Le code civil reconnaît quatre espèces de tutelle :

1^o La tutelle légitime du survivant des père et mère. L'art. 390, qui organise cette tutelle, n'est écrit qu'en vue des enfants légitimes (arg. des mots *après la dissolution du mariage*); il paraît donc difficile de l'appliquer aux enfants naturels, car il ne peut y avoir de tutelle légale sans loi, et nous n'avons ici de loi que pour les enfants légitimes. En ce sens, Nîmes, 15 févr. 1887, S., 87. 2. 172, et Paris, 28 juil. 1892, S., 93. 2. 24, D., 92. 2. 544.

2^o La tutelle déferée par le dernier mourant des père et mère. — Si l'on reconnaît que le survivant des père et mère de l'enfant naturel n'est pas de droit son tuteur, il faut admettre qu'il ne peut pas déferer la tutelle de cet enfant; car le droit de déferer une tutelle est une conséquence de l'investiture de cette tutelle. V. l'arrêt de Nîmes précité.

3^o La tutelle légitime des ascendants. — L'enfant naturel n'ayant pas, au point de vue légal, d'ascendants, il ne peut être question pour lui de cette tutelle.

4^o Il reste la tutelle déferée par le conseil de famille. Beaucoup d'auteurs pensent que c'est toujours par cette assemblée que devra être nommé le tuteur de l'enfant naturel mineur, et la jurisprudence est en ce sens. V. Nîmes et Paris, arrêts précités. Mais comment composer un conseil de famille à un enfant qui n'a pas de famille? On ne pourrait y parvenir qu'en adoptant comme règle générale, pour la formation de l'assemblée, qui serait alors appelée très improprement *conseil de famille*, un mode de procéder que l'art. 409 nous présente comme exceptionnel, et qui consisterait à composer le conseil de personnes connues pour avoir eu des relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère du mineur. Encore faudrait-il pour cela que le père et la mère du mineur fussent connus, ou tout au moins l'un d'eux. D'un autre côté, il faut forcer le sens de l'art. 405, qui dit dans quels cas il y a lieu à la nomination du tuteur par le conseil de famille, pour le considérer comme applicable aux enfants naturels. — Si on admet que le conseil de famille n'a pas qualité pour nommer le tuteur de l'enfant naturel, on ne voit guère que le tribunal de première instance qui puisse être chargé de cette mission.

TITRE XI

De la majorité, de l'interdiction et du conseil judiciaire.

CHAPITRE PREMIER

DE LA MAJORITÉ

1154. « La majorité est fixée à vingt-un ans accomplis; à cet âge on est capable de tous les actes de la vie civile, sauf la restriction portée au titre du Mariage ». Ainsi s'exprime l'art. 488.

Notre ancien droit prolongeait plus longtemps la minorité : en pays de droit écrit et dans la plupart des pays de coutume, la majorité n'avait lieu qu'à l'âge de vingt-cinq ans. La disposition de notre article, qui fixe la majorité à vingt et un ans accomplis, a été empruntée à la loi du 20 septembre 1792.

Le mineur, au moins quand il n'est pas émancipé, est frappé d'une incapacité générale. Au contraire, le majeur jouit d'une capacité complète. Il y a donc une grande importance à déterminer le moment précis où s'opère cette transformation, c'est-à-dire le moment précis où les vingt et un ans sont accomplis. Or il y a sur ce point quelques difficultés.

Il s'agit de savoir si le délai de la majorité se calcule par jours, *de die ad diem*, ou par heures, *de momento ad momentum*. Un individu est né le 15 janvier 1875 à midi ; sera-t-il majeur et par suite capable le 15 janvier 1896 à midi, ou seulement à la fin de ce jour, par conséquent douze heures plus tard ? Les Romains comptaient le délai de la majorité par heures, *de momento ad momentum* (L. 3 § 3 D., *De min.* XXV ann., IV, 4), et tel paraît bien être aussi le mode de calcul adopté par notre législateur. En effet l'art. 57 fait figurer l'heure de la naissance parmi les énonciations que doit contenir l'acte de naissance. Or cette indication paraît avoir été exigée principalement en vue de fixer le point de départ du délai à l'expiration duquel la majorité sera acquise. En ce sens, Nancy, 10 mars 1888, D., 88. 2. 212, S., 89. 2. 105, et Nîmes, 17 mai 1888, D., 89. 2. 5, S., 89. 2. 109.

* Ceux qui pensent que le délai de la majorité doit être calculé par jours et non par heures, opposent que « la minorité est une cause de suspension de la prescription (art. 2252) et que la prescription se compte, non point d'heure à heure, mais de jour à jour (art. 2260) ; or, si la majorité se calculait *de momento ad momentum*, on serait forcé d'introduire ce mode de calcul là où la loi l'écarte expressément ». La réponse est facile. Le calcul de la prescription devant se faire par jours et non par heures, la prescription sera suspendue au profit du mineur pendant toute la durée du jour où s'accomplira sa majorité ; il sera donc, au point de vue de la prescription, réputé mineur pendant toute la durée de ce jour : ce qui n'empêche pas qu'à tous autres égards, il devra être considéré comme majeur à dater du moment où le calcul par heures lui a donné vingt et un ans accomplis. — On a encore objecté les difficultés pratiques auxquelles peut donner lieu le calcul par heures, *de momento ad momentum*. Mais ne voyons-nous pas que, de l'avis de tous, l'incapacité de la femme mariée a pour point de départ le moment même de la célébration du mariage ? Et cependant une difficulté semblable peut se produire pour préciser ce moment, une difficulté plus grave, même, car ordinairement l'acte de mariage ne fournira aucun renseignement sur l'heure de la célébration, dont la loi n'exige pas l'indication (art. 76), tandis que l'acte de naissance, s'il a été rédigé conformément aux prescriptions de la loi (art. 57), ce qui arrivera le plus souvent, contiendra l'indication de l'heure de la naissance.

1155. Après avoir formulé ce principe que le majeur « est capable de tous les actes de la vie civile », la loi ajoute : « sauf la » restriction portée au titre *du Mariage* ». Ces mots font allusion à l'obligation que la loi impose aux fils de famille, même majeurs, qui veulent contracter mariage, d'obtenir le consentement ou de requérir le conseil de leurs ascendants (voy. art. 148 et s.). Il existe, en ce qui regarde l'adoption, une restriction du même genre, que notre article a oublié de mentionner (voy. art. 346), et deux autres beaucoup plus graves, résultant de l'interdiction et de la nomination d'un conseil judiciaire, dont la loi va s'occuper dans les chapitres II et III. Envisageons-les d'un rapide coup d'œil avant d'entrer dans les détails.

Quand la loi dit que le majeur est capable de tous les actes civils, elle suppose un majeur jouissant des lumières de la raison; car les actes civils ne sont que des manifestations de la raison humaine. L'altération plus ou moins grave des facultés intellectuelles doit donc nécessairement influencer sur la capacité du majeur. Dans quelle mesure? Théoriquement, chaque acte civil accompli par un individu qui ne jouit pas complètement de ses facultés mentales, devrait donner lieu à un examen spécial; d'après le résultat de cet examen, l'acte devrait être annulé ou maintenu suivant les cas. Il y a en effet des nuances infinies dans l'altération des facultés intellectuelles, depuis le simple d'esprit jusqu'au fou furieux; et d'un autre côté, chez un même sujet, l'état mental comporte des variantes: ainsi il y a des fous qui ont des intervalles lucides. Mais en pratique, ce système aurait donné lieu à une foule de procès très difficiles à juger; comment en effet le juge, chargé de statuer sur la validité d'un acte, pourra-t-il se renseigner exactement sur l'état mental de l'auteur de cet acte à l'époque où il a été accompli? D'un autre côté, ce système n'aurait pas procuré une protection suffisante à l'insensé; car, dans le doute, le juge aurait maintenu un grand nombre d'actes préjudiciables pour lui.

Voici le parti auquel s'est arrêté notre législateur: Proportionnant l'énergie du remède à la gravité du mal, il a organisé, pour les personnes dont les facultés mentales sont altérées, deux régimes distincts, dont il permet ou ordonne suivant les cas l'application: l'interdiction et la soumission à l'autorité d'un conseil judiciaire. On interdit les fous; on nomme un conseil judiciaire aux faibles d'esprit et aux prodiges. Maintenant l'interdiction rend celui qui en est frappé incapable d'accomplir tous les actes civils: on le met en tutelle comme un mineur; tous les actes qu'il passe pendant qu'il est sous le coup de l'interdiction sont *nuls de droit*. L'incapacité de celui qui est soumis à l'autorité d'un conseil judiciaire est beaucoup moins étendue: elle s'applique seulement à certains actes limitativement déterminés par la loi; pour ces actes l'assistance du conseil est nécessaire, pour les autres la personne munie d'un conseil judiciaire conserve la capacité du droit commun.

Notre législateur s'est complètement écarté dans cette matière des traditions du droit romain. A Rome, on n'interdisait pas les fous; on leur nommait seulement un curateur chargé d'accomplir en leur nom les actes civils. Au contraire on interdisait les prodiges qui, sans cette mesure, auraient conservé la capacité de contracter, et en auraient usé pour se ruiner. Ce système présentait des vices qui devaient le faire rejeter. En laissant

les fous soumis au droit commun, on fait naître dans la pratique, nous l'avons dit tout-à-l'heure, beaucoup de difficultés relativement à la validité des actes qu'ils accomplissent. D'un autre côté, interdire les prodigues, c'est dépasser la juste mesure; car l'infirmité dont ils sont atteints ne les rend pas, par sa nature, incapables de tous les actes civils. Il y a seulement un côté faible chez le prodigue : il ne connaît pas la valeur de l'argent et le dépense trop facilement; il suffit donc de le déclarer incapable d'accomplir les actes qui pourraient favoriser ce penchant.

CHAPITRE II

DE L'INTERDICTION

1156. Il existe dans notre droit deux sortes d'interdiction :

1° *L'interdiction légale*, résultant de plein droit de la condamnation à certaines peines. Nous en avons déjà parlé (*supra* n. 202 et s.).

2° *L'interdiction judiciaire*, qui est prononcée contre les personnes atteintes d'aliénation mentale.

A la différence de l'interdiction légale, qui est principalement une peine, l'interdiction judiciaire n'est qu'une mesure de protection. La première a pour cause l'infamie du condamné; la deuxième, l'état mental de celui qui en est frappé.

Notre chapitre ne s'occupe que de l'interdiction judiciaire. On peut la définir : l'état d'une personne privée par décision judiciaire de l'exercice de ses droits civils, pour cause d'aliénation mentale (arg. art. 502 et 512). On *interdit* au fou l'exercice de ses droits civils, d'où le nom d'*interdiction*.

L'interdiction est une mesure infiniment grave ! Aussi le législateur a-t-il voulu qu'elle ne pût être prononcée qu'en grande connaissance de cause. Tout a été réglé dans cette matière avec un soin minutieux : les causes de l'interdiction, les personnes qui peuvent la provoquer, la procédure à suivre pour y parvenir, les effets de l'interdiction et la main-levée qui peut en être obtenue. Nous allons étudier successivement ces divers points.

N° 1. Des causes de l'interdiction.

1157. « *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* ». Ainsi s'exprime l'art. 489.

En réalité, il n'y a qu'une seule cause d'interdiction : l'aliénation mentale, dont l'*imbécillité*, la *démence* et la *fureur* ne sont que des variantes. Tous les auteurs citent, pour expliquer le sens de ces expressions, les paroles de l'orateur du gouvernement au corps législatif : « L'imbécillité est une faiblesse d'esprit causée

par l'absence ou l'oblitération des idées ; la démence est une aliénation qui ôte à celui qui en est atteint l'usage de la raison ; la fureur n'est qu'une démence portée à un plus haut degré, qui pousse le furieux à des actes dangereux pour lui-même et pour les autres ». Ainsi, l'imbécile n'a pas de conceptions ; celui qui est en état de démence a des conceptions dérégées, et celui qui est en état de fureur a des conceptions extravagantes dont la réalisation pourrait offrir un danger social.

La pensée de notre législateur est très certainement que tous les cas d'aliénation mentale sont une cause d'interdiction. Il a cru en donner un tableau complet et une nomenclature exacte, en employant les expressions *imbécillité*, *démence*, *fureur* ; et il importe assez peu que les aliénistes modernes aient adopté une classification tout à fait différente, non seulement quant au nombre des cas d'aliénation mentale, mais aussi quant à leur dénomination ; cette circonstance ne peut évidemment rien changer au code civil. Notre loi eût échappé aux critiques des aliénistes, si elle se fût bornée à dire, sans préciser davantage, que tout individu qui est en état d'aliénation mentale doit être interdit.

L'état d'imbécillité, de démence ou de fureur ne devient une cause d'interdiction que lorsqu'il est *habituel*. Un dérangement passager des facultés intellectuelles, dù par exemple à une violente commotion cérébrale, ne serait donc pas une cause d'interdiction. Mais il n'est pas nécessaire que l'état d'imbécillité, de démence ou de fureur soit *continuel* : la loi dit que l'interdiction doit être prononcée, « *même lorsque cet état présente des intervalles lucides* ».

C'est surtout lorsqu'un aliéné a des intervalles lucides qu'il importe de l'interdire. En effet l'interdiction peut ne pas paraître nécessaire pour le fou dont l'état est sans rémittences. Celui-là ne songera guère à accomplir aucun acte civil ; et, en supposant qu'il y songeât, qui donc voudrait traiter avec lui ? Autre est la situation de celui dont la folie est intermittente. Les intervalles lucides, « ces jours pleins entre deux nuits », comme le dit d'Aguesseau, qui sont à certains égards un bienfait, constituent aussi un danger pour l'aliéné, en ce sens qu'on profitera peut-être du moment où il est privé de la raison pour lui faire souscrire un acte contraire à ses intérêts ; puis on viendra soutenir que l'acte a été passé pendant un intervalle lucide, que par suite il est valable ; et le juge, qui souvent n'aura pas la preuve du contraire, maintiendra l'acte. En frappant d'interdiction l'aliéné dont l'état offre des rémittences, on le soustrait à ce danger ; car tous les actes qu'il passera postérieurement à la sentence d'interdiction seront *nuls de droit* (art. 502), même ceux faits pendant un intervalle lucide.

1158. La loi n'ayant pas défini les conditions caractéristiques de l'état d'imbécillité, de démence ou de fureur, c'est au juge du fait qu'il appartient de décider souverainement si cet état existe et s'il est habituel, sans que sa décision puisse, sur l'un ou sur l'autre point, encourir la censure de la cour suprême. Cass., 17 janvier 1876, S., 76. 1. 302, D., 76. 1. 151.

1159. L'aliénation mentale est la seule cause d'interdiction. La loi n'en indique pas d'autre, et l'interprète ne peut rien ajouter à son texte, tout étant de droit étroit en cette matière où la capacité des personnes est en jeu. La vieillesse la plus avancée ne serait donc pas, par elle-même et par elle seule, une cause d'interdiction. Ni l'habitude de l'ivrognerie, quelque invétérée qu'elle soit, s'il n'en résulte pas une altération des facultés intellectuelles en dehors des moments d'ivresse. Ni, à plus forte raison, les infirmités corporelles. Notamment il n'y aurait pas lieu d'interdire un individu, qui n'est atteint que

d'une paralysie de la langue le mettant dans l'impossibilité de parler. Caen, 1^{er} mai 1879, S., 79. 2. 336, D., 80. 2. 247.

Un raisonnement analogue semblerait, au premier abord, devoir conduire à décider qu'un mineur atteint d'aliénation mentale ne peut pas être interdit, l'art. 489 ne parlant que du majeur. Mais cette solution ne saurait être admise. Il existe en effet un texte qui suppose que l'interdiction d'un mineur peut être demandée et par suite prononcée : c'est l'art. 175, qui permet au tuteur ou au curateur d'un mineur de faire opposition à son mariage pour cause de démence, mais à la charge de provoquer son interdiction dans le délai qui sera fixé par le tribunal. A bien prendre d'ailleurs, l'art. 489 ne contredit pas cette solution : il ne dit pas en effet que le majeur atteint d'aliénation mentale *peut* être interdit, ce qui permettrait d'en induire, par argument *a contrario*, que le mineur ne peut pas l'être ; il dispose que le majeur... *doit* être interdit, et tout ce qui peut en résulter par argument *a contrario*, c'est que le mineur ne *doit pas* être interdit, mais non qu'il ne *peut pas* l'être. Au demeurant, on s'explique facilement que la loi n'ait parlé que du majeur ; car ce n'est qu'exceptionnellement qu'il peut être question d'interdire un mineur, et ici comme ailleurs *lex statuit de eo quod plerumque fit*. Nous disons que l'interdiction d'un mineur ne peut être qu'une mesure exceptionnelle. Le plus souvent en effet elle sera inutile, et ne devra pas par suite être prononcée, parce qu'elle n'ajoutera rien à la protection dont l'aliéné est déjà entouré en sa qualité de mineur. On en apercevrait principalement l'utilité, lorsque le mineur approche de sa majorité, et que les circonstances donnent lieu de craindre qu'il ne mette immédiatement à profit la capacité qu'il va acquérir, pour accomplir des actes susceptibles de compromettre gravement ses intérêts. Une demande en interdiction, formée aussitôt la majorité survenue, ne procurerait pas au mineur une protection suffisante : car le jugement qui prononce l'interdiction ne produit pas d'effet rétroactif au jour de la demande, et l'insensé pourrait se ruiner *inter moras litis*.

N° 2. Par qui l'interdiction peut être provoquée.

1160. « *Tout parent est recevable à provoquer l'interdiction de son parent. Il en est de même de l'un des époux à l'égard de l'autre* » (art. 490).

« *Dans le cas de fureur, si l'interdiction n'est provoquée ni par l'époux ni par les parents, elle doit l'être par le procureur du Roi, qui, dans les cas d'imbécillité, ou de démence, peut aussi la provoquer contre un individu qui n'a ni époux, ni épouse, ni parents connus* » (art. 491).

Ainsi, peuvent ou doivent provoquer l'interdiction : 1° les parents de l'insensé ; 2° son conjoint ; 3° le ministère public.

1° *Les parents de l'aliéné.* — L'interdiction est une mesure de protection pour l'aliéné, dont elle prévient la ruine, et pour sa famille dont elle sauvegarde le droit éventuel de succession. Les parents avaient donc un double titre pour être appelés à provoquer l'interdiction : leur intérêt personnel d'abord, et ensuite celui de l'insensé dont ils sont les protecteurs naturels.

Ni l'un ni l'autre de ces titres ne se rencontrant chez les parents au delà du douzième degré, puisque le droit de succession ne dépasse pas cette limite (art. 751), et que l'affection résultant des liens du sang ne l'atteint jamais, on doit en conclure, contrairement à l'opinion d'un auteur, que les parents au delà du douzième degré n'auraient pas qualité pour provoquer l'interdiction.

D'ailleurs, la loi n'ayant établi aucun ordre hiérarchique entre les parents, il s'ensuit

qu'un parent plus éloigné peut provoquer l'interdiction malgré la présence d'un parent plus proche qui n'agit pas. D'autre part, l'échec, subi par un parent dont la demande en interdiction a été rejetée, ne fait pas obstacle à ce qu'un autre parent forme une nouvelle demande.

2° Le conjoint. Les mêmes motifs, qui justifient l'intervention des parents, justifient celle du conjoint. En outre, celui-ci a intérêt à ce que les revenus des biens de l'aliéné ne soient pas détournés de leur destination, qui est de subvenir aux charges du mariage.

La femme ne pourrait user du droit que la loi lui accorde de provoquer l'interdiction de son mari atteint d'aliénation mentale, qu'à la condition d'être autorisée comme de droit : la demande en interdiction est une demande judiciaire, et la règle que la femme ne peut ester en justice sans autorisation est absolue (art. 215).

L'un des conjoints conserverait le droit de demander l'interdiction de l'autre, même après la séparation de corps. En effet la séparation de corps laisse subsister le titre d'époux. Nous en dirions autrement du divorce, qui brise le lien du mariage.

3° Le ministère public. — Il résulte de l'art. 491 que le procureur de la république *peut* dans certains cas, et *doit* dans d'autres, provoquer l'interdiction.

Il *peut* la provoquer contre un individu en état d'imbécillité ou de démence, qui n'a ni époux, ni épouse, ni parents connus.

Il *doit* la provoquer, lorsque l'aliéné est atteint de fureur, et que ses parents ou son conjoint restent dans l'inaction. La raison en est que l'état du fou furieux est menaçant pour la société. L'intérêt public exige qu'il soit séquestré, et pour cela il faut préalablement le faire interdire. Il le fallait du moins sous l'empire du code civil; mais, ainsi qu'on le verra plus loin (n. 1195 et s.), la loi du 30 juin 1838 permet aujourd'hui de faire enfermer un fou dans un établissement d'aliénés sans qu'il soit interdit, et par suite l'action obligatoire du ministère public, semble n'avoir plus sa raison d'être.

1161. Telles sont les causes d'interdiction et les personnes qui peuvent la provoquer. L'énumération de la loi est essentiellement limitative sur l'un et l'autre point : tout est de droit étroit en cette matière, qui touche à l'état et à la capacité des personnes.

De là, nous tirerons, entre autres, les deux déductions suivantes :

a. La loi ne parlant que des parents, les alliés, même les plus proches, ne pourraient en aucun cas provoquer l'interdiction. Cette exclusion s'explique d'ailleurs facilement, l'alliance ne conférant aucun droit de succession.

b. Un aliéné ne pourrait pas, dans un intervalle lucide, provoquer sa propre interdiction. Nous n'insisterons pas sur cette question qui présente peu d'intérêt pratique : comme le remarque plaisamment M. Laurent, il ne s'est pas encore trouvé de fou assez sage pour reconnaître sa folie.

La demande en interdiction doit être dirigée contre l'aliéné, sauf, s'il s'agit d'une femme mariée, à la faire munir de l'autorisation nécessaire (arg. art. 215 et 218), et sauf, s'il s'agit d'un

mineur, à le faire assister de son représentant légal (père agissant en qualité d'administrateur légal, ou tuteur).

N° 3. De la procédure à suivre sur la demande en interdiction.

1162. Les règles relatives à la procédure à suivre sur la demande en interdiction sont contenues, partie dans le code civil (art. 492 à 500), partie dans le code de procédure civile (art. 890 à 897).

1163. Tribunal compétent. — Aux termes de l'art. 492 : « *Toute demande en interdiction sera portée devant le tribunal de première instance* ». Mais devant lequel? Devant celui du domicile du défendeur, c'est-à-dire de l'aliéné, conformément à la règle *Actor sequitur forum rei*.

1164. Formation de la demande. — La demande est introduite par une requête adressée au président du tribunal (C. pr., art. 890). L'art. 493 du code civil indique ce que cette requête doit contenir : « *Les faits d'imbécillité, de démence ou de fureur, seront articulés par écrit. Ceux qui poursuivront l'interdiction, présenteront les témoins et les pièces* ». Cpr. art. 890 C. pr.

= *Articulés par écrit.* C'est-à-dire cotés, indiqués article par article.

= *Présenteront les témoins.* Ou mieux les *indiqueront*, comme le dit l'art. 890 C. pr.

= *Et les pièces.* Il s'agit des pièces justificatives de la demande (C. pr., art. 890), telles que lettres de l'aliéné, procès-verbaux des officiers de police, etc.

Aux termes de l'art. 891 C. pr. : « Le président du tribunal » ordonnera la communication de la requête au ministère public, » et commettra un juge pour faire rapport à jour indiqué ».

1165. Avis de la famille. — Après avoir entendu le rapport de ce juge et les conclusions du procureur de la république (C. pr., art. 892), le tribunal doit, à peine de nullité de la procédure, prendre l'avis des plus proches parents du défendeur à l'interdiction, réunis en assemblée de famille : c'est la meilleure source à laquelle il puisse se renseigner sur son état mental. L'art. 494 dit à ce sujet : « *Le tribunal ordonnera que le conseil de famille, formé selon le mode déterminé à la section IV du chapitre II du titre de la Minorité, de la Tutelle et de l'Emancipation, donne son avis sur l'état de la personne dont l'interdiction est demandée* ».

Le tribunal ne peut pas prononcer l'interdiction sans prendre préalablement l'avis du conseil de famille ; mais il peut au contraire fort bien rejeter la demande en interdiction *de plano*. C'est ce qu'il ne manquera pas de faire, si la demande lui paraît évidemment mal fondée, ou si elle est introduite irrégulièrement, par exemple par un allié.

Le conseil de famille doit exprimer son avis « sur l'état de la personne dont l'interdiction est demandée », mais non sur le point de savoir si l'interdiction doit être prononcée.

Un arrêt de la cour de cassation du 7 février 1893 (D., 93. 1. 152) juge que l'irrégula-

rité qui aurait été commise dans la composition du conseil de famille n'entraînerait pas nécessairement la nullité de la procédure en interdiction. Les juges ont à cet égard un pouvoir souverain d'appréciation, la loi ne prononçant en aucun cas la nullité de la délibération d'un conseil de famille pour irrégularité dans la composition de ce conseil.

L'interprétation de l'art. 495, qui contient quelques règles spéciales relativement à la composition du conseil de famille, chargé de donner son avis sur l'état du défendeur à l'interdiction, a donné lieu à des difficultés : « *Ceux qui auront provoqué l'interdiction, ne pourront faire partie du conseil de famille : cependant l'époux ou l'épouse, et les enfants de la personne dont l'interdiction sera provoquée, pourront y être admis sans y avoir voix délibérative* ». La loi exclut du conseil de famille ceux qui ont provoqué l'interdiction, parce qu'elle craint de ne pas trouver chez eux l'impartialité désirable. Après avoir établi cette règle, le législateur nous annonce clairement par le mot *cependant* qu'il va y apporter une exception. En quoi consiste-t-elle ? En ce que le conjoint et les enfants, qui auront provoqué l'interdiction, pourront être admis au conseil de famille. Toutefois ils n'y seront admis, dit la loi, qu'avec voix consultative : ce qui implique qu'ils y seraient admis avec voix délibérative, s'ils n'avaient pas provoqué l'interdiction (1).

D'après une autre interprétation, qui s'appuie principalement sur les travaux préparatoires, la partie finale de l'art. 495 signifierait que les enfants et le conjoint ne doivent jamais être admis au conseil de famille qu'avec voix consultative, même quand ils n'ont pas provoqué l'interdiction. Mais, outre que le texte de l'art. 495 paraît résister à cette interprétation, il suffit, pour montrer combien peu elle est fondée, de remarquer que la loi fait au conjoint et aux enfants une situation privilégiée, au cas où ils ont provoqué l'interdiction, puisqu'elle les admet alors au conseil de famille avec voix consultative, tandis qu'elle en exclut toutes autres personnes qui ont provoqué l'interdiction, et on ne comprendrait pas qu'au cas où ils n'ont pas provoqué l'interdiction, elle leur eût fait une situation inférieure à celle des autres personnes appelées à faire partie du conseil de famille.

1166. Interrogatoire du défendeur. — « *Après avoir reçu l'avis du conseil de famille, le tribunal interrogera le défendeur à la chambre du conseil : s'il ne peut se présenter, il sera interrogé dans sa demeure, par l'un des juges à ce commis, assisté du greffier. Dans tous les cas, le procureur du Roi sera présent à l'interrogatoire* » (art. 496).

La requête et l'avis du conseil de famille doivent être signifiés au défendeur avant son interrogatoire (C. pr. art. 893).

L'interrogatoire est le meilleur moyen pour éclairer les juges sur l'état mental du défendeur à l'interdiction ; aussi cette mesure d'instruction est-elle obligatoire : les termes

(1) Celui qui a voix simplement consultative dans une assemblée, exprime son avis, mais sans voter, à la différence de ceux qui ont voix délibérative.

Remarquons que la loi, en tant qu'elle appelle ici les enfants à faire partie du conseil de famille, ne fait qu'appliquer le droit commun, tandis qu'elle y déroge en appelant le conjoint.

de la loi sont impératifs. Toujours à raison de l'importance qu'elle attache à ce moyen d'instruction, la loi veut que l'interrogatoire soit fait devant le tribunal tout entier, et non pas seulement devant un juge commis, ainsi que cela a lieu dans les cas ordinaires. Mais, comme la présence du public pourrait troubler l'esprit du défendeur, la loi veut qu'il soit interrogé en la chambre du conseil, c'est-à-dire dans la pièce où le tribunal se retire pour délibérer et dont l'accès est interdit au public; il n'y aura donc de présents à l'interrogatoire que les juges, le procureur de la république et le greffier. Le choix des questions à poser au défendeur appartient au président du tribunal. Ce choix doit être fait de telle façon qu'il suffise au défendeur d'être sain d'esprit pour pouvoir répondre. Le sage, dans le sens de la loi, n'est pas celui qui peut s'élever aux conceptions les plus hautes de l'intelligence, mais celui qui comprend les choses ordinaires de la vie. Si le défendeur ne peut pas, à raison de son état, se transporter au lieu ordinaire des séances du tribunal, il doit être interrogé dans sa demeure; mais alors l'interrogatoire sera fait « par l'un des juges à ce commis assisté du greffier », et toujours en présence du procureur de la république.

La loi ne prévoit pas le cas où le défendeur refuserait de se laisser interroger; mais il est clair que cette circonstance ne saurait empêcher la prononciation de l'interdiction. Seulement le refus du défendeur devra être constaté dans le jugement, qui doit contenir la preuve que le tribunal ne s'est arrêté que devant une impossibilité. Le tribunal, remarquons le bien, ne pourrait pas se borner à constater que le défendeur, de ce légalement requis, a négligé de se présenter pour subir l'interrogatoire; car il se peut qu'il ait été dans l'impossibilité de se présenter, auquel cas la loi veut qu'il soit interrogé en sa demeure. Il doit ressortir du jugement que tous les moyens légaux ont été employés pour parvenir à interroger le défendeur, et qu'ils n'ont échoué que par suite de son refus (Cass., 16 février 1875, D., 76. 1. 49, S., 75. 1. 193). L'interrogatoire est une mesure d'ordre public, et par suite une partie essentielle de la procédure, qui se trouve nulle tout entière en son absence.

1167. Enquête. — Il y a une autre mesure d'instruction, qui est facultative dans les procès en interdiction, et dont le code civil ne parle pas : c'est l'enquête. L'art. 893 al. 2 et 3 C. pr. dit à ce sujet : « Si l'interrogatoire et les pièces produites sont insuffisants, » et si les faits peuvent être justifiés par témoins, le tribunal ordonne, s'il y a lieu, l'enquête, qui se fera en la forme ordinaire. — Il pourra ordonner, si les circonstances l'exigent, que l'enquête sera faite hors de la présence du défendeur; mais, dans ce cas, son conseil pourra le représenter ».

1168. Administrateur provisoire. — Aux termes de l'art. 497 : « Après le premier interrogatoire, le tribunal commettra, s'il y a lieu, un administrateur provisoire, pour prendre soin de la personne et des biens du défendeur ». L'état mental du défendeur peut rendre absolument nécessaire la nomination de cet administrateur provisoire. La loi ne nous dit pas quels sont ses pouvoirs; mais son titre même indique qu'il ne doit faire que des actes conservatoires ou d'urgence, à moins que le tribunal ne lui ait accordé des pouvoirs plus étendus. V. cep. Cass., 19 février 1889, S., 89. 1. 296.

L'administrateur dont il s'agit est chargé de prendre soin de la personne et des biens du défendeur. Au contraire, l'administrateur provisoire, nommé aux termes de l'art. 32

de la loi du 30 juin 1838, à un individu placé dans un établissement d'aliénés, n'est donné qu'en vue des biens (*infra* n. 1196).

Dans la pratique, il arrive quelquefois qu'on intente une demande en interdiction uniquement pour parvenir à la nomination d'un administrateur provisoire; puis, cette nomination faite, on laisse sommeiller l'instance jusqu'à la mort de l'aliéné. Dans certains cas, cette manière de procéder peut suffire pour sauvegarder tous les intérêts, par exemple s'il s'agit d'un vieillard tombé en enfance, incapable de nuire à sa famille par des actes de disposition, mais incapable aussi de gérer son patrimoine. A quoi servirait de le faire interdire? Il suffit, en attendant sa mort, que quelqu'un ait un titre légal pour gérer ses biens.

Le texte de l'art. 497 et de celui qui le précède, comparé avec le texte de l'art. 498 qui suit, donne à entendre que l'administrateur provisoire doit être nommé en la chambre du conseil; car la loi nous y a fait entrer dès le début de cette procédure, et elle ne nous en fait sortir que pour la prononciation du jugement qui statue sur l'interdiction.

1169. Jugement. — « *Le jugement sur une demande en interdiction, ne pourra être rendu qu'à l'audience publique, les parties entendues ou appelées* » (art. 498).

Le jugement qui statue sur une demande en interdiction, peut consacrer l'une ou l'autre des trois solutions suivantes :

1^o Rejeter la demande en interdiction : ce que le tribunal fera si elle ne lui paraît pas fondée. Les dépens de l'instance doivent alors être mis à la charge du demandeur, par application de l'art. 131 C. pr., sans préjudice des dommages et intérêts s'il y a lieu.

2^o Prononcer l'interdiction. Les dépens doivent alors être mis à la charge du défendeur. En effet l'interdiction est pour lui une mesure de protection, dont il doit supporter les frais.

3^o Enfin le tribunal peut prendre un moyen terme qui consiste à nommer un conseil judiciaire au défendeur. L'art. 499 dit à ce sujet : « *En rejetant la demande en interdiction, le tribunal pourra néanmoins, si les circonstances l'exigent, ordonner que le défendeur ne pourra désormais plaider, transiger, emprunter, recevoir un capital mobilier, ni en donner décharge, aliéner, ni grever ses biens d'hypothèques, sans l'assistance d'un conseil qui lui sera nommé par le même jugement* ». Nous retrouverons ce texte stéréotypé dans l'art. 513, et les explications que nous fournirons sur ce dernier article profiteront à l'autre.

Quelle qu'elle soit, la décision du tribunal sur la demande en interdiction est sujette à appel.

Si la demande en interdiction a été rejetée, l'appel pourra être interjeté par le *provoquant*, c'est-à-dire par celui qui a formé la demande, ou par un des membres du conseil de famille, *alors même qu'il n'aurait pas été partie en cause* (C. pr., art. 894); exception assez remarquable aux règles du droit commun. L'appel sera dirigé contre celui dont l'interdiction a été provoquée.

En cause d'appel l'interrogatoire du défendeur est facultatif. « *En cas d'appel du jugement rendu en première instance, la Cour royale pourra, si elle le juge nécessaire,*

« interroger de nouveau, ou faire interroger par un commissaire, la personne dont l'interdiction est demandée » (art. 500).

La cour d'appel peut confirmer ou infirmer la sentence du tribunal de première instance. D'après la jurisprudence, la cause doit être jugée en audience solennelle. Cass., 17 janvier 1876, D., 76. 1. 151, S., 76. 1. 302.

1170. Publicité du jugement. — Celui qui est frappé d'interdiction devenant incapable d'accomplir les actes civils, et celui qui est placé sous conseil étant aussi frappé d'une incapacité partielle, les tiers ont intérêt à connaître son état; car ils ne peuvent pas compter sur la solidité des actes qu'ils passeraient avec lui. Il convenait donc de donner une large publicité aux jugements portant interdiction ou nomination d'un conseil judiciaire. Dans cette vue l'art. 501 dispose : « *Tout arrêt ou jugement portant interdiction ou nomination d'un conseil, sera, à la diligence des demandeurs, levé, signifié à partie, et inscrit, dans les dix jours, sur les tableaux qui doivent être affichés dans la salle de l'auditoire et dans les études des notaires de l'arrondissement.* »

— *Tout arrêt ou jugement.* L'arrêt, c'est la décision de la cour d'appel; le jugement, celle du tribunal de première instance. Le jugement qui prononce l'interdiction doit être publié par la voie qu'indique notre article, même quand il est frappé d'appel, car la loi ne distingue pas. D'ailleurs, si le jugement est confirmé sur l'appel, l'incapacité de l'interdit datera du jour du jugement (art. 502), et par conséquent les tiers ont intérêt à être informés immédiatement.

— *Dans les études des notaires de l'arrondissement.* Parce que c'est là que se traitent la plupart des affaires importantes.

1170 bis. Les mesures de publicité prescrites par l'art. 501 étaient insuffisantes. En fait il arrivait souvent que l'on contractait avec un interdit et surtout avec une personne pourvue d'un conseil judiciaire sans connaître son état, parce que la législation ne fournissait pas de moyens suffisants pour se renseigner à cet égard. C'est pourquoi la loi du 16 mars 1893 est venue compléter l'art. 501 en y ajoutant une disposition ainsi conçue :

« *Un extrait sommaire du jugement ou arrêt sera en outre transmis, par l'avoué qui l'aura obtenu, au greffe du tribunal du lieu de naissance du défendeur, dans le mois du jour où la décision aura acquis l'autorité de la chose jugée. Cet extrait sera mentionné par le greffier, dans un délai de quinze jours, sur un registre spécial dont toute personne pourra prendre communication et se faire délivrer copie. Le greffier, dans un nouveau délai de quinze jours, adressera à l'avoué un certificat constatant l'accomplissement de la formalité.* »

C'est le premier pas vers l'institution d'un casier civil analogue au casier judiciaire. Un individu se présente pour contracter avec moi; je ne le connais pas et j'ai des doutes. Je lui demande l'indication du lieu de sa naissance. S'il refuse de me le faire connaître, mes soupçons seront confirmés et je m'abstiendrai. S'il me l'indique, je m'adresserai au greffier du tribunal de l'arrondissement, et je saurai facilement s'il existe contre lui un jugement d'interdiction ou un jugement portant nomination de conseil.

Pour les Français nés à l'étranger ou dans les colonies, une disposition spéciale était nécessaire. La loi nouvelle porte : « *A l'égard des individus nés à l'étranger, les décisions seront mentionnées, dans les mêmes formes et délais, sur un registre tenu au greffe du tribunal de la Seine; ce registre mentionnera également les décisions relatives aux individus nés dans les colonies françaises indépendamment du registre qui sera tenu au greffe de leur lieu d'origine.* » Cette disposition devient l'alinéa 3 de l'art. 501.

Il fallait une sanction aux dispositions qui précèdent. Elle se trouve dans la disposition suivante qui formera désormais l'alinéa final de l'art. 501 : « *Toute contravention aux dispositions ci-dessus, commise par les greffiers ou avoués, sera punie d'une amende de cinquante francs, sans préjudice de tous dommages-intérêts.* »

On n'a pas osé aller plus loin. L'oubli des mesures de publicité prescrites par l'art. 501 soit dans son alinéa 1^{er}, œuvre du législateur de 1804, soit dans ses trois derniers alinéas,

ajoutés par le législateur de 1893, ne permettrait pas à ceux qui ont traité avec un interdit ou une personne pourvue d'un conseil judiciaire, dans l'ignorance de son état, d'échapper à la nullité édictée par l'art. 502. La protection de l'incapable doit prévaloir sur tout autre intérêt. D'ailleurs l'art. 502 prononce la nullité des actes passés par l'interdit ou par la personne pourvue d'un conseil, dans les termes les plus généraux, sans distinguer si la sentence a reçu ou non la publicité prescrite.

Pour en finir avec ce sujet, il nous reste à donner connaissance des articles 2, 3 et 4 de la loi du 16 mars 1893.

ART. 2. — *Les articles 896 et 897 du code de procédure civile sont modifiés ainsi qu'il suit : — « Art. 896. — Le jugement qui prononcera défense de plaider, transiger... sans assistance de conseil, sera affiché et inscrit au greffe dans la forme prescrite par l'article 501 du code civil. — Art. 897. — Les demandes en mainlevée d'interdiction ou de conseil judiciaire seront soumises, quant à l'instruction et au jugement et quant à la publicité de la décision, aux mêmes règles que les demandes en interdiction ou nomination de conseil ».*

ART. 3. — *La présente loi sera exécutoire deux mois après sa promulgation.*

ART. 4. — *Un règlement d'administration publique déterminera le mode de tenue du registre et de transmission de la décision au greffier compétent et du certificat à l'avoué. Il fixera les droits du greffier et de l'avoué.*

Le décret annoncé a été rendu à la date du 9 mai 1893.

N° 4. Effets de l'interdiction.

1171. L'interdit est frappé d'une incapacité générale relativement aux actes civils. Cette incapacité a pour résultat d'entraîner la mise en tutelle de l'interdit et la nullité des actes qu'il passe postérieurement à l'interdiction.

I. De la tutelle des interdits.

1172. La loi applique à l'interdit la même mesure de protection qu'au mineur, la tutelle, bien que la cause des deux incapacités soit toute différente.

En principe la tutelle de l'interdit est dative, c'est-à-dire déferée par le conseil de famille. C'est ce qui résulte de l'art. 505 : « *S'il n'y a pas d'appel du jugement d'interdiction rendu en première instance, ou s'il est confirmé sur l'appel, il sera pourvu à la nomination d'un tuteur et d'un subrogé tuteur à l'interdit, suivant les règles prescrites au titre de la Minorité, de la Tutelle et de l'Emancipation. L'administrateur provisoire cessera ses fonctions, et rendra compte au tuteur, s'il ne l'est pas lui-même* ». Cpr. art. 895 C. pr.

* La nomination d'un tuteur et d'un subrogé tuteur à l'interdit constitue un acte d'exécution du jugement qui prononce l'interdiction. Aussi faut-il appliquer, en ce qui concerne cette nomination, les règles relatives à l'exécution des jugements. Il en résulte :

* 1^o Que la nomination du tuteur et du subrogé tuteur ne peut avoir lieu qu'après la signification du jugement ou de l'arrêt qui prononce l'interdiction. *Idem est non esse et non significari.*

* 2^o Que si cette double nomination est faite, en exécution d'une sentence d'interdiction rendue par un tribunal de première instance, il ne pourra y être procédé qu'après

l'expiration d'un délai de huitaine depuis la prononciation du jugement (arg. art. 449 C. pr.).

* 3° Qu'il faudra surseoir à la nomination du tuteur, si, avant qu'elle ait eu lieu, il a été interjeté appel du jugement prononçant l'interdiction; car l'appel interjeté est suspensif de l'exécution de la décision dont est appel (C. pr., art. 457).

La nomination d'un tuteur met fin aux pouvoirs de l'administrateur provisoire, qui devra, dit notre article, rendre compte de sa gestion au tuteur, à moins qu'il ne le soit lui-même. Dans ce dernier cas, il sera rendu compte de l'administration provisoire en même temps que de la tutelle.

1173. Le principe que la tutelle de l'interdit est dative, c'est-à-dire déférée par le conseil de famille, ne comporte qu'une seule exception indiquée par l'art. 506 : « *Le mari est, de droit, le tuteur de sa femme interdite* ». Cette disposition ne pouvant avoir d'autre fondement rationnel que l'affection présumée du mari pour sa femme, on admet généralement, en doctrine et en jurisprudence, qu'elle cesserait de recevoir son application entre époux séparés de corps. Autrement on s'exposerait à donner pour protecteur à la femme son plus cruel ennemi.

* Il arrivera rarement qu'il y ait intérêt à faire interdire une femme mariée pendant la durée du mariage, au moins quand elle n'est pas séparée de corps ou de biens. D'une part, en effet, l'incapacité dont la femme mariée est frappée comme telle, suffit pour la prémunir contre le danger des actes de disposition qu'elle pourrait accomplir. D'autre part, l'administration des biens de la femme appartenant au mari sous la plupart des régimes, on ne voit pas trop quelles modifications l'interdiction de la femme pourra apporter dans la situation respective des époux, ni quels droits la qualité de tuteur ajoutera à ceux qui appartenaient déjà au mari sur la personne ou sur les biens de son épouse. L'utilité de l'interdiction d'une femme mariée n'apparaît guère que dans les trois cas suivants : 1° Lorsque ses conventions matrimoniales lui donnent le droit d'administrer son patrimoine en tout ou en partie : alors cette mesure devient nécessaire pour retirer à la femme l'administration de ses biens et la faire passer au mari; 2° Lorsqu'il y a lieu de craindre que la femme ne dépouille sa famille par un testament; 3° Quand il s'agit d'accomplir au nom de la femme quelque acte juridique devenu indispensable, tel qu'une constitution de dot au profit d'un enfant qui va s'établir par mariage.

* Si le mari est exclu ou excusé de la tutelle de sa femme interdite, le tuteur qui sera nommé à sa place ne pourra exercer que les droits de la femme. Le mari conservera intacts ceux qui lui appartiennent à ce titre sur la personne et sur les biens de son épouse.

1174. S'il n'y avait pas d'autre qualité à rechercher dans un tuteur que son affection pour la personne en tutelle, la femme aurait dû, elle aussi, être déclarée de droit tutrice de son mari interdit. Mais il fallait compter avec l'inexpérience ordinaire des femmes en matière d'affaires. On ne peut se dissimuler d'ailleurs que la délation à la femme de la tutelle de son mari interdit, opère une interversion de rôles, qui peut conduire à des résultats singuliers. Aussi la loi dit-elle seulement que : « *La femme pourra être nommée tutrice de son mari. En ce cas, le conseil de famille règlera la forme et les conditions de l'administration, sauf le*

» *recours devant les tribunaux de la part de la femme qui se croirait lésée par l'arrêté de la famille* » (art. 507).

* Lorsque la femme est nommée tutrice de son mari interdit, il y a lieu d'envisager successivement sa situation quant à l'exercice des droits qui lui appartiennent personnellement et quant à l'exercice de ceux qui appartiennent à son mari.

* Relativement à l'exercice des droits qui lui appartiennent, la femme, tutrice de son mari interdit, n'est pas relevée de l'incapacité dont elle est frappée comme femme mariée; tout ce qu'il y a de changé dans sa situation, c'est qu'elle devra désormais demander à la justice l'autorisation que son mari est devenu incapable de lui donner (art. 222). En ce qui concerne l'exercice des droits qui appartiennent à son mari interdit, la femme tutrice a les mêmes pouvoirs qu'un tuteur ordinaire. Elle exercera donc tous les droits de son mari; mais elle les exercera en qualité de tutrice, et sauf par conséquent à remplir les formalités prescrites au tuteur, quand la nature de l'acte l'exigera. Par application de ces principes, la femme administrera *tutorio nomine* les biens personnels de son mari et en outre ceux de la communauté (arg. art. 1421); mais elle ne pourra aliéner les immeubles de la communauté qu'en remplissant les formalités prescrites par les art. 457 et s. Le droit d'administration, qui pouvait appartenir au mari sur les biens personnels de la femme, passera également à celle-ci au même titre; de sorte que la femme administrera ses biens personnels en qualité de tutrice de son mari. Situation assez singulière! Pour tous les actes qu'elle accomplira en qualité de tutrice, la femme n'aura pas besoin d'être autorisée comme femme mariée. Il pourra donc arriver qu'elle accomplisse valablement sans autorisation, au nom de son mari et en qualité de tutrice de celui-ci, des actes qu'elle ne pourrait pas accomplir pour son propre compte sans cette formalité, par exemple ester en justice en matière mobilière. Mais cela ne doit pas surprendre; la tutelle est en effet un mandat, et les règles du mandat ne s'opposent pas à ce que le mandataire puisse accomplir pour le mandant un acte qu'il est incapable d'accomplir pour son propre compte; car le mandataire n'est que le représentant du mandant, qui est censé avoir agi par son entremise. *Qui mandat fecisse videtur*. Cpr. art. 1990, et Bordeaux, 30 janvier 1890, D., 91. 2. 245.

* Lorsque le conseil de famille nomme la femme tutrice de son mari interdit, il doit, dit notre article, « régler la forme et les conditions de l'administration ». Ainsi le conseil de famille peut restreindre les pouvoirs, qui, d'après le droit commun, devraient appartenir à la femme tutrice, décider par exemple qu'elle ne pourra affermer les biens du mari que pour trois ans, ou qu'elle ne pourra accomplir certains actes sans l'assistance du subrogé tuteur. Rien ne paraîtrait s'opposer non plus, en théorie, à ce que le conseil de famille élargit au profit de la femme les pouvoirs que le droit commun accorde au tuteur; mais en pratique il n'usera guère de ce droit. — En réglant les formes et les conditions de l'administration, il est possible que le conseil de famille porte atteinte aux droits qui résultent pour la femme de ses conventions matrimoniales. La femme serait alors fondée à recourir devant les tribunaux contre l'arrêté de la famille qui la lèse. C'est là ce que signifie l'art. 507 *in fine*.

* **1175.** Si la tutelle du mari interdit est confiée à un autre qu'à la femme, le tuteur exercera tous les droits du mari tant sur ses biens personnels que sur les biens de la communauté et même sur ceux de la femme. Mais il n'exercera pas les droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme, car l'exercice de cette puissance est intransmissible. La femme devra donc demander à la justice, et non au tuteur, l'autorisation qui lui sera nécessaire pour accomplir les divers actes civils.

1176. Différences entre la tutelle des interdits et celle des mineurs. — Les art. 505 à 507 viennent de nous en révéler une: la tutelle des mineurs est légitime, testamentaire ou dative; celle des interdits est toujours dative, sauf l'exception établie en l'art. 506. — Il y a d'autres différences.

1° Le tuteur d'un mineur n'a pas le droit de demander sa

décharge au bout d'un certain temps. Au contraire, aux termes de l'art. 508 : « *Nul à l'exception des époux, des ascendants et des descendants, ne sera tenu de conserver la tutelle d'un interdit au delà de dix ans. A l'expiration de ce délai, le tuteur pourra demander et devra obtenir son remplacement* ». Cette différence vient de ce que la tutelle des mineurs a un terme limité, que l'on connaît à l'avance, tandis que la tutelle d'un interdit peut avoir une durée indéfinie : souvent elle n'aura pas d'autre terme que celui de la vie de l'interdit.

L'exception, établie par notre article en ce qui concerne les époux, les ascendants et les descendants, se justifie d'elle-même.

2° La tutelle des mineurs cesse de plein droit avec sa cause, c'est-à-dire avec la minorité. Il en est autrement de la tutelle des interdits : elle ne cesse pas par cela seul que l'interdit a recouvré la raison ; il faut en outre qu'un jugement ait prononcé la main-levée de l'interdiction (art. 512).

3° La loi veut qu'il soit réalisé, autant que possible, des économies sur les revenus du mineur, afin d'augmenter son capital. Au contraire « *Les revenus d'un interdit doivent être essentiellement employés à adoucir son sort et à accélérer sa guérison. — Selon les caractères de sa maladie et l'état de sa fortune, le conseil de famille pourra arrêter qu'il sera traité dans son domicile ou qu'il sera placé dans une maison de santé, et même dans un hospice* » (art. 510). Le conseil de famille pourrait décider que les *capitaux* de l'interdit seront employés en tout ou en partie à l'usage indiqué par notre article.

4° Voici la dernière différence : Il ne saurait être question du mariage de l'enfant d'un mineur. Au contraire il peut y avoir lieu de se préoccuper du mariage de l'enfant d'un interdit. L'art. 511 dit à ce sujet : « *Lorsqu'il sera question du mariage de l'enfant d'un interdit, la dot ou l'avancement d'hoirie, et les autres conventions matrimoniales, seront réglées par un avis du conseil de famille, homologué par le tribunal, sur les conclusions du procureur du Roi* ».

Le conseil de famille peut donc, faisant ce que le père ferait probablement lui-même s'il jouissait de la raison, constituer une dot *paterno nomine* à l'enfant qui veut se marier. La loi désigne cette dot sous le nom d'*avancement d'hoirie*. HOIRIE vient de *heres* et est synonyme d'*hérité*. Un don fait en *avancement d'hoirie* est un don fait à titre d'avance sur la succession future du donateur, et par conséquent au profit d'un de ses héritiers présomptifs, *juris hereditarii prærogatio*. L'expression *avancement d'hoirie* est très courante dans le langage de la doctrine. Le code civil ne l'emploie nulle part ailleurs que dans notre article.

Eh bien ! donc la loi veut dire que la donation, faite par le conseil de famille à l'enfant, *dotis causa*, aura lieu à titre d'avance sur la succession future de l'interdit : ce qui entraîne

pour l'enfant ainsi doté l'obligation, s'il vient plus tard à la succession de son père en concurrence avec ses frères ou sœurs, de précompter cette dot sur la part qui lui revient, ou plus exactement, comme le dit la loi, de la rapporter à la succession (art. 843), de manière qu'en fin de compte il ne reçoive pas plus que ses cohéritiers. Le conseil de famille ne peut constituer la dot qu'à titre d'avancement d'hoirie; il n'aurait pas le droit de la constituer *par préciput et hors part*, c'est-à-dire avec dispense du rapport. Le droit que la loi confère ici au conseil de famille est un droit exceptionnel, et ce droit ne peut être exercé que dans les termes où il lui est accordé.

* Notre article dit que le conseil de famille règlera aussi les autres conventions matrimoniales de l'enfant de l'interdit. S'il fallait entendre cette disposition en ce sens que l'enfant restera étranger à ce règlement, elle serait en contradiction avec plusieurs textes, desquels il résulte que les futurs époux, qu'ils soient majeurs ou mineurs, procèdent eux-mêmes dans leur contrat de mariage au règlement de leurs conventions matrimoniales, sauf à se faire assister, s'ils sont mineurs, par les personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité de leur mariage (art. 1095, 1309 et 1398). La loi veut dire seulement que le conseil de famille peut subordonner la constitution de dot, qu'il fait à l'enfant, à l'adoption de telle ou telle convention matrimoniale, du régime dotal par exemple, s'il s'agit d'une fille; de sorte que la constitution de dot serait non avenue, si cette convention matrimoniale n'était pas acceptée par l'enfant.

L'art. 511 ne parle que du cas où l'enfant d'un interdit veut s'établir *par mariage*. Le conseil de famille pourrait-il faire une donation en avancement d'hoirie à l'enfant qui voudrait s'établir autrement que par mariage, comme notaire par exemple ou comme avoué? L'affirmative triomphe en jurisprudence et en doctrine. Il y a, dit-on, même motif, quel que soit l'établissement aux nécessités duquel il s'agit de pourvoir. Et cependant un doute sérieux résulte de la nature exceptionnelle de la disposition qui nous occupe. L'art. 511 déroge au droit commun, d'après lequel le propriétaire peut seul disposer de ses biens à titre gratuit, et il est de principe que les dispositions de ce genre doivent être sévèrement restreintes dans les termes de la loi; l'analogie ne suffit pas pour les étendre d'un cas à un autre.

1177. A part les différences qui viennent d'être signalées, la tutelle des interdits est régie par les mêmes règles que celle des mineurs. C'est en ce sens qu'il faut entendre l'art. 509, qui ne signifie nullement que la capacité de l'interdit soit la même que celle du mineur : « *L'interdit est assimilé au mineur, pour sa personne et pour ses biens : les lois sur la tutelle des mineurs s'appliquent à la tutelle des interdits* ». Ainsi la tutelle des interdits est une charge obligatoire comme la tutelle des mineurs; les deux tutelles sont régies par les mêmes règles en ce qui concerne les causes d'incapacité, d'exclusion et de destitution; dans l'une et dans l'autre les pouvoirs du tuteur sont les mêmes. La loi du 27 février 1880 est demeurée fidèle à ce principe : les restrictions qu'elle apporte aux pouvoirs des tuteurs s'appliquent aux tuteurs des interdits comme à ceux des mineurs.

Le tuteur a-t-il pleins pouvoirs pour exercer les actions relatives aux intérêts moraux de l'interdit? La question se pose principalement en ce qui concerne l'action en divorce, l'action en séparation de corps, l'action en nullité de mariage et l'action en désaveu. Au sujet de l'action en divorce et de l'action en séparation de corps, nous nous sommes déjà expliqué (*supra* n. 694) : le tuteur d'un interdit ne peut pas, au nom de celui-ci, intenter l'action en divorce, et quant à l'action en séparation de corps, il ne peut l'intenter *qu'avec l'autorisation du conseil de famille* (art. 307 *in fine* remanié par la loi du 18 avril 1886).

Il nous paraît difficile, au moins depuis l'apparition de la loi précitée, de ne pas imposer la même condition au tuteur qui veut intenter au nom de l'interdit une action en désaveu, et surtout une action en nullité de son mariage. La jurisprudence est en sens contraire. Un arrêt de la cour de cassation du 26 février 1890 (S., 90. 1. 216, D., 90. 1. 290) reconnaît au tuteur qualité pour intenter sans l'autorisation du conseil de famille l'action en nullité du mariage contracté par l'interdit avant l'interdiction. La cour argumente du principe d'omnipotence du tuteur, applicable en vertu de l'art. 509 à la tutelle des interdits comme à celle des mineurs.

II. Des actes passés par l'interdit.

1178. L'interdiction peut exercer son influence, non seulement sur le sort des actes qui seront accomplis par l'interdit postérieurement à l'interdiction, mais aussi sur celui des actes passés auparavant. En d'autres termes, les effets de l'interdiction peuvent se produire, non seulement dans l'avenir, mais aussi dans le passé.

a. Actes accomplis dans l'avenir.

1179. Aux termes de l'art. 502 : « *L'interdiction ou la nomination d'un conseil aura son effet du jour du jugement. Tous actes passés postérieurement par l'interdit, ou sans l'assistance du conseil, seront nuls de droit* ».

= *Du jour du jugement.* Ce sera vrai, quand le jugement qui prononce l'interdiction aura acquis l'autorité définitive de la chose jugée pour n'avoir pas été frappé d'appel dans les délais voulus, et aussi, lorsque, sur l'appel, ce jugement aura été confirmé par la cour. Mais si, la demande en interdiction ayant été rejetée par le tribunal de première instance, l'interdiction n'a été prononcée que sur l'appel, ses effets ne dateront que du jour de l'arrêt. Il faut donc lire : « du jour du jugement ou de l'arrêt ».

L'interdit est frappé pour l'avenir d'une incapacité générale; car tous les actes qu'il accomplira désormais seront, d'après notre article *nuls de droit*. On emploie quelquefois cette formule pour désigner des actes *inexistants*, des actes par conséquent dont la nullité n'a pas besoin d'être prononcée par la justice. Si les mots *nuls de droit* avaient ici cette signification, l'art. 502 serait en contradiction avec l'art. 1304 al. 3, duquel il résulte qu'il y a lieu d'agir *par voie d'action en nullité* relativement aux actes passés par un interdit, partant que la nullité n'existe pas de plein droit, mais a besoin d'être prononcée par la justice. Voyez aussi les art. 1125 et 1338 (1). Qu'a donc voulu dire la loi? Notre disposition signifie que la justice, quand elle est saisie d'une demande en nullité, relativement à un acte passé par un interdit, doit le déclarer nul, sans autre examen, dès qu'il est constant en fait que cet acte a été accompli depuis la prononciation de l'interdiction et avant qu'elle ait été levée. En d'autres termes, l'office du juge se réduit

(1) En déclarant les actes passés par l'interdit inexistant, la loi aurait dépassé la juste mesure. Certains actes peuvent avoir été accomplis par l'interdit pendant un intervalle lucide et être avantageux pour lui; il ne faut pas, en les frappant d'inexistence, lui enlever la faculté d'en invoquer le bénéfice.

ici à l'examen d'une question de date. L'acte a-t-il été accompli pendant la période où son auteur était sous le coup de la sentence d'interdiction? voilà tout ce que le juge doit rechercher, et si l'affirmative lui est démontrée, la nullité est de droit. Il doit la prononcer, sans même examiner le *mérite de l'acte*. Par conséquent le juge n'aurait pas à tenir compte de l'offre, faite par le défendeur à l'action en nullité, de prouver soit que l'acte a été accompli pendant un intervalle lucide, soit qu'il n'est pas lésif pour l'interdit.

Nous disons d'abord que la nullité atteint même les actes qui, en fait, auraient été passés par l'interdit pendant un intervalle lucide. La loi présume que l'interdit est dans un état d'aliénation mentale continu; c'est sur le fondement de cette présomption qu'elle déclare les actes passés par lui *nuls de droit*; or cette présomption n'est pas susceptible d'être combattue par la preuve contraire; car, aux termes de l'art. 1352 al. 2: « Nulle » preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, *elle annule certains actes* ».

Nous avons ajouté que la nullité édictée par l'art. 502 est indépendante de toute lésion subie par l'interdit. Il en est autrement de l'action en nullité accordée au mineur contre les actes qu'il a passés sans l'assistance de son tuteur ou de son curateur: le succès de cette action est subordonné à l'existence d'une lésion subie par le mineur (art. 1305, t. II, n. 1160). Cette différence s'explique facilement. L'action en nullité accordée au mineur est fondée sur l'inexpérience de son âge; mais les mineurs ne sont pas des insensés, les actes qu'ils accomplissent peuvent être raisonnables; pourquoi donc les annuler, s'ils ne leur causent pas de préjudice? Au contraire, l'action en nullité accordée à l'interdit est fondée sur son insanité d'esprit, qui en fait peut présenter des rémittences, mais que la loi présume continue. L'interdiction supprime, en droit, les intervalles lucides; d'après la présomption légale, l'acte accompli par un interdit sera donc toujours l'acte d'un fou; qu'importe à ce point de vue, qu'il soit ou non lésif?

1180. Les actes passés par un interdit n'étant pas inexistant, mais seulement nuls ou annulables, il en résulte :

1° Que l'interdit seul ou ses représentants peuvent se prévaloir de la nullité (arg. art. 1125). Le même droit n'appartient pas à ceux qui ont traité avec l'interdit; car la nullité n'a pas été introduite en leur faveur.

2° Que la nullité édictée par l'art. 502 est susceptible de se couvrir par une confirmation ou ratification émanée soit de l'incapable, quand il aura recouvré sa capacité, soit de ses représentants.

3° Que l'action en nullité se prescrira par dix ans, conformément à l'art. 1304.

1180. bis. Bien que la règle, qui annule les actes passés par l'interdit postérieurement à l'interdiction, soit formulée dans les termes les plus généraux: « Tous actes » passés... par l'interdit... seront nuls de droit », la plupart des auteurs décident qu'elle comporte des exceptions. En d'autres termes, il y aurait certains actes que l'interdit pourrait valablement accomplir, dans un intervalle lucide, bien entendu, malgré l'incapacité générale dont la loi paraît le frapper. Lesquels? On est loin de s'entendre sur ce point. Chaque auteur a sa liste. Sur presque toutes on voit figurer le mariage et la recon-

naissance d'enfant naturel; d'autres ajoutent l'adoption, le testament (1). Ce désaccord vient de la difficulté qu'il y a d'établir un *criterium* certain pour déterminer les limites de l'exception. D'après les uns, elle comprendrait tous les actes qui ne sont pas susceptibles d'être accomplis par un mandataire général, et qui échappent à ce titre au mandat du tuteur; car, dit-on, l'interdit n'est privé que de l'*exercice* de ses droits civils, et, si on ne lui permet pas d'exercer personnellement les droits dont il s'agit, on lui en retire par le fait la jouissance, puisqu'ils ne pourront être exercés ni par lui ni pour lui. Mais ce *criterium* conduirait notamment à décider que l'interdit peut faire des donations entre vifs, solution qui paraît absolument inacceptable (voyez l'art. 901). D'autres ont dit, et nous les croyons plus près de la vérité : Le but unique de l'interdiction est de protéger les intérêts pécuniaires de l'interdit et de sa famille; donc ce sont seulement les actes pécuniaires qui tombent sous le coup de l'art. 502; les actes moraux restent en dehors de son domaine, notamment le mariage, l'adoption et la reconnaissance d'enfant naturel, mais non le testament qui est un acte pécuniaire.

* **1180. ter.** Le cas pour lequel il y a le plus de doute est le mariage. La doctrine admit d'abord que le mariage contracté par l'interdit tombe sous le coup de l'art. 502. On disait en ce sens : Les termes de l'art. 502 ont la plus grande généralité : « *tous actes....* sont nuls de droit »; ils comprennent donc le mariage, pour lequel aucune exception n'a été établie. D'ailleurs l'art. 174, en disposant que l'opposition au mariage, fondée sur l'état de démence du futur époux, ne pourra être reçue qu'à la charge par l'opposant de provoquer l'interdiction du futur et d'y faire statuer dans un certain délai, donne bien à entendre que, si l'interdiction est prononcée, l'opposition sera maintenue et par suite le mariage impossible. Enfin, l'intérêt social exige que la race des fous ne se perpétue pas, et par conséquent qu'on ne permette pas le mariage aux interdits.

Si le mariage contracté par l'interdit est nul de droit par application de l'art. 502, il en résulte logiquement : 1° que ce mariage peut être attaqué, non seulement par l'interdit lui-même ou son représentant légal, mais aussi, après sa mort, par ses héritiers même collatéraux; 2° que l'action en nullité est régie quant à sa durée par l'art. 1304; 3° que le tribunal saisi de cette action doit nécessairement prononcer la nullité sans examen, du moment qu'il est constant que le mariage a été contracté pendant la durée de l'interdiction.

On reculait en général devant ces conséquences. L'action en nullité d'un mariage, disait-on, ne peut appartenir qu'aux personnes déterminées par la loi; c'est un principe constant. Donc les héritiers de l'interdit ne pourront pas intenter l'action, parce qu'aucun texte ne les y autorise. Qui donc aura ce droit? L'interdit seulement, après la main-levée de l'interdiction, ou son tuteur durant l'interdiction, et on le décidait ainsi par argument de l'art. 180; on appliquait aussi l'art. 181 pour régler la durée de l'action. Mais il est manifeste que les art. 180 et 181 sont étrangers à l'hypothèse du mariage contracté par un interdit, il suffit de les lire pour s'en convaincre, et la vérité est que si le mariage, contracté par l'interdit, est nul ou annulable, le principe que l'action en nullité est l'apanage exclusif de ceux auxquels un texte de loi l'accorde, conduit à dire que cette action n'appartient ici à personne.

Depuis longtemps il s'est fait, sur la question proposée, une évolution dans la doctrine. Les auteurs les plus récents admettent que l'art. 502 est étranger au mariage contracté par l'interdit. Son texte et son esprit le démontrent. Son texte. En effet, peut-on dire du mariage, qu'il est un acte *passé* par l'interdit. Son esprit; car l'interdiction n'a été organisée que pour la protection des intérêts pécuniaires de l'interdit : elle a pour but unique de l'empêcher de se ruiner par des actes extravagants; le mariage, qui est un acte essentiellement moral, est donc en dehors de son orbite. L'art. 502 ainsi écarté du débat, comme il n'existe pas d'autre texte qui prononce la nullité du mariage contracté par un

(1) Un arrêt de la cour de Nancy maintenu en cassation le 27 février 1863 (D., 83. 1. 113, S., 84. 1. 65), déclare l'interdit judiciairement incapable de tester même pendant un intervalle lucide, mais non l'interdit légalement. — Il est d'ailleurs sans difficulté que l'art. 502 ne reçoit pas d'application en matière pénale. Arg. art. 64 C. pén. et de ces mots de l'art. 502 : « Tous actes *passés* par l'interdit... »

interdit, et qu'en matière de mariage il n'y a pas d'autres nullités que celles qui résultent d'un texte, il faut en conclure que l'interdiction, par elle-même et par elle seule, n'est pas une cause de nullité du mariage.

Les travaux préparatoires de la loi confirment pleinement cette solution. Un article du projet, déclarant l'interdit pour cause de démence ou de fureur incapable de contracter mariage, fut supprimé, sur la demande du consul Cambacérès, comme inutile en présence de la règle générale qui exige pour le mariage un consentement valable (art. 146), et c'est en vain que le tribunal en demanda le rétablissement, sur ce fondement que, si l'art. 146 rendait la disposition sans objet pour le cas où l'interdit était dans un état de démence continu, elle conservait son utilité pour le cas où l'interdit avait des intervalles lucides (1). Le rejet de la proposition du tribunal prouve bien qu'on n'a pas voulu admettre l'interdiction comme un empêchement de mariage, au moins comme un empêchement dirimant. Le droit commun reste donc applicable à l'interdit en ce qui concerne le mariage qu'il aurait contracté.

Il en résulte :

1^o Que le mariage contracté par un interdit à un moment où il se trouvait en état de démence est inexistant. Toute personne intéressée peut se prévaloir de cette inexistence.

2^o Que le mariage contracté par un interdit dans un intervalle lucide est valable. Sans qu'il soit nécessaire, si l'interdit a acquis sa majorité matrimoniale, qu'il ait obtenu le consentement de ses ascendants ou de son conseil de famille. On a soutenu le contraire à tort en se fondant sur l'art. 509. Si l'art. 502 est inapplicable, l'art. 509 doit être écarté par les mêmes motifs. Sans doute il serait désirable, en théorie, que l'interdit jouit de la protection qu'on veut lui accorder, mais il faudrait un texte pour la lui imposer, et ce texte manque.

On le voit, au point de vue du sort d'un mariage contracté, l'interdiction des époux ou de l'un d'eux est un fait indifférent.

Mais il n'en est pas tout à fait de même au point de vue d'un mariage à contracter. L'art. 174, qui range la démence au nombre des causes d'opposition à mariage, dit que cette opposition, dont le tribunal peut d'ailleurs donner main-levée pure et simple, ne sera reçue qu'à la charge par l'opposant de provoquer l'interdiction et d'y faire statuer dans un certain délai. L'interdiction rend donc recevable une opposition fondée sur la démence, tandis qu'autrement l'opposition devrait nécessairement être rejetée. Suit-il de là que, lorsque l'interdiction a été prononcée, le tribunal doit nécessairement maintenir l'opposition? L'art. 174 ne dit pas cela. La seule conséquence qu'on puisse tirer de ce texte, dit fort bien Demante (t. I, n. 224 bis), c'est que l'état de démence n'est point une cause d'opposition, s'il n'est en même temps une cause d'interdiction; d'où il suit qu'on doit donner main-levée de l'opposition si la demande en interdiction n'est pas formée ou si elle est rejetée, mais non qu'il faille maintenir l'opposition si l'interdiction est prononcée.

L'opposition qui a pour cause l'interdiction peut donc être levée par le tribunal, si l'état de démence ne lui paraît pas assez caractérisé pour faire obstacle au mariage : ce qui arrivera principalement lorsqu'il existera de longs intervalles lucides. C'est ce que reconnaissent MM. Aubry et Rau (t. V, p. 91, texte et note 6), et par suite ces auteurs nous semblent formuler une proposition suspecte, lorsqu'ils disent que l'interdiction forme un empêchement prohibitif au mariage. Lorsqu'une opposition est fondée sur un empêchement prohibitif, le juge peut bien lever l'opposition en déclarant que l'empêchement n'existe pas; mais il ne peut pas, si l'existence de l'empêchement est constatée, donner main-levée de cet empêchement.

Quant à l'interdiction légale v. *supra* n. 451.

Les monuments de la jurisprudence sont rares sur la question que nous venons d'étudier, ce qui prouve qu'elle offre peu d'importance au point de vue pratique. La cour de cassation juge que le mariage, contracté par un interdit pendant un intervalle lucide, est valable. Quant au mariage contracté en dehors d'un intervalle lucide, la cour suprême le

(1) La rédaction proposée par le tribunal était ainsi conçue : « L'interdit pour cause de démence ne peut contracter mariage ». Loaré, *Lég. civ.*, t. IV, p. 312, art. 3, p. 312, n. 12, *in fine*, et p. 451, n. 2.

considère non pas comme inexistant, ainsi que nous venons de l'enseigner, mais comme simplement nul, et, faisant l'application du principe que la nullité d'un mariage ne peut être proposée que par les personnes limitativement déterminées par la loi, elle refuse ce droit aux tiers intéressés. Le principe, nous l'avons dit, conduit logiquement à refuser l'action en nullité même à l'interdit et à ses représentants, de sorte que nous aurions ainsi une nullité qui ne pourrait être proposée par personne. La théorie que nous avons exposée permet de ne pas se laisser acculer dans cette impasse.

b. Actes accomplis dans le passé.

1181. Aux termes de l'art. 503 : « *Les actes antérieurs à l'interdiction pourront être annulés, si la cause de l'interdiction existait notoirement à l'époque où ces actes ont été faits* » (1).

En l'absence de ce texte, les actes antérieurs à l'interdiction seraient demeurés soumis au droit commun, c'est-à-dire que les intéressés n'auraient pu soutenir que ces actes étaient non avenus qu'à la condition de prouver la démence au moment même de l'acte, preuve sinon impossible, au moins très difficile à fournir, et qui la plupart du temps n'aurait pu résulter que de l'acte lui-même. Notre article exige beaucoup moins : l'interdit ou ses représentants pourront obtenir la nullité des actes antérieurs à l'interdiction, « si » la cause de l'interdiction existait notoirement à l'époque où ces » actes ont été faits » ; il suffira donc de prouver que l'auteur de l'acte était, à l'époque où il l'a accompli, dans un état notoire d'imbécillité, de démence ou de fureur, preuve beaucoup plus facile à faire que celle de la démence au moment même de l'acte.

Et remarquez : 1° que la loi exige seulement, pour qu'il y ait lieu de prononcer la nullité d'un acte antérieur à l'interdiction, que l'aliénation mentale de l'auteur de cet acte constituât un fait notoire ; elle n'exige pas que celui qui a traité avec l'insensé ait connu son état : il est d'ailleurs inexcusable de l'avoir ignoré, puisque tout le monde le connaissait ; 2° que le juge, auquel il est démontré que la cause de l'interdiction existait notoirement à l'époque où l'acte a été accompli, ne doit pas nécessairement, par cela seul, en prononcer la nullité. La loi dit : *pourront être annulés* ; l'annulation est donc facultative pour le juge, qui se décidera d'après les circonstances, en tenant compte principalement de la bonne foi de ceux qui ont traité avec l'interdit, du mérite de l'acte, et aussi de sa nature. Il y a en effet certains actes antérieurs à l'interdiction, que le juge ne songera pas à annuler, notamment les significations faites à l'insensé et les jugements obtenus contre lui. Il ne dépendait peut-être pas de ceux qui ont fait ces significations ou obtenu ces jugements, de provoquer l'interdiction, et il fallait bien pourtant qu'ils pussent conserver leurs droits ou les faire valoir en justice.

1182. Comme l'art. 503, l'art. 504 déroge au droit commun, mais à un autre point de vue : « *Après la mort d'un individu, les actes par lui faits ne pourront être attaqués pour cause de démence, qu'autant que son interdiction aurait été prononcée ou provoquée avant son décès ; à moins que la preuve de la démence ne résulte de l'acte même qui est attaqué* ».

(1) Au cas où la cause de l'interdiction n'existait pas notoirement, un acte antérieur à l'interdiction peut néanmoins être annulé, ou mieux déclaré inexistant, s'il porte en lui-même la preuve de la démence. Cass., 5 juil. 1882, S., 84. 1. 112, D., 83. 1. 173.

Les héritiers d'un individu décédé viennent attaquer pour cause de démence un acte par lui accompli. Devront-ils être écoutés?

Si cet individu a été de son vivant frappé d'interdiction, il n'y a pas de difficulté : on appliquera les art. 502 et 503, qui peuvent être invoqués par les héritiers de l'interdit comme par l'interdit lui-même.

Si l'interdiction de l'auteur de l'acte attaqué a été seulement *provoquée* de son vivant, ou, en d'autres termes, si sa mort a mis fin à l'instance en interdiction introduite contre lui, on appliquera le droit commun, c'est-à-dire que ses héritiers pourront faire annuler l'acte, en prouvant sa démence au moment même où l'acte a été accompli.

Mais il en sera autrement, si l'interdiction de l'auteur de l'acte attaqué n'a été ni prononcée, ni provoquée de son vivant. La loi, dérogeant ici au droit commun, décide que la nullité de l'acte ne pourra être prononcée pour cause de démence qu'autant que la preuve de la démence résultera de l'acte lui-même. Tout autre moyen de preuve devrait donc être écarté. Ce qui préoccupe ici le législateur, c'est la difficulté de prouver le fait allégué. En effet, comment savoir, après la mort d'un individu, s'il était en état de démence, et surtout s'il y était à tel moment déterminé? On n'a plus ici la ressource de l'interrogatoire, qui est le meilleur moyen de constater l'aliénation mentale. D'un autre côté, précisément parce que le principal moyen d'investigation manque ici au juge, n'était-il pas à craindre que, dans l'espoir de le circonvenir, on attaquât, souvent sans motif, sous couleur de démence, des actes accomplis par un individu décédé? Les questions qui donnent lieu au plus grand nombre de procès, ne sont-elles pas celles où il est le plus difficile au juge d'y voir clair? Tel est probablement le double motif qui a fait édicter la disposition de l'art. 504. On a voulu, comme le dit Demante, écarter ainsi une multitude de procès très difficiles à juger.

Mais, s'il en est ainsi, comment expliquer que notre article se relâche de sa rigueur lorsque l'interdiction a été seulement *provoquée* du vivant de l'auteur de l'acte? Sera-t-il donc plus facile au juge, en pareil cas, d'apprécier l'état mental de l'individu décédé? — D'abord il peut se faire que la procédure fournisse à cet égard d'utiles enseignements, par exemple s'il a été procédé à l'interrogatoire du défendeur. Et puis le seul fait de la demande en interdiction donne une certaine couleur de vérité à la prétention de ceux qui allèguent aujourd'hui l'aliénation mentale. Il est donc tout simple que la loi se soit montrée moins sévère.

L'interdiction est considérée comme *provoquée* à partir du moment où la requête, dont parle l'art. 890 C. pr., a été présentée au président du tribunal, sauf aux juges à examiner s'il n'y a pas eu quelque fraude de la part du provoquant.

* Si la demande en interdiction avait été rejetée, ou si l'instance avait été éteinte par

le désistement ou par la péremption, la situation serait la même que si l'interdiction n'avait pas été provoquée, et par suite l'art. 504 recevrait son application.

N° 5. De la cessation de l'interdiction.

1183. Deux causes peuvent mettre fin à l'interdiction :

1° La mort de l'interdit ;

2° La main-levée de l'interdiction. Cette main-levée ne peut être prononcée que par la justice, lorsque les causes de l'interdiction ont cessé, c'est-à-dire lorsque l'interdit a recouvré la raison. L'art. 512 dit à ce sujet : « *L'interdiction cesse avec les causes qui l'ont déterminée : néanmoins la main-levée ne sera prononcée qu'en observant les formalités prescrites pour parvenir à l'interdiction, et l'interdit ne pourra reprendre l'exercice de ses droits qu'après le jugement de main-levée* ».

On admet en doctrine et en jurisprudence que la demande en main-levée peut être formée par l'interdit lui-même. Cette solution que la nécessité a dictée, n'est pas cependant très conforme aux principes ; car, tant que dure l'interdiction, l'interdit est incapable de tous les actes civils.

Dans la pratique, la demande en main-levée est dirigée contre le tuteur à l'interdiction, qui joue ainsi le rôle de défendeur à l'action, tandis que les principes sembleraient plutôt lui assigner celui de demandeur, puisqu'il a mission de représenter l'interdit dans tous les actes civils (art. 450 cbn. 509).

Le tribunal compétent pour statuer sur la demande en main-levée est celui du domicile de l'interdit.

« La demande en main-levée d'interdiction sera instruite et jugée dans la même forme que l'interdiction » (C. pr., art. 896).

Il appartient au demandeur en main-levée de prouver la cessation de la cause de l'interdiction, c'est-à-dire de l'aliénation mentale. Cette preuve doit être de nature à ne laisser aucun doute dans l'esprit du juge, qui, d'ailleurs, a sur ce point un pouvoir souverain d'appréciation. Cass., 13 juillet 1891, D., 92. 1. 124.

CHAPITRE III

DU CONSEIL JUDICIAIRE

1184. Le conseil judiciaire est un *curateur* nommé par la justice, et chargé d'assister un prodigue ou un faible d'esprit dans certains actes civils énumérés limitativement par la loi.

On voit par cette définition que le mot *conseil* est pris ici dans le sens de *conseiller* et non dans celui d'*assemblée*.

On voit aussi que les personnes soumises à l'autorité d'un conseil judiciaire doivent être considérées comme *pourvues d'un curateur* : ce qui leur rend applicable l'art. 83-6° du code de procédure civile, d'après lequel les causes des personnes *pourvues d'un curateur* sont communicables au ministère public.

1185. A quelles personnes peut-il être nommé un conseil judiciaire? Aux faibles d'esprit et aux prodiges.

1° *Aux faibles d'esprit, ou simples d'esprit*, comme on dit quelquefois, c'est-à-dire aux personnes dont les facultés mentales, sans être complètement désorganisées, sont cependant gravement troublées.

Rappelons ici le texte de l'art. 499 qui régit cette hypothèse : « *En rejetant la demande en interdiction, le tribunal pourra néanmoins, si les circonstances l'exigent, ordonner que le défendeur ne pourra désormais plaider, transiger, emprunter, recevoir un capital mobilier, ni en donner décharge, aliéner, ni grever ses biens d'hypothèques, sans l'assistance d'un conseil qui lui sera nommé par le même jugement* ».

— *Si les circonstances l'exigent*. La loi ne dit pas quelles sont ces circonstances, et elle laisse par conséquent aux tribunaux la plus grande latitude pour leur appréciation : ce qui n'est peut-être pas un mal, à raison de l'infinie variété des cas qui peuvent se présenter. Des infirmités physiques, par exemple le surdi-mutisme, pourraient donc servir de cause à la nomination d'un conseil judiciaire, aussi bien que des infirmités morales.

Bien que notre article nous représente la nomination d'un conseil judiciaire pour cause de faiblesse d'esprit comme intervenant *sur une demande en interdiction*, on admet généralement que les personnes, auxquelles la loi donne qualité pour provoquer l'interdiction, pourraient demander *directement* la nomination d'un conseil judiciaire, si elles estimaient que l'état du défendeur ne comporte que l'application de cette mesure. Pourquoi les forcer en pareil cas à demander le plus pour obtenir le moins ?

2° *Aux prodigues*. — « *Il peut être défendu aux prodigues de plaider, de transiger, d'emprunter, de recevoir un capital mobilier et d'en donner décharge, d'aliéner, ni de grever leurs biens d'hypothèques, sans l'assistance d'un conseil qui leur est nommé par le tribunal* » (art. 513).

« On appelle *prodigue*, dit M. Berriat Saint-Prix, le propriétaire qui consomme en dépenses improductives, non seulement la totalité de ses revenus, mais une portion de son capital, de manière à amener sa ruine dans un délai plus ou moins court. Celui qui empiète sur son capital, alors que ses revenus ne suffisent pas pour le faire subsister, n'est pas un prodigue ». C'est bien là le sens ordinaire du mot *prodigue*. Toutefois le juge, n'étant pas enchaîné ici par une définition légale, a nécessairement une certaine latitude d'appréciation.

1186. Le conseil judiciaire est toujours nommé par le tribunal, ainsi que son nom l'indique et que le disent d'ailleurs les art. 499 et 513. En aucun cas, le conseil judiciaire n'est désigné de plein droit par la loi. Cette fonction n'est pas obligatoire.

Le mari lui-même n'est pas de droit conseil judiciaire de sa femme. Dans certains cas il eût été dangereux de lui confier cette mission : ainsi il peut arriver que le mari soit le complice et même l'instigateur des prodigalités de sa femme ; convient-il alors qu'il en soit le conseil judiciaire ? Poitiers, 18 mai 1881, D., 82. 2. 247, S., 83. 2. 8.

La femme ne peut jamais être nommée conseil judiciaire de son mari. En effet le mari pourvu d'un conseil judiciaire conserve la puissance maritale sur sa femme, et il impliquerait contradiction qu'il se trouvât soumis à la puissance de celle-ci pour certains actes de la vie civile.

1187. Les deux causes pour lesquelles la loi autorise la nomination d'un conseil judi-

ciaire, n'ont pas le moindre rapport l'une avec l'autre. D'un autre côté il y a des variantes infinies dans la faiblesse d'esprit. Des situations aussi diverses semblaient appeler des mesures de protection différentes, et cependant le remède est le même dans tous les cas ! (cpr. art. 499 et 513). Il est donc à craindre que souvent il ne soit pas adéquat au mal. Cet inconvénient serait très sensiblement diminué, si le juge, en nommant un conseil judiciaire, pouvait faire un triage entre les divers actes énumérés par les art. 499 et 513, et en interdire au prodigue ou au faible d'esprit quelques-uns seulement sans l'assistance de son conseil, ceux qui lui sembleraient le plus en rapport avec l'infirmité morale à laquelle il s'agit de remédier. Quelques auteurs pensent que ce droit appartient au juge. Les termes de la loi, disent-ils, ne résistent nullement à cette solution que la raison réclame impérieusement. D'ailleurs qui peut le plus peut le moins. En pratique, il est vrai, ce système est susceptible de présenter un inconvénient : c'est d'établir mille nuances dans la situation des personnes pourvues d'un conseil judiciaire, de sorte que les tiers qui voudraient contracter avec elles ne sauraient jamais à quoi s'en tenir sur leur capacité. Mais l'inconvénient n'est pas aussi grave qu'il le paraît au premier abord ; car les tiers sauront au moins une chose, c'est que l'assistance du conseil ne peut être requise que pour les actes énumérés par les art. 499 et 513 (le juge n'aurait certainement pas le droit de soumettre le prodigue ou le faible d'esprit à l'autorité de son conseil pour d'autres actes, tout le monde est d'accord sur ce point) ; ils exigeront donc l'assistance du conseil toutes les fois qu'il s'agira d'un de ces actes, et le prodigue ou le faible d'esprit ne pourra se soustraire à la nécessité de cette assistance qu'en prouvant, par la présentation du jugement qui lui nomme un conseil, qu'elle n'est pas requise pour l'acte dont il s'agit. — Malgré ces raisons, qui semblent péremptoires, la solution contraire triomphe en doctrine et en jurisprudence. On dit, mais il faudrait le démontrer, que l'état des personnes pourvues d'un conseil judiciaire est un état indivisible, souverainement réglé par la loi, et que le juge ne peut pas le modifier, parce que tout ce qui touche à l'état des personnes est d'ordre public.

1188. Qui peut provoquer la nomination d'un conseil judiciaire. — « *La défense de procéder sans l'assistance d'un conseil* » peut être provoquée par ceux qui ont le droit de demander l'interdiction ; leur demande doit être instruite et jugée de la même manière. — Cette défense ne peut être levée qu'en observant les mêmes formalités ». Ainsi s'exprime l'art. 514.

= *La défense de PROCÉDER.* Ce mot, qui signifie ordinairement *diriger une procédure*, signifie ici : faire les actes énumérés par l'art. 513.

La nomination d'un conseil judiciaire ne pourrait pas être provoquée par le prodigue ou par le faible d'esprit lui-même. Cpr. *supra* n. 1161.

= *Leur demande doit être instruite et jugée dans la même forme.* Donc il faudra, à peine de nullité, prendre l'avis du conseil de famille (arg. art. 494), et procéder à l'interrogatoire du défendeur (arg. art. 496), bien qu'on n'aperçoive que difficilement l'utilité de cette mesure quand il s'agit d'un prodigue. Cass., 4 avril 1887, D., 88. 1. 292, S., 88. 1. 69. Bien entendu le défendeur ne peut pas se prévaloir de la nullité résultant du défaut d'interrogatoire, si c'est par son fait que l'interrogatoire n'a pu avoir lieu. Cass., arrêt précité, et 7 février 1893, D., 93. 1. 152.

Avant de statuer définitivement, les juges peuvent nommer un conseil provisoire, par application de l'art. 497. Cass., 29 avril 1885, D., 85. 4. 375.

Aux termes de l'art. 515 : « *Aucun jugement, en matière d'interdiction ou de nomination de conseil, ne pourra être rendu, soit en première instance, soit en cour d'appel, que sur les conclusions du ministère public* ».

1189. Effets de la nomination d'un conseil judiciaire. — Ces effets sont absolument les mêmes, soit que le conseil judiciaire ait été nommé pour cause de faiblesse d'esprit, soit qu'il ait été nommé pour cause de prodigalité. La personne pourvue d'un conseil judiciaire devient incapable d'accomplir, sans l'assistance de son conseil, les divers actes énumérés dans les art. 499 et 513 : ce sont ceux qui pourraient le plus facilement entraîner sa ruine. Pour tous autres actes, elle reste soumise au droit commun, c'est-à-dire qu'elle jouit de la capacité qui lui appartiendrait si un conseil judiciaire ne lui avait pas été nommé. La nomination d'un conseil judiciaire frappe donc le prodigue ou le faible d'esprit d'une incapacité partielle ; aussi désigne-t-on quelquefois celui qui a été l'objet de cette mesure sous le nom de *demi-interdit*, et la mesure elle-même, sous le nom de *demi-interdiction*.

1190. Voici maintenant l'énumération des actes pour lesquels l'assistance du conseil judiciaire est nécessaire :

1° *Plaider*, soit en demandant, soit en défendant, en appel comme en instance (1), non seulement en matière immobilière mais aussi en matière mobilière, car la loi ne distingue pas. Sur ce dernier point, la capacité de la personne pourvue d'un conseil judiciaire est plus restreinte que celle du mineur émancipé. Cpr. *supra* n. 1137.

2° *Transiger*, même en matière mobilière : *lex non distinguit*. Ajoutez : et *compromettre* (arg. art. 1003 C. pr. et 1989 C. civ.).

3° *Emprunter*. C'est un des actes les plus dangereux, surtout pour un prodigue.

4° *Recevoir un capital mobilier et en donner décharge*. Bien que la loi ne le dise pas, le conseil devrait surveiller l'emploi du capital reçu (arg. art. 482). En ce sens, Paris, 31 janvier 1876, D., 77. 2. 48, S., 77. 2. 149.

5° *Aliéner*. Ajoutez : *ou constituer un droit réel*, tel que servitude, usufruit ; car la constitution d'un droit réel équivaut à une aliénation partielle.

La prohibition d'aliéner sans l'assistance du conseil s'applique-t-elle aux meubles comme aux immeubles ? En faveur de l'affirmative, on peut invoquer la généralité des termes du texte : *aliéner*, dit la loi, donc les meubles comme les immeubles, puisqu'elle ne distingue pas. D'ailleurs la protection accordée au prodigue ou au faible d'esprit serait souvent tout

(1) Nancy, 24 févr. 1892, D., 92. 2. 233.

à fait insuffisante, si la prohibition d'aliéner sans l'assistance du conseil ne s'appliquait qu'aux immeubles, car toute sa fortune peut consister en meubles. — Pour la négative, on dit que, sans doute, l'expression *aliéner* est générale, mais qu'ici le sens en est précisé par les mots qui suivent « ni grever leurs biens d'hypothèques » ; or il n'y a que les immeubles qui puissent être grevés d'hypothèques (art. 2118) ; donc la loi n'a en vue que les biens immeubles soit pour l'aliénation, soit pour l'hypothèque, qu'elle confond dans une même disposition. On ajoute que le législateur s'est ordinairement inspiré de la maxime *Res mobilis res vilis*, et qu'il est tout naturel qu'ici comme ailleurs il n'ait pas protégé la fortune mobilière à l'égal de la fortune immobilière.

A notre sens, voici la solution qu'il convient de donner à cette question. La personne pourvue d'un conseil judiciaire est, en principe, pleinement capable pour accomplir les actes d'administration ; or il y a des aliénations de mobilier qui rentrent certainement dans le cercle des actes d'administration, et qui par suite n'excèdent pas les bornes de la capacité de la personne placée sous conseil, comme les ventes de récoltes, de vieux ustensiles aratoires à remplacer par des neufs... Quant aux autres ventes de mobilier, le prix moyennant lequel elles seront faites constituera nécessairement un capital ; or la personne soumise à l'autorité d'un conseil judiciaire ne peut pas toucher ce capital ni en donner décharge sans l'assistance de son conseil. Cela implique que l'assistance du conseil est nécessaire aussi pour l'aliénation ; car on ne comprendrait guère que la loi autorisât une aliénation sans l'assistance du conseil, et qu'elle exigeât cette assistance pour en toucher le prix. — A plus forte raison, l'assistance du conseil serait-elle nécessaire pour une aliénation à titre gratuit de mobilier.

6° Grever ses biens d'hypothèques. C'est une conséquence du principe que, pour pouvoir hypothéquer, il faut être capable d'aliéner (art. 2124). Nos articles auraient pu se dispenser de la formuler.

Pour tous les actes qui viennent d'être énumérés, l'assistance du conseil judiciaire est nécessaire et suffisante. En aucun cas, l'autorisation du conseil de famille n'est requise.

1191. Rôle du conseil judiciaire. — Le conseil judiciaire, à la différence du tuteur, ne représente pas la personne soumise à son autorité, dans les divers actes de la vie civile. Sa mission se borne à l'*assister*, et à ce point de vue son rôle ressemble à celui du curateur du mineur émancipé : sa responsabilité est aussi la même.

Assister une personne dans un acte, c'est y participer avec elle, l'aider de sa présence et de ses conseils. *Assister* vient de *sistere ad*. Ce mode de protection est plus complet que celui qui consiste dans une simple autorisation, donnée souvent à la légère et sans une connaissance suffisante de l'acte qu'il s'agit d'accomplir.

La pratique ne se conforme donc ni aux termes de la loi ni à son esprit, quand elle considère comme suffisante pour habiliter la personne placée sous conseil une autorisation écrite donnée par avance. Il est remarquable toutefois qu'en matière judiciaire, c'est-à-dire pour les instances, la jurisprudence ne considère plus l'autorisation comme équivalant à l'assistance, sans doute parce que, nul ne pouvant prévoir les divers incidents d'une instance, il est utile que l'incapable ait constamment auprès de lui son conseil pour l'assister et le diriger (Cass., 1^{er} février 1876, D., 76. 1. 80, S., 76. 1. 153, et Nancy, 24 février 1892, D., 92. 2. 293). Mais le même besoin ne peut-il pas se faire sentir pour

bien des actes extrajudiciaires? En tout cas, les termes de la loi ne contiennent aucune trace de la distinction admise par la jurisprudence.

En supposant que l'autorisation puisse équivaloir à l'assistance, il est certain qu'elle doit être donnée avant que l'acte soit accompli : après, il ne peut plus être question que d'une ratification, et le droit de ratification n'appartient pas au conseil judiciaire. Il est certain aussi que l'autorisation doit être spéciale, c'est-à-dire donnée en vue d'un acte déterminé. De là l'impossibilité pour celui qui est soumis à l'autorité d'un conseil judiciaire de faire le commerce; car il est matériellement impossible que son conseil l'assiste pour chaque emprunt, chaque aliénation, chaque réception de capital..., ces actes étant très fréquents dans la vie commerciale. Cass., 1^{er} août 1860, D., 60. 1. 316, Cass., Belgique 17 oct. 1889, D., 91. 2. 355, et Gand, 20 mars 1890, D., 91. 2. 356.

Supposons que le conseil judiciaire refuse abusivement de prêter son concours au prodigue ou au faible d'esprit. Ce refus peut donner lieu à un recours devant les tribunaux; car il n'est pas admissible que, par son mauvais vouloir, le conseil judiciaire puisse rendre impossible l'accomplissement d'actes qu'exige l'intérêt du prodigue ou du faible d'esprit. Mais le tribunal ne peut pas autoriser lui-même l'acte pour lequel le conseil refuse son concours. Tout ce qu'il peut faire, s'il juge le refus du conseil mal fondé, c'est de lui enjoindre de prêter son assistance et au besoin de procéder à son remplacement (Liège, 12 juillet 1882, D., 84. 2. 200, S., 82. 4. 47) ou de nommer un conseil judiciaire *ad hoc*. Ce conseil *ad hoc* devra prêter son assistance pour l'acte dont il s'agit. Toutefois, si c'est une instance, il demeurera libre de prendre telles conclusions qu'il avisera. Paris. 31 janvier 1888, S., 88. 2. 191, et 25 mars 1890, S., 90. 2. 107.

1192. Les actes accomplis sans l'assistance du conseil judiciaire, dans les cas où elle est requise, sont nuls de droit. C'est en ce sens qu'il faut entendre l'art. 502, dont la disposition est conçue dans des termes beaucoup trop généraux, puisque, prise à la lettre, elle signifierait que tous les actes, quels qu'ils soient, accomplis sans l'assistance du conseil, sont nuls de droit. Il est bien évident que le défaut d'assistance ne peut entraîner la nullité que des actes pour les quels l'assistance est requise. — D'un autre côté, ce principe, bien qu'il ne soit formulé par l'art. 502 qu'à l'égard des personnes pourvues d'un conseil judiciaire en vertu de l'art. 499, est certainement applicable aussi à celles qui en sont pourvues par application de l'art. 513.

En ce qui concerne le sens des mots *nuls de droit* et les caractères de la nullité, voyez *supra* n. 1179 à 1180, et Cass., 27 juin 1884, S., 87. 1. 334.

La nomination d'un conseil judiciaire à un prodigue ou à un faible d'esprit ne produit d'effet que dans l'avenir; à la différence de l'interdiction, elle ne peut jamais exercer son influence dans le passé, c'est-à-dire sur les actes accomplis antérieurement au jugement qui la prononce. En d'autres termes, l'art. 503 n'est pas ici applicable. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point qui ne peut guère faire de doute; car la disposition de l'art. 503 est exceptionnelle, et ne peut, à ce titre, être étendue en dehors de ses termes; or elle ne parle que des actes antérieurs à l'*interdiction* sans ajouter : *ou à la nomination du conseil*, silence d'autant plus significatif que l'article précédent parle à la fois des actes passés *par les interdits* et de ceux passés *par les personnes pourvues d'un conseil judiciaire*. Et toutefois les actes antérieurs au jugement qui prononce la défense de procéder sans conseil, pourraient être annulés, s'ils avaient été accomplis frauduleusement, à une époque où la nomination du conseil judiciaire était imminente, en vue d'éluder

les conséquences de cette nomination. En ce sens, Cass., 25 et 26 juin 1888, D., 89. 1. 59, S., 88. 1. 469, et 5 nov. 1889, S., 91. 1. 407, D., 90. 1. 379.

1193. L'incapacité du majeur pourvu d'un conseil judiciaire se restreint aux actes énumérés par les art. 499 et 513; il conserve donc la capacité du droit commun pour tous les autres actes. Ainsi il peut toucher ses revenus au fur et à mesure des échéances, ordonner toutes sortes de réparations à ses immeubles, les donner à bail pour neuf ans au plus. Il peut aussi prendre des immeubles à bail, faire pour son entretien ou la subsistance de sa famille des achats au comptant ou même à crédit. Et les obligations qu'il contractera à ces divers titres ne pourront pas être réduites en cas d'excès, à la différence de ce qui a lieu pour le mineur émancipé (art. 484). La jurisprudence décide le contraire (Cass., 2 déc. 1885, D., 86. 1. 128, S., 86. 1. 120), mais on l'a accusée, non sans raison d'avoir fait la loi sur ce point. Les art. 499 et 513 ne frappent l'individu placé sous conseil d'incapacité que pour certaines obligations, principalement celles qu'il contracterait comme aliénateur ou emprunteur. Pour les autres il jouit de la capacité du droit commun. Enfin la personne pourvue d'un conseil judiciaire peut aussi, sans l'assistance de son conseil se marier et reconnaître un enfant naturel, ce qui implique la capacité de s'obliger au paiement d'une pension alimentaire à l'enfant (Cass., 26 avril 1887, S., 87. 2. 213), et faire son testament.

La cour de Bruxelles lui reconnaît aussi le droit de faire au profit de son conjoint une donation dans les termes de l'art. 1096. Une semblable donation, qui est essentiellement révocable, est, dit la cour, une donation à cause de mort, au moins lorsque, comme dans l'espèce, elle n'est faite que sous condition de survie. Bruxelles, 3 avril 1886.

1194. Comment cesse la défense de procéder sans l'assistance d'un conseil. Elle cesse par deux causes :

1° La main-levée de cette défense. Elle peut être demandée soit par la personne pourvue d'un conseil, soit par ceux qui auraient pu en provoquer la nomination. La procédure à suivre est la même que pour obtenir la nomination (art. 514).

2° La mort de la personne placée sous conseil. La mort du conseil ou sa démission ne produirait pas le même résultat. Il y a lieu alors de pourvoir au remplacement du conseil. Le tribunal compétent pour statuer sur cet objet est celui-là même qui a nommé le conseil.

APPENDICE

LOI DU 30 JUIN 1838 SUR LES ALIÉNÉS

1195. Le respect de la liberté individuelle est un des principes fondamentaux de notre droit actuel. Sous l'empire du code civil, on violait tous les jours ce principe en ce

qui concerne les aliénés. En effet, bien que l'art. 510 n'autorisât la séquestration des fous qu'après leur interdiction, on séquestrait fréquemment des aliénés non interdits, et l'autorité laissait faire, parce que dans bien des cas une semblable mesure paraissait utile et même nécessaire. Cette pratique, qui était d'une illégalité flagrante et qui pouvait entraîner de nombreux abus par suite de l'absence de toute garantie accordée à ceux que l'on faisait ainsi séquestrer, devait nécessairement amener l'intervention législative. Elle a abouti à la loi du 30 juin 1838, dont les dispositions ont été complétées par une ordonnance du 18 décembre 1839 et par un décret du 28 juillet 1879. La loi contient deux ordres de dispositions bien distinctes : les unes de droit public et administratif, les autres de droit privé. Ces dernières feront seules l'objet de notre étude; elles sont contenues principalement dans les art. 31 à 40 de la loi.

Comme le code civil, la loi du 30 juin 1838 distingue deux catégories d'aliénés : 1° ceux dont l'état est de nature à compromettre l'ordre public ou la sûreté des personnes; 2° ceux dont la folie est inoffensive. Pour les premiers, il y a lieu à un placement *d'office* dans un établissement d'aliénés, ordonné par l'autorité compétente (art. 18 et s.); les seconds peuvent être l'objet d'un placement *volontaire*.

1196. Des diverses mesures de protection établies par la loi en faveur des personnes non interdites placées dans un établissement d'aliénés (1). — Le soin de la personne et la gestion des biens du mineur ou de l'interdit sont confiés à une personne unique, son tuteur. Il n'en est pas de même des individus non interdits placés dans un établissement d'aliénés. La loi leur donne, suivant les circonstances, un curateur, chargé du soin de leur personne, un administrateur provisoire, qui doit veiller à la conservation de leurs biens, ou un mandataire *ad litem*, qui a pour mission de les représenter en justice.

a. Un curateur. Il est chargé de veiller : 1° à ce que les revenus de l'aliéné confié à ses soins soient employés à adoucir son sort et à accélérer sa guérison; 2° à ce qu'il soit rendu au libre exercice de ses droits aussitôt que sa situation le permettra (art. 38 de la loi). Le curateur est donc donné en vue de la personne.

b. Un administrateur provisoire. Pour les aliénés placés dans un établissement public, l'administration provisoire est déléguée de plein droit par la loi aux commissions administratives ou de surveillance de l'établissement. Cette administration est garantie par un privilège sur le cautionnement du receveur de l'établissement (art. 31 al. 3). En ce qui concerne les aliénés placés dans un établissement privé, l'administrateur provisoire est nommé par le tribunal, qui peut, sur la demande des intéressés ou du procureur de la république, et par le jugement même qui nomme cet administrateur, « constituer sur ses biens une hypothèque générale ou spéciale, jusqu'à concurrence d'une somme déterminée » (art. 34 al. 2). Cette hypothèque semi-judiciaire, semi-légale, ne date que du jour de son inscription, qui doit être effectuée par les soins du procureur de la république.

L'administrateur provisoire n'est pas chargé du soin de la personne, mais seulement de l'administration des biens de l'aliéné. Ainsi que son nom l'indique, il ne doit faire que les actes urgents de simple administration : il procédera, dit l'art. 31 al. 1, « au recouvrement des sommes dues à la personne placée dans l'établissement, et à l'acquittement de ses dettes, passera des baux qui ne pourront excéder trois ans, et pourra même, en vertu d'une autorisation spéciale accordée par le président du tribunal civil, faire vendre le mobilier ». Voyez aussi les art. 35 et 36.

c. Un mandataire AD LITEM, chargé de représenter l'aliéné soit dans les procès où il se trouvait engagé lors de son internement, soit dans ceux qui seraient intentés contre lui pendant la durée de son séjour dans l'établissement. En cas d'urgence, le tribunal peut aussi désigner un mandataire spécial pour *intenter* une action soit mobilière, soit immobilière au nom de l'aliéné. Les fonctions de mandataire *ad litem* peuvent être confiées à l'administrateur provisoire (art. 33 de la loi).

Le curateur, l'administrateur provisoire, dans les cas où la loi ne le désigne pas de plein

(1) Voyez à ce sujet trois arrêts de la cour de Paris, rapportés dans Sirey, 92. 2. 185.

droit, et le mandataire *ad litem* sont nommés par le tribunal de première instance du domicile de l'aliéné, sur la demande des personnes désignées dans les art. 32, 33 et 38.

1197. Capacité des personnes non interdites placées dans un établissement d'aliénés. — Aux termes de l'art. 39 de la loi : « *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 ou provoquée, pourront être attaqués pour cause de démence, conformément à l'article 1304 du Code civil. — Les dix ans de l'action en nullité courront, à l'égard de la personne retenue qui a souscrit les actes, à dater de la signification qui lui en aura été faite, ou de la connaissance qu'elle en aura eue après sa sortie définitive de la maison d'aliénés ; — Et, à l'égard de ses héritiers, à dater de la signification qui leur en aura été faite, ou de la connaissance qu'ils en auront eue, depuis la mort de leur auteur. — Lorsque les dix ans auront commencé à courir contre celui-ci, ils continueront de courir contre les héritiers* ».

En l'absence de ce texte, le sort des actes passés par une personne non interdite pendant son séjour dans un établissement d'aliénés, serait demeuré régi par les règles du droit commun, d'après lesquelles les actes accomplis par un fou sont inexistants. Tout intéressé aurait pu invoquer cette inexistence soit par voie d'action, soit par voie d'exception, sous la seule condition de prouver la démence au moment même de l'acte, et sans avoir à redouter aucune prescription, le temps ne pouvant pas confirmer le néant.

Le droit commun donnait peut-être une protection suffisante aux divers intérêts rivaux qui se trouvent ici en présence, et on peut regretter que le législateur ait cru devoir y déroger. Il est peu probable d'ailleurs qu'il se soit rendu un compte exact de la portée de la dérogation qu'il établissait, car à cette époque la théorie des actes inexistants et des actes simplement nuls ou annulables (cpr. *supra* n. 496) n'avait pas encore commencé à pénétrer dans la pratique.

Il résulte très nettement de l'art. 39, dont nous venons de transcrire le texte, que les actes passés par une personne non interdite retenue dans un établissement d'aliénés durant son séjour dans cet établissement ne sont pas inexistants mais simplement nuls ou annulables, et encore sous la condition qu'ils aient été accomplis en état de démence.

De là il suit :

1^o Que certaines personnes seulement peuvent se prévaloir de la nullité, savoir l'aliéné ou ses représentants (arg. art. 1125).

2^o Que la nullité est susceptible de se couvrir, notamment par la prescription de dix ans (art. 1304).

A ce double point de vue, la situation de la personne non interdite placée dans un établissement d'aliénés est la même que celle de l'interdit.

Voici où les deux situations diffèrent :

a. Les actes passés par un interdit sont *nuls de droit* (art. 502). Celui qui invoque la nullité n'a qu'une chose à prouver, savoir que l'acte attaqué a été passé durant l'interdiction. La loi présume que l'interdit est dans un état d'insanité d'esprit permanent. Au contraire, celui qui se prévaut de la nullité d'un acte passé par une personne non interdite pendant son séjour dans un établissement d'aliénés doit prouver la démence au moment même de l'acte. Il ne lui suffirait même pas de prouver qu'à ce moment l'auteur de l'acte était dans un état habituel et notoire de démence. L'art. 503 ne contredit pas cette solution. Ce texte, dérogeant au droit commun, n'est pas susceptible d'une interprétation extensive. Il parle des actes *antérieurs à l'interdiction*, et ne peut par suite être appliqué aux actes passés par une personne qui n'a jamais été interdite.

b. Les dix ans à l'expiration desquels l'action en nullité est prescrite, courent, pour les actes passés par un interdit, à dater de la cessation de l'interdiction (art. 1304). L'art. 39 de la loi de 1838 détermine le point de départ de la prescription d'après d'autres vues, quand il s'agit des actes passés par une personne non interdite durant son séjour dans un établissement d'aliénés. Les dix ans de l'action en nullité ne courent pour chaque acte qu'à compter de la signification qui en aura été faite, soit à l'aliéné après sa sortie de l'établissement, soit à ses héritiers après sa mort, ou à partir du jour où l'aliéné ou ses

héritiers auront eu connaissance de l'acte. Disposition excellente ; car autrement la prescription aurait pu s'accomplir sans que les intéressés eussent les moyens de l'interrompre, à raison de leur ignorance. On peut regretter que notre loi n'accorde pas la même protection à l'interdit ou à ses représentants. Souvent il arrivera qu'un interdit ignorera l'existence d'un acte par lui passé durant son interdiction ; ses héritiers l'ignoreront plus fréquemment encore ; et alors, au bout de dix ans depuis la cessation de l'interdiction, ils subiront les conséquences d'une prescription qu'ils n'ont jamais pu conjurer. Quand on leur révélera l'existence de l'acte et qu'on en demandera l'exécution contre eux, il ne sera plus temps de l'attaquer.

1197 bis. Rappelons, en terminant, le texte de l'art. 8 de la loi du 27 février 1880, ainsi conçu : « Les dispositions de la présente loi sont applicables aux valeurs mobilières » appartenant aux mineurs et aliénés placés sous la tutelle, soit de l'administration de » l'assistance publique, soit des administrations hospitalières. — Le conseil de surveillance » de l'administration de l'assistance publique et les commissions administratives rempli- » ront à cet effet les fonctions attribuées au conseil de famille. — Les dispositions de la » présente loi sont également applicables aux administrateurs provisoires des biens des » aliénés, nommés en exécution de la loi du 30 juin 1838 ».

LIVRE II

DES BIENS ET DES DIFFÉRENTES MODIFICATIONS DE LA PROPRIÉTÉ

1198. Le livre premier du code civil s'est occupé des personnes. Le livre deuxième va traiter des choses ou biens. Il détermine d'abord les diverses espèces de biens (titre I), puis les droits divers dont les biens sont susceptibles (titres II, III et IV).

Suivant les jurisconsultes romains, disent MM. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, le droit s'applique à trois objets : les personnes, les choses et les actions. *Omne jus quo utimur vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones.* Cette division repose sur des notions qui sont de tous les temps et de tous les pays ; et si elle n'est pas reproduite par le code civil, c'est parce que la procédure, qui chez nous correspond assez exactement aux actions du droit romain, est en droit français l'objet d'un code particulier. Ainsi le code civil n'a que deux objets : les personnes, dont il a été traité dans le premier livre, et les choses, dont s'occupent le second et le troisième livre. Il faut même remarquer que le code ne traite pas des choses en général ; s'il mentionne celles qui n'appartiennent à personne (art. 714), c'est uniquement pour renvoyer à des lois spéciales qui règlent la manière dont chacun peut en user, et quelquefois même se les approprier (art. 714, 715 et 717). Ces matières sont dans le domaine du droit administratif ; le code ne s'occupe que des choses qui, se trouvant *in bonis alicujus*, prennent la dénomination spéciale de BIENS.

1199. Des divers droits que nous pouvons avoir sur les choses ou biens. — Les droits, que nous pouvons avoir sur les choses ou biens, se divisent en droits *réels* et droits *personnels*. Cette distinction, qui tient à la nature même des droits, est fondamentale ; on la retrouve dans toutes les législations.

1200. Définition du droit réel. — Le droit *réel* est celui que nous avons directement et immédiatement sur une chose. C'est un droit dans la chose, *jus in re*, en vertu duquel, comme le dit Pothier, cette chose nous appartient *au moins à certains égards* : ce qui signifie que nous avons sur cette chose ou un droit de propriété, ou un démembrement de la propriété, tel qu'un droit d'usufruit, de servitude.

On ne trouve dans le droit réel que deux éléments :

1° Une personne, sujet actif du droit, titulaire du droit, par exemple le propriétaire dans le droit de propriété ;

2° Une chose objet du droit.

Pas d'intermédiaire entre le titulaire du droit et la chose qui en est l'objet. C'est à cause de l'intimité qui existe entre le sujet actif du droit et son objet, *res*, que le droit lui-même est appelé réel, *jus in re*.

Les droits réels peuvent être divisés en deux classes :

1° Droits réels *proprement dits*, se subdivisant en droits *principaux*, tels que le droit de propriété, d'usufruit, et droits *accessoires*, comme le gage et l'hypothèque. Les premiers ont une existence indépendante, *per se consistunt*. Les seconds ne peuvent se concevoir que rattachés à un autre droit, sans lequel ils ne sauraient subsister, à un droit de créance dans les deux exemples que nous venons de proposer, le gage et l'hypothèque.

2° Droits réels *improprement dits*, qui sont ceux relatifs à l'état des personnes. Exemple les droits constitutifs de la nationalité, de la qualité d'enfant légitime ou naturel.... Ces droits sont protégés par des actions analogues à celles qui protègent les droits réels proprement dits. On les appelait en droit romain *actions préjudicielles*.

1201. Définition du droit personnel. — Le droit *personnel* ou droit de créance, *jus ad rem*, a une nature plus compliquée. C'est le droit que nous avons contre une personne déterminée, et qui nous permet d'exiger d'elle la prestation d'une chose ou l'accomplissement d'un fait.

La prestation d'une chose. Ainsi je vous prête mille francs que vous vous engagez à me restituer dans six mois : c'est le prêt de consommation. J'acquies contre vous par ce contrat un droit *personnel*, en vertu duquel je pourrai exiger de vous à l'époque convenue le paiement d'une somme égale à celle que je vous ai prêtée. Ici mon droit a bien une chose pour objet, comme il arrive pour le droit réel, mais il n'existe qu'*indirectement et médiatement* sur cette chose, car pour l'obtenir je suis obligé de m'adresser à mon débiteur, à vous, tandis que cet intermédiaire est supprimé dans le droit réel qui existe directement et immédiatement sur la chose.

L'accomplissement d'un fait. Ainsi vous vous engagez envers moi à faire un voyage dans mon intérêt ou à abattre sur votre terrain un arbre qui gêne ma vue ; j'acquies contre vous un droit *personnel* en vertu duquel je pourrai exiger l'accomplissement du fait promis.

L'analyse fait découvrir dans le droit personnel trois éléments ; il est donc, ainsi que nous l'avons annoncé, plus compliqué que le droit réel dans lequel on n'en rencontre que deux. Ces trois éléments sont :

1° Une personne, sujet actif du droit, que l'on appelle le *créancier*, *creditor*, parce qu'il a eu confiance dans le débiteur, il a suivi sa foi, *credidit* ; d'où le nom de droits de *créance* qu'on donne souvent aux droits personnels.

2° Une autre personne, sujet passif du droit, le débiteur, *debitor, is qui debet* : il est tenu de procurer au créancier le bénéfice du droit.

3° Enfin une chose ou un fait, objet du droit.

1202. Comparaison du droit réel et du droit personnel. —

On voit qu'il existe dans le droit personnel, entre le titulaire du droit et l'objet du droit, un intermédiaire qui ne se rencontre pas dans le droit réel. Cet intermédiaire, c'est le débiteur. Aussi l'énoncé d'un droit personnel est-il plus compliqué que celui d'un droit réel. J'énoncerai clairement un droit réel en disant : Je suis propriétaire de telle chose ; J'ai un droit d'usufruit ou un droit de servitude sur telle chose. Tandis que j'énoncerais d'une manière incomplète un droit personnel en disant : Je suis créancier de telle chose, de telle somme d'argent par exemple. Créancier de qui ? Tout dépend de là. Ma créance sera excellente si le débiteur est d'une solvabilité à toute épreuve ; elle représentera une non-valeur, si le débiteur est insolvable. Il faut donc nécessairement indiquer la personne du débiteur, dire par exemple : J'ai une créance de 1,000 fr. *contre Paul*.

Nous trouvons cette différence, entre l'énoncé du droit réel et celui du droit personnel, parfaitement soulignée dans l'*intentio* des diverses formules d'actions du droit romain. L'*intentio* de la formule d'une action réelle était ainsi conçue : *Si paret hominem ex jure Quiritium Auli Agerii esse*. Bien différente était l'*intentio* de la formule d'une action personnelle : *Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem millia dare oportere*. Dans la première, on n'indique que le sujet actif du droit (demandeur) et la chose objet du droit. Dans la seconde, on voit figurer en outre le nom du sujet passif du droit (débiteur, défendeur). Celle-ci est conçue *in personam*, c'est-à-dire contre une personne déterminée, celle-là *in rem*, c'est-à-dire *generaliter* : d'où les dénominations d'actions *in personam*, actions *in rem*.

1203. Bien d'autres différences existent entre le droit réel et le droit personnel.

1° Le droit réel a nécessairement pour objet une chose. Le droit personnel peut avoir pour objet soit une chose, soit un fait.

2° Le droit réel suppose nécessairement une chose déterminée. Comment un droit *dans la chose, jus in re*, pourrait-il exister sur une chose indéterminée ? Au contraire le droit personnel, *jus ad rem*, peut s'appliquer à une chose indéterminée. Ainsi je vous vends 20 hectares de terre à prendre dans mon domaine de N. qui en contient 500 ; vous ne deviendrez propriétaire que lorsque le terrain qui doit vous être livré en exécution de la vente aura été déterminé d'un commun accord. Jusque-là vous n'aurez contre moi qu'un droit personnel, *jus ad rem*, à l'effet de me forcer à exécuter mon obligation. Pour pouvoir s'affirmer propriétaire, il faut nécessairement pouvoir dire : Voilà ce qui est à moi, *aito hanc rem esse meam* ; or cela est impossible s'il s'agit d'une chose indéterminée.

3° Le droit réel est *absolu*, il existe *erga omnes*. L'action qu'il engendre (action *réelle*) peut s'exercer contre le premier venu. Toute personne quelle qu'elle soit, qui mettra obstacle à l'exercice du droit, sera passible de cette action, sans qu'il soit possible de dire à l'avance quelle sera cette personne ; l'adversaire futur est donc indéterminé. Au contraire le droit personnel est *relatif*. L'action qu'il engendre (action *personnelle*) ne pourra s'exercer, le cas échéant, que contre une personne déterminée et connue à l'avance, le sujet passif du droit, le débiteur ou ses représentants.

Pour bien comprendre cette différence, il faut savoir que tout droit soit personnel, soit réel a pour sanction une action en justice. L'action est le moyen accordé par la loi pour faire reconnaître judiciairement le droit quand il est contesté et en obtenir l'exécution : c'est le droit de poursuivre en justice ce qui nous appartient (action réelle) ou ce qui nous est dû (action personnelle). A bien prendre, l'action se confond avec le droit d'où elle dérive : c'est le droit lui-même à l'état de lutte, à l'état de guerre, le droit exercé en justice. Eh bien ! la différence que nous venons de signaler se réduit à ceci : Par l'action *réelle*, qui sert de sanction au droit réel, on poursuit directement la chose même objet du droit, *res non persona convenitur*. C'est la chose elle-même qui devrait être traduite en justice si elle pouvait comparaître et se défendre, et c'est uniquement parce qu'elle ne le peut pas qu'on traduit une personne à sa place. Quelle personne ? Le premier venu, celui, quel qu'il soit, qui, étant en contact avec la chose, empêche l'exercice du droit ; on l'assigne en justice pour l'écartier comme on écarte un obstacle. Autre est l'action personnelle : celui contre qui elle sera intentée, s'il y a lieu, est connu et désigné à l'avance : ce sera le débiteur ou son représentant.

En un mot, l'action *personnelle* est accordée *in personam*, c'est-à-dire contre une personne déterminée, qui se trouve spécialement obligée envers le titulaire du droit. L'action réelle est donnée *in rem*, c'est-à-dire *generaliter* ; elle peut atteindre sans distinction toute personne quelle qu'elle soit qui met obstacle à l'exercice du droit, parce que tous d'une manière générale sont tenus de le respecter ; il existe *adversus omnes*.

4° Le droit réel affecte la chose elle-même, et se trouve par conséquent opposable en principe à tous ceux qui acquerront ultérieurement sur la chose des droits réels de même nature ou de nature différente : ils seront obligés de respecter le droit qui s'était imprimé sur la chose à l'époque où ils sont entrés eux-mêmes en contact avec elle ; la chose ne peut plus s'offrir à eux que sous la réserve des droits réels dont elle est grevée. Ainsi, propriétaire d'un immeuble, je le greève d'un droit d'usufruit au profit de Paul, puis je le vends à Pierre. Ce dernier devra respecter le droit d'usufruit antérieurement concédé à Paul (1). Au contraire, le droit personnel n'empêche pas celui qui s'est obligé de s'obliger encore de la même manière et avec la même étendue envers d'autres ; et, si la somme des obligations qu'une même personne a contractées excède la valeur de ses biens, les créanciers dont les droits sont plus anciens n'auront pas en principe de préférence sur ceux dont les droits sont plus récents (art. 2092 et 2093). La raison en est que tous les créanciers ont acquis un droit de même nature contre la personne de leur débiteur, et cette personne répond de la même manière envers les uns et les autres. Si donc le débiteur ne peut faire face à tous ses engagements, tous ses créanciers partageront le même sort : on répartira entre eux le prix des biens du débiteur commun au marc le franc de leurs créances respectives, c'est-à-dire proportionnellement au montant de ces créances.

En un mot le droit réel emporte avec lui le droit *de préférence*. Celui qui acquiert un droit réel sur une chose sera préféré (pourvu qu'il se conforme aux prescriptions de la loi pour la conservation de son droit) à tous autres qui acquerront sur la chose d'autres droits réels de même nature ou de nature différente. Tandis que le droit personnel n'emporte pas le droit de préférence. Le premier créancier ne sera pas préféré à ceux qui viendront après. A moins bien entendu qu'il n'ait une cause légitime de préférence, privilège ou hypothèque (art. 2094) ; mais alors précisément le droit personnel est doublé d'un droit réel, et c'est le droit réel (privilège ou hypothèque) qui entraîne la préférence.

Le droit réel, qui entraîne le droit de préférence, est en outre armé du droit *de suite*, en vertu duquel le titulaire du droit peut poursuivre entre les mains du détenteur, quel qu'il soit, la chose objet de son droit, en vue de parvenir à exercer ce droit. En matière mobilière toutefois le droit de suite n'est admis qu'exceptionnellement. V. art. 2279. Au contraire le droit personnel n'entraîne jamais le droit de suite.

Observation. — Quelquefois l'expression *droit personnel* est employée dans un sens tout différent de celui qui vient d'être indiqué : on s'en sert pour désigner, soit un droit qui meurt avec le titulaire et qui est par suite intransmissible à ses héritiers, comme le

(1) Sauf toutefois la question de transcription.

droit d'usufruit, soit un droit exclusivement attaché à la personne du titulaire, c'est-à-dire un droit qui n'est pas susceptible d'être exercé par ses créanciers agissant de son chef en vertu de l'art. 1166, comme le droit à une pension alimentaire, le droit de demander le divorce ou la séparation de corps, etc.

1204. A proprement parler, il n'y a de biens que les droits que nous pouvons avoir sur les choses (1) soit immédiatement, ce qui est le cas du droit réel, *jus in re*, soit médiatement, ce qui est le cas du droit personnel, *jus ad rem* (*supra* n. 1199). Les choses nous apparaissent donc comme étant les objets, la matière des droits ou biens, et non comme étant les biens eux-mêmes. Cette distinction a été nettement établie par le législateur pour tous les droits autres que le droit de propriété (v. art. 526). Mais en ce qui concerne ce dernier, il paraît l'avoir confondu, d'après une tradition bien des fois séculaire, puisqu'elle remonte jusqu'au droit romain, avec la chose même sur laquelle ce droit porte, et il a été ainsi conduit à considérer les choses comme des biens, en tant qu'elles sont l'objet d'un droit de propriété. C'est ce qui résulte des art. 517 et suivants et 528, qui considèrent comme des *biens* toutes les choses immobilières ou mobilières sur lesquelles nous avons un droit de propriété. Cette confusion trouve son excuse, sinon sa justification, dans cette considération, que le droit de propriété, étant le droit le plus complet qu'on puisse avoir sur une chose, puisque c'est un droit absolu et exclusif, peut paraître s'identifier avec la chose elle-même. On a été ainsi conduit à dire *brevitatis causa* : cette chose est à moi, c'est mon bien, au lieu de dire : j'ai un bien consistant en un droit de propriété sur telle chose.

Le législateur ayant ainsi identifié le droit de propriété avec la chose sur laquelle il porte, et cette chose étant corporelle, il en résulte qu'il a considéré le droit de propriété comme un droit corporel : ce qui, pour être renouvelé de chez les Romains, n'en est pas moins un non-sens.

TITRE PREMIER

De la distinction des biens.

1205. On désigne dans le langage traditionnel sous le nom de *biens*, toutes les choses, qui, pouvant procurer à l'homme une certaine utilité, sont susceptibles d'appropriation privée.

Le mot *bien* paraît être dérivé du latin *bonum*, qui signifie *bonheur, bien-être*. *Bona dicuntur ex eo quod beant, hoc est beatos faciunt; beare est prodesse*, dit la loi 49 D. *De V. S.* Il est certain en effet que, si la fortune ne suffit pas à assurer le bonheur, elle y contribue du moins dans une large mesure.

L'ensemble des biens constitue le *patrimoine*.

Il ne faut pas confondre les biens avec les choses : ils s'en distinguent comme l'espèce se distingue du genre : Tous les biens en effet sont des choses ; mais toutes les choses ne sont pas des biens. On désigne sous le nom de *chose* tout ce qui existe dans la nature. Parmi les choses, il n'y a que celles susceptibles d'appropriation qui soient des biens. Ainsi le soleil, l'air, la mer sont des choses, et des

(1) Les droits qui n'ont pas des choses ou des faits pour objets, comme le droit de liberté et tous les droits relatifs à l'état des personnes, ne doivent pas être considérés comme des biens, il n'y a pas lieu par conséquent de se demander si ces droits sont meubles ou immeubles, car cette division ne s'applique qu'aux biens.

choses indispensables à l'homme; mais ce ne sont pas des biens, parce que nul n'en peut devenir propriétaire exclusif.

Le législateur et les jurisconsultes emploient souvent le mot *chose* comme synonyme de *bien*, parce que, au point de vue juridique, les choses sont principalement envisagées quant aux droits privatifs dont elles peuvent être l'objet, et non eu égard à l'utilité que les hommes en général peuvent en retirer.

1206. Notre loi ne formule qu'une seule distinction des biens, qui est indiquée par l'art. 516, ainsi conçu : « *Tous les biens sont meubles ou immeubles* ». Mais de nombreuses dispositions du code civil supposent l'existence d'autres divisions des biens. Voici les principales :

1° Biens corporels, biens incorporels. — Les biens *corporels* sont ceux qui peuvent tomber sous nos sens, et principalement sous celui du toucher, comme une maison, un vêtement, des denrées. Les biens *incorporels* sont ceux qui ne peuvent pas tomber sous nos sens : nous ne pouvons les toucher qu'avec notre intelligence. Tous les droits sont des choses incorporelles : par exemple le droit d'usufruit, le droit de servitude. Sans doute l'objet du droit peut être corporel, et il l'est le plus souvent : ainsi le droit de servitude portera sur un fonds de terre ou sur un bâtiment, par conséquent sur une chose corporelle; mais le droit lui-même est incorporel.

Rationnellement cette règle s'applique au droit de propriété comme à tous les autres droits; mais nous savons que le législateur, identifiant la chose objet du droit de propriété avec le droit de propriété lui-même, paraît considérer ce droit comme étant corporel (*supra* n. 1204).

La distinction des biens en corporels et incorporels présente notamment de l'importance au point de vue de la règle *En fait de meubles la possession vaut titre* (art. 2279), qui n'est applicable qu'aux meubles corporels.

2° Biens consommables et biens non consommables. — Parmi les biens corporels, il y en a qui se consomment par le premier usage que l'on en fait (*quorum usus in abusu consistit*), soit naturellement, comme les vins, les grains, l'huile, les liqueurs et toutes les choses de consommation, soit civilement, comme l'argent monnayé. Ces biens sont dits *consommables*. On leur oppose les biens *non consommables* qui résistent à un usage plus ou moins prolongé, comme une maison, un vêtement... Cette distinction présente surtout de l'importance au point de vue de l'usufruit : les biens qui ne se consomment pas par le premier usagé sont seuls susceptibles d'un droit d'usufruit proprement dit (*infra* n. 1306).

3° Biens fongibles, biens non fongibles. — Les choses *fongibles* sont celles qui, d'après l'intention des parties, peuvent être exac-

tement et identiquement remplacées par d'autres semblables, *quarum una alterius vice fungitur* (d'où le mot *fongibles*) : dans la pensée des parties, l'une de ces choses vaut l'autre. — Les choses *non fongibles*, au contraire, sont celles qui, d'après l'intention des parties, sont considérées en elles-mêmes et ne sauraient être remplacées par d'autres de même nature.

C'est donc l'intention des parties qui fait la fongibilité ou la non-fongibilité; de sorte qu'une même chose peut, suivant les circonstances, c'est-à-dire suivant la volonté des parties, être, tantôt fongible, tantôt non fongible. Ainsi je prête mon code à un ami sur sa demande. Ici le livre prêté sera chose non fongible, notre intention commune ayant été que la restitution se fit en nature, *in specie*, et non par équipollent. C'est donc le code que j'ai prêté qui devra m'être restitué, le même exemplaire et non un autre à la place; je puis avoir des motifs pour y tenir, par exemple parce que je l'ai annoté. Nous sommes dans l'hypothèse du prêt à usage qu'on peut définir : le prêt ayant pour objet une chose non fongible. Cpr. art. 1875. Au contraire, voici un libraire qui, n'ayant pas en magasin le livre qu'un client lui demande, en emprunte un exemplaire à un confrère pour ne pas manquer la vente. Cette fois le livre prêté sera chose fongible : l'emprunteur devra restituer un exemplaire semblable à celui qu'il a reçu, non-le même exemplaire; car telle a été évidemment l'intention commune des parties, révélée par les circonstances dans lesquelles a été fait l'emprunt. Nous sommes dans l'hypothèse du prêt de consommation qui n'est autre que le prêt d'une chose fongible. Cpr. art. 1892. De même, si je vous prête quatre pièces de cinq francs pour jouer au bouchon, c'est un prêt à usage; si je vous prête ces mêmes pièces pour payer une dette criarde, c'est un prêt de consommation.

La fongibilité ou la non-fongibilité, résultant de l'intention des parties, il devient fort important de connaître cette intention. Comment y parviendra-t-on? Quand les parties se seront expliquées, il n'y aura pas de difficulté. Si elles ont gardé le silence, leur intention sera révélée par les circonstances de la cause. La plus significative entre toutes consiste dans la nature même de la chose objet du contrat. Presque toujours les parties auront considéré cette chose comme fongible, lorsqu'elle sera de celles qui se consomment par le premier usage. Presque toujours, au contraire, elles l'auront considérée comme non fongible, si elle n'est pas susceptible de se consommer par le premier usage. C'est pour cela qu'on est tenté de confondre la distinction des choses fongibles et non fongibles avec celle des choses consommables et non consommables. Mais il faut se mettre en garde contre cette tendance. C'est la *nature de la chose* qui fait qu'elle se consomme ou ne se consomme pas par le premier usage; tandis que c'est l'*intention des parties* qui fait la fongibilité ou la non-fongibilité, et la nature de la chose n'est qu'une des circonstances qui peuvent faire découvrir cette intention. Il peut donc arriver que la volonté des parties rende fongible une chose qui ne se consomme pas par le premier usage, comme dans l'exemple du libraire, cité tout à l'heure; et en sens inverse, la volonté des

parties peut rendre non fongible une chose consommible, comme si je prête à un changeur des pièces de cent francs en or, qui sont devenues rares, pour qu'il les mette en montre aux yeux des passants, *ad pompam et ostentationem*, avec charge de me les restituer *in specie* au bout d'un certain temps.

4° *Choses principales et choses accessoires.* — Les premières ont une existence propre et indépendante; exemple : un fonds de terre. Les secondes sont considérées comme une partie subordonnée de la chose principale. Il en est ainsi notamment des fruits pendans par branches ou par racines : ils sont accessoires par rapport au fonds qui leur donne la vie. Ordinairement l'accessoire suit le sort du principal. *Accessorium sequitur principale.*

5° *Biens considérés comme objets particuliers (singulæ res)*, exemple : une maison, et *biens considérés comme universalité (universæ res, universitas)*, par exemple une hérédité.

1207. Revenons à la distinction du code civil. « *Tous les biens* » sont meubles ou immeubles », dit l'art. 516. Les biens immeubles sont ceux qui sont voués à l'immobilité, comme un fonds de terre. Les biens meubles sont ceux qui peuvent être transportés d'un lieu dans un autre, par exemple une table, un billard. Telle est du moins l'idée la plus générale qu'on puisse donner du sens de cette distinction; car nous verrons que la loi attribue le caractère d'immeubles à des biens susceptibles d'être transportés, et que, d'autre part, elle attribue le caractère soit de meubles, soit d'immeubles à des biens qui sembleraient devoir échapper à notre distinction parce qu'ils sont incorporels.

La distinction des biens en meubles et en immeubles domine tout notre droit; on peut la considérer comme étant la *summa divisio rerum*. Elle présente particulièrement de l'importance sous les points de vue suivants :

1° Aux termes de l'art. 3 al. 2 : « Les immeubles, même ceux » possédés par des étrangers, sont régis par la loi française ». On a vu (*supra* n. 78) qu'il n'en est pas toujours ainsi des meubles.

2° Les immeubles sont susceptibles d'hypothèques; les meubles n'en sont pas susceptibles (art. 2118 et 2119), sauf l'exception introduite par une loi récente relativement aux navires.

3° La saisie des meubles entraîne moins de complications, moins de lenteurs et moins de frais que la saisie des immeubles.

4° Quand un testateur a légué ses meubles à l'un et ses immeubles à l'autre, il est nécessaire de savoir quels biens sont meubles et quels autres immeubles, pour déterminer les droits de chaque légataire.

5° Le tribunal compétent pour connaître d'une contestation, varie suivant que l'on est en matière mobilière ou en matière immobilière. En matière mobilière, le tribunal compétent est celui du domicile du défendeur; en matière immobilière, c'est au contraire le tribunal de la situation de l'immeuble litigieux (C. pr. art. 59).

6° Les ventes d'immeubles sont rescindables pour cause de lésion de plus de sept douzièmes au préjudice du vendeur (art. 1674). Cette cause de rescision n'est pas applicable aux ventes de meubles.

7° Les meubles tombent dans la communauté qui s'établit entre époux (art. 1401-1°). Les immeubles au contraire en sont exclus en principe (art. 1404).

8° La propriété des immeubles ne se transmet pas à l'égard des tiers de la même manière que celle des meubles. V. C. civ., art. 939 et 1141, et loi du 23 mars 1855, art. 3.

9° Les règles de la prescription ne sont pas les mêmes pour les meubles et pour les immeubles. En général la prescription des meubles corporels s'accomplit instantanément (art. 2279), tandis que la loi exige toujours un délai plus ou moins long pour la prescription des immeubles (art. 2262 et 2265).

10° Les droits fiscaux auxquels donne lieu l'aliénation des meubles sont moins élevés que ceux qu'entraîne l'aliénation des immeubles.

1208. D'une manière générale, on peut remarquer que le législateur du code civil a protégé la fortune immobilière beaucoup plus que la fortune mobilière. Notre ancien droit avait fait de même : les immeubles y étaient considérés comme constituant de beaucoup la partie la plus importante et la plus résistante du patrimoine des particuliers. Quant à la fortune mobilière, elle était l'objet d'une sorte de dédain, à cause de son peu d'importance, ainsi que l'atteste la maxime *Res mobilis res vilis* (les rentes étaient alors immobilières). Nous sommes loin aujourd'hui de cet état de choses. La fortune mobilière a acquis pendant le cours de ce siècle un développement que nul n'aurait pu prévoir. Devenue ainsi par son importance la rivale de la fortune immobilière, elle sera peut-être bientôt son égale, et l'avenir lui réserve probablement le premier rang, l'augmentation de la fortune mobilière étant sans limites, tandis qu'il n'en est pas ainsi de l'augmentation de la fortune immobilière. Nous trouvons cependant encore aujourd'hui dans le code civil un certain nombre de dispositions qui ne sont qu'un écho de la maxime *Res mobilis res vilis*, maxime déjà vieillie en 1804 et aujourd'hui complètement surannée.

La nature mobilière ou immobilière des biens est déterminée par la loi, et la volonté des parties ne peut pas changer cette nature contrairement aux dispositions de la loi. Besançon, 13 avril 1892, D., 92. 2. 551.

CHAPITRE PREMIER

DES IMMEUBLES

1209. Aux termes de l'art. 517 : « *Les biens sont immeubles, ou par leur nature, ou par leur destination, ou par l'objet auquel ils s'appliquent* ». A ces trois classes d'immeubles, il y a lieu d'en ajouter une quatrième : les immeubles par la détermination de la loi.

§ I. Immeubles par leur nature.

1210. L'énumération des immeubles par leur nature est contenue dans les art. 518, 519, 520, 521 et 523. Elle comprend : 1° les fonds de terre ; 2° les bâtiments ; 3° les moulins fixés sur piliers ou faisant partie d'un bâtiment ; 4° les récoltes pendantes par branches ou par racines et les semences confiées au sol ; 5° les tuyaux servant à la conduite des eaux dans une maison ou autre héritage.

1211. I. FONDS DE TERRE. « *Les fonds de terre et les bâtiments*

» sont immeubles par leur nature », dit l'art. 518. L'expression *fonds de terre* comprend ce que nos anciens désignaient sous la dénomination de *fonds et tréfonds*. Le fonds, c'est le dessus, c'est-à-dire la surface du sol nu de constructions (les constructions constituent la *superficie*); le tréfonds, c'est le dessous, c'est-à-dire l'intérieur du sol avec ses divers éléments, sable, pierre, argile, minerais...

Les mines font donc partie du fonds qui les recèle et appartiennent par suite au propriétaire de ce fonds. Toutefois, il résulte de la loi du 21 avril 1810 que, lorsqu'une mine est concédée, elle forme une propriété immobilière distincte du fonds où elle se trouve. A ce titre, elle peut être cédée séparément du fonds, et grevée d'une hypothèque distincte. V. les art. 6 à 8 de la loi précitée et *infra* n. 1281.

1212. II. BATIMENTS. Les matériaux avec lesquels on construit les bâtiments sont, au moment où on les emploie, chose essentiellement mobilière. Ils deviennent immeubles au fur et à mesure de leur incorporation dans un édifice. Car l'édifice dont ils forment désormais une partie intégrante est lui-même immeuble, comme partie intégrante du sol, dont on ne peut plus le séparer sans le détruire, ou tout au moins en qualité d'accessoire du sol. *Omne quod solo inædificatur solo cedit*, dit la loi romaine. Par où l'on voit que les bâtiments sont immeubles par incorporation ou accession plutôt que par nature : il n'y a de tels, à proprement parler, que les fonds de terre.

La loi ne définit pas le *bâtiment* ; de là quelques difficultés. Cette dénomination comprend certainement toutes les constructions adhérant au sol par fondements ou par pilotis. Mais non, à notre avis les constructions qui sont simplement posées sur le sol. Ainsi les baraques faites en temps de foire, les cabines destinées aux baigneurs..., ne sont pas immeubles.

D'ailleurs, il n'est pas nécessaire, pour qu'un bâtiment soit immeuble, qu'il ait été incorporé au sol à perpétuelle demeure. Des constructions sur fondements ou sur pilotis, bien que faites pour un temps limité, par exemple pour la durée d'une exposition, n'en seraient pas moins immeubles. C'est du moins ce que l'on peut induire de l'art. 520 duquel il résulte que les plantations sont immeubles, bien que leur incorporation au sol soit, par la nature même des choses, essentiellement temporaire.

* De là il suit qu'il n'est pas nécessaire que des constructions soient élevées par le propriétaire d'un terrain pour être immobilières. Ainsi les constructions faites par un usufruitier seraient certainement immobilières, bien qu'il ne les ait faites, selon toute vraisemblance, que pour la durée de son usufruit. Il en serait de même des constructions élevées par un fermier, quoiqu'il n'ait qu'un droit temporaire sur le fonds, et qu'il ait dû sans doute construire en vue de la durée de sa jouissance seulement. L'immobilisation des constructions résulte d'un fait matériel, leur incorporation au sol, et il importe peu que ce fait matériel soit réalisé par le propriétaire ou par un tiers. Les constructions faites par le fermier deviennent la propriété du maître du fonds par droit d'accession (arg. art. 555). Quelquefois une clause du bail donne au fermier le droit de construire, et de devenir propriétaire des constructions pour la durée du bail. C'est un droit de propriété temporaire, et un droit immobilier puisqu'il s'applique à un immeuble. Le fermier pourra donc l'hypothéquer (arg. art. 2118). Il pourra aussi le vendre, et la vente devra être considérée soit au point de vue fiscal (droits de mutation), soit au point de vue civil (transcrip-

tion, rescision) comme une vente immobilière. La jurisprudence est en ce sens. Paris, 1^{er} mars 1889, D., 91. 2. 38. La doctrine est en sens contraire.

L'immobilisation des constructions dérivant de leur incorporation au sol, il en résulte que, quand cette incorporation cessera par la démolition de l'édifice, les matériaux reprendront la nature mobilière qu'ils avaient auparavant (art. 532).

1213. III. MOULINS FIXÉS SUR PILIERS OU FAISANT PARTIE D'UN BÂTIMENT. — On lit à ce sujet dans l'art. 519 : « *Les moulins à vent ou à eau fixés sur piliers et faisant partie du bâtiment, sont aussi immeubles par leur nature* ».

Ce texte paraît exiger deux conditions pour qu'un moulin soit immeuble, savoir : 1^o qu'il soit fixé sur piliers ; 2^o qu'il fasse partie d'un bâtiment. Mais sur ce point il est en contradiction avec l'art. 531, qui ne déclare les moulins meubles que quand nos deux conditions manquent à la fois : ce qui revient à dire que, si l'une d'elles existe, le moulin sera immeuble. Dans l'incertitude où nous laissent les textes, il faut recourir aux principes ; or les principes donnent raison à l'art. 531. En effet, quand les moulins sont fixés sur piliers en maçonnerie sans faire partie d'un bâtiment, ils adhèrent au sol, ce qui suffit pour les rendre immeubles. D'autre part, quand ils font partie d'un bâtiment sans être fixés sur piliers, ils empruntent la nature du bâtiment dont ils sont une dépendance, et sont immeubles au même titre que lui. Une des deux conditions indiquées par l'art. 531 suffit donc pour qu'un moulin soit immeuble, et il faut par conséquent substituer dans l'art. 519 la disjonctive *ou* à la conjonctive *et*. On est d'accord sur ce point.

1214. IV. RÉCOLTES PENDANTES PAR BRANCHES ET PAR RACINES ET SEMENCES CONFIEES AU SOL. — « *Les récoltes pendantes par les racines et les fruits des arbres non encore recueillis, sont pareillement immeubles* » (art. 520 al. 1).

De même que les bâtiments, les récoltes pendantes par branches ou par racines sont immeubles plutôt par leur incorporation au sol que par leur nature. La terre, on l'a fort bien dit, immobilise tout ce à quoi elle donne la vie, les arbres et leurs fruits, les récoltes de toute nature. *Fructus pendentes pars fundi esse videntur*, dit la loi romaine.

Cette règle, dans sa généralité, s'applique même aux arbres des pépinières.

Quant aux plants qui auraient été mis provisoirement en dépôt dans le sol, en attendant leur vente ou leur transplantation, ils ne doivent pas être considérés comme immeubles, car ils ne sont pas incorporés au sol, qui les abrite plutôt qu'il ne les nourrit. Nous en dirions autant des arbres plantés dans des caisses, alors même que ces caisses auraient été mises dans la terre.

1215. Tous les produits de la terre deviennent meubles aussitôt qu'ils en sont séparés, car alors la cause de l'immobilisation cesse. La loi dit à ce sujet : « *Dès que les grains sont coupés et les fruits détachés, quoique non enlevés, ils sont meubles.* — *Si une partie seulement de la récolte est coupée, cette partie seule est meuble* » (art. 520 al. 2 et 3).

Plusieurs de nos anciennes coutumes considéraient les fruits comme meubles, aussitôt arrivée l'époque de leur maturité, même avant qu'ils fussent séparés du sol : sans doute parce que la cause de l'immobilisation semble cesser quand les fruits, devenus mûrs, n'ont

plus besoin d'être alimentés par la terre. Il y avait même certaines coutumes qui, probablement pour éviter les difficultés auxquelles pouvait donner lieu la détermination précise de l'époque de la maturité des fruits et par suite de leur mobilisation, les déclaraient meubles à une époque fixe qui précédait ordinairement celle de la maturité réelle. Par exemple, dit Pothier, il y a des coutumes qui réputent meubles les foins à la mi-mai, les blés à la saint Jean, les raisins au mois de septembre. L'art. 520 al. 2 et 3 a eu principalement pour but d'abroger ces dispositions et de les remplacer par une règle à la fois plus rationnelle et d'une application plus facile.

L'art. 521 a été écrit dans le même ordre d'idées : « *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* ».

Sans cet article on aurait pu croire, par suite d'une réminiscence de notre ancien droit, que la seule arrivée de l'époque fixée pour la coupe d'un bois taillis ou d'une haute futaie aménagée, c'est-à-dire mise en coupes réglées, suffisait pour mobiliser la portion de bois qui doit être coupée, alors même que la coupe serait retardée. La loi a voulu lever ce doute. Elle ne parle pas des futaies non aménagées, parce qu'à leur égard l'application du principe ne pouvait faire difficulté.

1216. Les fruits pendants par branches et par racines sont immeubles en qualité d'accessoires du sol qui les nourrit. Ils cessent d'avoir ce caractère, et deviennent par suite choses mobilières, quand on les considère abstraction faite du fonds auquel ils sont attachés. C'est ce qui arrive dans les trois cas suivants :

1^o Au cas de *saisie-brandon*. La saisie-brandon est une saisie des fruits pendants. Elle ne peut être pratiquée que dans les six semaines précédant l'époque ordinaire de la maturité des fruits (C. pr., art. 626). Son nom vient de ce que l'on plaçait autrefois, dans les champs dont les fruits étaient saisis, des poteaux auxquels on suspendait des faisceaux de paille ou *brandons*. Nos lois modernes ont supprimé le signe visible de cette saisie ; mais elles ont conservé le nom auquel il avait donné lieu. — La saisie-brandon est une saisie mobilière, parce que les fruits y sont envisagés abstraction faite du sol et pour l'époque où ils en seront détachés. Ce qu'on saisit, et ce qui sera vendu sur la saisie, ce sont les fruits considérés par anticipation comme séparés du sol et par conséquent comme choses mobilières. La saisie-brandon offre sur la saisie immobilière le double avantage de la célérité et de l'économie.

2^o Les fruits pendants sur un fonds sont considérés comme meubles à l'égard du fermier de ce fonds. En effet, dans le contrat de bail, les parties envisagent les fruits séparément du fonds, qui est regardé seulement comme l'instrument de leur production. Elles ne les considèrent donc pas comme liés au fonds par le lien qui unit l'accessoire au principal.

3^o Enfin les fruits pendants sont regardés comme meubles, en tant qu'ils sont vendus séparément du fonds. En effet le droit de l'acheteur d'une récolte ou d'une coupe à faire, comme celui du fermier, ne s'applique pas à l'immeuble, mais seulement aux fruits à percevoir, aux fruits considérés comme étant déjà perçus, et comme ayant cessé par conséquent d'être liés au sol par le lien qui produit l'immobilisation. Quand je vends une récolte pendante, je ne vends pas un accessoire de mon fonds, je vends des fruits considérés comme chose principale et distincte de l'immeuble auquel ils adhèrent : je vends donc des meubles. Il en est de la vente d'une récolte sur pied comme de la vente d'une maison pour être démolie : ce sont alors en réalité des matériaux qui sont vendus ; la vente est donc mobilière. Cass., 25 janvier 1886, D., 86. 5. 39, S., 86. 1. 269.

* **1217.** De là plusieurs conséquences :

a. Entre deux acquéreurs successifs de la même récolte ou de la même coupe à faire, on préférera celui qui le premier aura été mis en possession réelle, s'il est de bonne foi (arg. art. 1141).

b. L'art. 1622, relatif aux ventes d'immeubles faites avec indication de contenance, ne

serait pas applicable aux ventes de coupes de bois faites avec indication de la contenance du terrain qui porte le bois à couper.

c. L'action, que l'acheteur d'une coupe de bois intente contre le vendeur à l'effet d'obtenir l'autorisation d'effectuer la coupe, est une action mobilière; elle doit donc être portée devant le tribunal du domicile du vendeur, et non devant celui de la situation de l'immeuble (C. pr., art. 59).

d. Les ventes publiques volontaires de récoltes ou de coupes à faire sont de la compétence des commissaires-priseurs aussi bien que des notaires. Ces derniers revendiquaient le droit exclusif de procéder à ces ventes, en se fondant sur leur nature immobilière, et la cour de cassation leur avait donné raison dans plusieurs arrêts. Mais la loi du 5 juin 1851, appliquant les vrais principes, a condamné leurs prétentions. L'art. 1 de cette loi est ainsi conçu : « Les ventes publiques volontaires, soit à terme, soit au comptant, de fruits et de récoltes pendants par racines et des coupes de bois **TAILLIS**, seront faites en concurrence et au choix des parties, par les notaires, commissaires-priseurs, huissiers et greffiers de la justice de paix, même dans le lieu de la résidence des commissaires-priseurs ». — Ce texte ne parlant que des ventes de coupes de bois taillis, il en résulte (on l'a positivement expliqué lors de la confection de la loi) que les ventes de coupes de hautes futaies, aménagées ou non, sont de la compétence exclusive des notaires : ce qu'il est peut-être difficile de justifier au point de vue des principes, les ventes de coupes de hautes futaies étant certainement mobilières tout aussi bien que les ventes de coupes de taillis. Cass., 14 nov. 1883, D., 84. 1. 201, S., 85. 1. 449.

e. Le droit fiscal à percevoir sur les ventes de récoltes pendantes ou de coupes à faire, est le droit de deux pour cent applicable aux ventes mobilières, et non le droit beaucoup plus élevé auquel donnent lieu les ventes d'immeubles. C'est ce qui résulte de l'art. 69 § 5-1^o de la loi du 22 frimaire de l'an VII, ainsi conçu : « 2 francs par 100 francs... Les » ventes de récoltes de l'année sur pied, coupes de bois taillis et de hautes futaies... »

La vente d'une coupe, même de haute futaie, ne cesserait pas d'être mobilière par suite de cette circonstance qu'elle aurait été suivie de la vente du terrain au même acheteur, et que celui-ci, devenu propriétaire du bois et du terrain, n'aurait pas effectué la coupe. C'est ce que la cour de cassation a décidé dans plusieurs arrêts. L'administration de l'enregistrement soutenait qu'en pareil cas l'acheteur devait payer le droit de mutation afférent aux ventes immobilières, non seulement pour le terrain, mais aussi pour la haute futaie. Cette double vente, disait la régie, de la futaie à couper d'abord et du terrain ensuite, à un acquéreur qui, une fois devenu propriétaire du total, ne coupe pas la futaie, ne peut être qu'un moyen détourné de frauder le fisc en lui soustrayant une partie des droits de mutation qui lui sont légitimement dus; les tribunaux ne sauraient prêter la main à cette fraude; ils doivent au contraire la démasquer et la réprimer. — Cela est incontestable. Mais la régie de l'enregistrement oubliait que la fraude ne se présume pas : elle doit être prouvée. Or cette preuve n'était pas fournie, et, comme en définitive il n'est pas impossible que les parties, dans de semblables circonstances, aient agi sans intention frauduleuse à l'endroit du fisc, on s'explique que la cour de cassation ait repoussé les prétentions de la régie.

1218. V. TUYAUX. « *Les tuyaux servant à la conduite des eaux* » dans une maison ou autre héritage sont immeubles, et font partie » du fonds auquel ils sont attachés » (art. 523).

Il y a quelque difficulté sur le point de savoir si ces tuyaux sont immeubles par leur nature ou par destination. La place de l'article, qui est encadré au milieu de ceux consacrés aux immeubles par destination, semble indiquer que c'est à cette dernière catégorie qu'appartiennent les tuyaux dont il s'agit. Mais les termes du texte seraient plutôt favorables à l'opinion qui les considère comme étant immeubles par leur nature. En effet la loi dit que ces tuyaux « font partie du fonds »; elle n'exige pas en outre, comme elle le fait pour les objets qui doivent devenir immeubles par destination (art. 522 et 524), que les tuyaux aient été incorporés à l'immeuble *par le propriétaire*. Aussi la plupart des auteurs, faisant prévaloir l'argument tiré des termes de l'art. 523 sur celui résultant de la place

qu'il occupe, considèrent-ils lesdits tuyaux comme appartenant à la catégorie des immeubles par leur nature. En ce sens, Cass., 18 juin 1891, S., 91. 1. 488.

Aux tuyaux servant à la conduite des eaux, il faut assimiler ceux établis pour la conduite du gaz. Limoges, 29 juin 1888, S., 88. 2. 205.

Il ne paraît pas d'ailleurs y avoir lieu de distinguer, en ce qui concerne les maisons, entre les tuyaux intérieurs et les tuyaux extérieurs, ni entre ceux qui amènent l'eau dans la maison, et ceux qui servent à l'écoulement des eaux pluviales ou des eaux ménagères.

§ II. Immeubles par destination.

1219. On donne ce nom à des objets mobiliers, que la loi répute immeubles parce que, tout en conservant leur individualité, ils ont été attachés à un fonds par le propriétaire de ce fonds dans l'intérêt du fonds. Ils en deviennent alors les accessoires et empruntent à ce titre sa nature juridique. Exemple : les animaux attachés à la culture d'un fonds par le propriétaire de ce fonds.

Le droit romain ignorait les immeubles par destination et notre ancien droit les connaissait à peine.

L'immobilisation par destination présente cependant un grand intérêt : elle établit entre une chose mobilière et un immeuble le lien qui rattache l'accessoire au principal, et empêche que mille événements ne viennent séparer deux choses qui doivent rester étroitement unies.

Ainsi la loi déclare immeubles par destination les animaux et les ustensiles aratoires qu'un propriétaire a attachés à la culture de son fonds. De là il résulte que ces animaux et ustensiles ne pourront pas être saisis mobilièrement et par suite séparément du fonds (C. pr., art. 592-1^o). Si au contraire ces objets conservaieut leur nature de choses mobilières, comme dans notre ancien droit, les créanciers du propriétaire pourraient les saisir mobilièrement, par suite séparément du fonds, et mettre ainsi le propriétaire dans l'impossibilité de cultiver son domaine. De même, si le propriétaire d'un fonds se marie sous le régime de la communauté, les animaux et ustensiles qu'il a attachés à la culture, étant immeubles par destination, lui demeureront propres avec le fonds lui-même (arg. art. 1404). Ils tomberaient au contraire dans la communauté, comme le décidait notre ancien droit, s'ils conservaieut leur nature de choses mobilières (arg. art. 1401-1^o). Enfin les animaux attachés à la culture, et les ustensiles aratoires, étant immeubles par destination, passeront avec le fonds dont ils sont une dépendance au légataire de ce fonds. On les verrait au contraire tomber entre les mains du légataire des meubles ou rester aux héritiers, s'ils conservaieut leur nature de choses mobilières.

1220. Conditions requises pour qu'un objet mobilier devienne immeuble par destination. — Pour qu'un objet mobilier devienne immeuble par destination, il faut :

1^o Qu'il ait été placé sur un fonds, par conséquent sur un immeuble par nature (fonds de terre ou bâtiment); car il ne peut devenir immeuble par destination qu'en qualité d'accessoire d'un fonds.

2^o Qu'il y ait été placé dans l'intérêt du fonds, c'est-à-dire pour son service, son exploitation, son utilité ou son ornement.

3° Qu'il ait été placé par le propriétaire du fonds. L'immobilisation par destination suppose nécessairement le fait du propriétaire; elle ne pourrait pas résulter du fait d'un locataire, d'un fermier, ni même d'un usufruitier. La raison en est que l'immobilisation par destination a lieu dans l'intérêt du fonds; or, le propriétaire est seul le représentant de cet intérêt. Celui qui place un objet sur un fonds en qualité de locataire, de fermier ou même d'usufruitier, l'y place vraisemblablement pour la durée de sa jouissance seulement; il agit dans son propre intérêt, plutôt que dans celui du fonds qui ne lui appartient pas. Lui prêter une intention contraire, ce serait supposer qu'il a entendu faire une donation au propriétaire, puisque, celui-ci, à l'expiration du bail ou de l'usufruit, reprendrait avec son fonds les accessoires provenant du preneur ou de l'usufruitier; or une donation ne se suppose pas.

On admet généralement que l'immobilisation par destination pourrait aussi résulter du fait de celui qui possède le fonds *animo domini*, sans qu'il y ait lieu de distinguer s'il est ou non de bonne foi. Celui qui possède un fonds *animo domini*, s'en croit propriétaire ou se comporte comme tel : il représente donc l'intérêt du fonds.

4° Enfin que le propriétaire du fonds soit en même temps propriétaire de l'objet placé sur le fonds. Lyon, 10 août 1888, S., 90. 2. 113.

1221. Les quatre conditions ci-dessus suffisent-elles pour qu'un objet mobilier devienne immeuble par destination? Faut-il en outre que le propriétaire ait placé cet objet sur son fonds à *perpétuelle demeure*, c'est-à-dire dans une intention de perpétuité? Quelques auteurs l'exigent dans tous les cas, mais à tort, croyons-nous. En effet, la loi ne paraît pas requérir la condition de la perpétuelle demeure pour l'immobilisation qui a lieu *dans l'intérêt du service ou de l'exploitation du fonds*, ou autrement dit pour l'immobilisation *par destination agricole ou industrielle*. L'art. 522, relatif à un cas particulier d'immobilisation par destination agricole, ne parle pas du tout de la perpétuelle demeure. De plus l'art. 524, qui s'occupe à la fois de l'immobilisation agricole et de l'immobilisation industrielle, dit dans son alinéa 1 : « *Les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds, sont immeubles par destination* ». L'article n'exige pas d'autre condition pour l'immobilisation; et, comme s'il voulait insister pour nous faire comprendre que cette condition suffit, il ajoute en se répétant : « *Ainsi, sont immeubles par destination, quand ils ont été placés par le propriétaire pour le service et l'exploitation du fonds...* » De la perpétuelle demeure il n'en est pas question.

L'article en parle bien dans sa partie finale, après avoir achevé sa longue énumération; mais précisément il en parle dans des termes qui donnent à entendre que cette condition n'est pas nécessaire quand il s'agit de l'immobilisation par destination agricole ou industrielle dont il vient de s'occuper. Voici comment il s'exprime : « Sont AUSSI [c'est-à-dire *en outre*] immeubles par destination, tous » effets mobiliers que le propriétaire a attachés au fonds à perpétuelle demeure ». — Il paraît bien difficile de donner à la loi, prise dans son ensemble, un sens raisonnable autre que celui-ci : Tous les objets, attachés à un fonds par le propriétaire pour son service et son exploitation, sont par cela seuls immeubles par destination, qu'ils aient été ou non placés à perpétuelle demeure (art. 522 et 524 al. 1 à 12); l'intérêt agricole ou industriel suffit à lui seul pour produire l'immobilisation. Sont en outre immeubles par destination tous les objets mobiliers qu'un propriétaire a attachés à son fonds à perpétuelle demeure dans un autre intérêt, par exemple celui de l'utilité ou de l'ornement du fonds (art. 524 al. final). La perpétuelle demeure ne paraît donc nécessaire que lorsque l'immobilisation a lieu dans un intérêt autre que l'intérêt agricole ou industriel du fonds.

* En faveur de ce système, qui compte des suffrages imposants dans la doctrine, je remarque : 1° que lorsque la loi s'occupe de l'immobilisation par destination agricole ou industrielle, elle emploie les expressions d'*objets placés sur le fonds*, et non celles d'*objets attachés au fonds*, dont elle se sert plus volontiers quand elle exige la perpétuelle demeure (art. 524 *in fine* et 525), et qui sont en effet beaucoup plus énergiques; 2° que les signes, qui sont indiqués par l'art. 525 comme annonçant l'intention de la part du propriétaire d'attacher les objets à son fonds à perpétuelle demeure, sont sans application possible à la plupart des cas d'immobilisation agricole ou industrielle : ce qui donne à entendre que la perpétuelle demeure n'est pas exigée pour cette immobilisation.

1222. Nous allons nous occuper successivement de l'immobilisation par destination agricole ou industrielle et de l'immobilisation par perpétuelle demeure.

1. De l'immobilisation par destination agricole ou industrielle.

1223. Les art. 522 et 524 contiennent une énumération, non limitative, des objets mobiliers qui deviennent immeubles par destination agricole ou industrielle.

Aux termes de l'art. 522 : « Les animaux que le propriétaire du » fonds livre au fermier ou au métayer pour la culture, estimés ou » non, sont censés immeubles tant qu'ils demeurent attachés au » fonds par l'effet de la convention. — Ceux qu'il donne à cheptel » à d'autres qu'au fermier ou métayer sont meubles ».

Celui qui exploite un immeuble rural en vertu d'un bail, est désigné sous la dénomination de *fermier* ou de *colon partiaire*; —

fermier, si la redevance périodique qu'il doit au propriétaire est *ferme* (exemple mille francs, cent hectolitres de froment... chaque année); — *colon partiaire*, si cette redevance consiste en une quotité des fruits, ce qui la rend aléatoire. Ordinairement cette quotité est de la moitié, et alors le colon partiaire s'appelle *métayer*, de *meta* moitié.

Cela posé, les animaux (et il en serait de même des ustensiles aratoires), que le propriétaire livre au fermier ou au métayer pour la culture, deviennent immeubles par destination agricole, parce que le propriétaire est censé les avoir *attachés*, comme dit la loi, au service et à l'exploitation du fonds.

Quand un propriétaire livre ainsi à son fermier ou à son métayer des animaux pour l'exploitation du fonds, il y a deux baux confondus en un, le bail de la terre et celui des animaux. Ce dernier, qui est accessoire par rapport au premier, puisqu'il a seulement pour but d'assurer la bonne culture des terres, porte le nom de *cheptel de fer*, expression que l'on emploie aussi quelquefois pour désigner les animaux eux-mêmes faisant l'objet du bail, et qui indique d'une manière énergique la solidité du lien par lequel les animaux sont attachés au sol.

La plupart du temps le contrat de bail contient l'estimation des bestiaux que le propriétaire livre au fermier. Cette estimation n'a pas pour résultat (sauf bien entendu convention contraire) de transférer au fermier la propriété des bestiaux, sous l'obligation d'en payer le prix d'estimation : ce qui les empêcherait de devenir immeubles par destination, puisqu'ils n'appartiendraient plus au propriétaire du fonds. Comme on aurait pu croire le contraire, à cause de l'ancienne règle *Æstimatio facit venditionem*, dont le législateur a consacré dans notre droit actuel quelques applications, le code civil s'en est expliqué formellement (art. 522 et 1822). Il dit dans notre article que les animaux livrés par le propriétaire au fermier deviennent immeubles par destination, qu'ils soient « estimés ou non ». Quelle sera donc alors l'utilité pratique de l'estimation? Le plus souvent elle sera faite en vue d'obliger le fermier à laisser, à la fin du bail, des bestiaux d'une valeur égale à ceux qu'il a reçus (art. 1821). Les bestiaux sont ainsi mis aux risques du fermier, sans devenir pour cela sa propriété (art. 1822). Il n'aurait donc pas le droit de les garder à l'expiration du bail, en payant au propriétaire le prix d'estimation.

Quant aux animaux qu'un propriétaire donne à *cheptel*, c'est-à-dire à bail, à un autre qu'au fermier ou métayer, il est clair qu'ils ne sont pas immobilisés, puisque le propriétaire les afferme sans affermer son fonds, et n'établit ainsi aucun lien entre les animaux et un fonds à lui appartenant. C'est tellement évident que notre article aurait pu se dispenser de le dire.

1224. Le long art. 524, dont nous connaissons les deux premiers alinéas, et dont la disposition n'a d'ailleurs rien de limitatif (argument du mot *ainsi*. Besançon 13 avril 1892, D., 92. 2. 351) va maintenant nous indiquer toute une série d'objets, qui deviennent immeubles par destination agricole ou industrielle, quand ils ont été placés sur un fonds par le propriétaire pour le service et l'exploitation de ce fonds. La loi cite :

« *Les animaux attachés à la culture* ». Si cette hypothèse diffère

de celle que prévoit l'art. 522, elle est vraisemblablement relative au cas d'un propriétaire exploitant son fonds lui-même, tandis que l'art. 522 suppose que l'exploitation a été confiée à un fermier.

Conformément à ce qui a été dit plus haut, il n'est pas nécessaire que les animaux soient attachés à perpétuelle demeure à la culture du fonds, pour devenir immeubles par destination. Cette circonstance que le propriétaire, en attachant des animaux à la culture de son fonds, se proposerait de les vendre au boucher après leur avoir demandé un certain nombre d'années de travail, n'empêcherait pas qu'ils devinssent immeubles par destination. D'ailleurs il paraît singulier de parler de perpétuelle demeure pour des animaux dont l'existence, du moins celle utile pour le travail, est limitée par la nature à un terme fort court.

On est d'accord pour considérer comme immeubles par destination les troupeaux de moutons, qu'un propriétaire a attachés à son fonds pour le féconder. Mais il y a difficulté sur le point de savoir s'il faut aussi considérer comme tels les animaux, qu'un propriétaire attache à son fonds en vue de les y faire engraisser et de les vendre ensuite. Nous inclinons vers l'affirmative; car, si ces animaux ne sont pas « attachés à la culture », ils sont au moins « placés sur le fonds pour... son exploitation » : ce qui suffit, aux termes de l'art. 524, pour que l'immobilisation se produise. Beaucoup de terres d'ailleurs ne sont pas susceptibles d'être exploitées autrement que par le pacage des bestiaux; et, si les animaux dont il s'agit ne devenaient pas immeubles par destination, ils pourraient être saisis séparément du fonds, dont l'exploitation serait ainsi entravée, contrairement au vœu de la loi. La doctrine se prononce en général en sens contraire, et, de la part de ceux qui croient que la perpétuelle demeure est indispensable pour l'immobilisation par destination agricole, cette opinion est logique.

« *Les ustensiles aratoires* ». On tenait dans notre ancien droit que *instrumentum fundi non est pars fundi*. Cela aboutissait à séparer dans bien des circonstances ce qui doit rester étroitement uni, par exemple, ainsi qu'on l'a vu plus haut, à attribuer le fonds au légataire des immeubles et les ustensiles aratoires au légataire des meubles. Pothier avait signalé les vices de cette législation.

« *Les semences données aux fermiers ou colons partiaires* », et aussi celles que le propriétaire, cultivant par lui-même, réserve chaque année pour les semailles de l'année suivante. « Chaque année, dit M. Laurent, la partie de la récolte, qui est destinée à ensemençer les terres, est immobilisée dans l'intérêt de l'agriculture ». Une fois jetées en terre, les semences deviennent immeubles par nature.

« *Les pigeons des colombiers; — Les lapins des garennes;... — Les poissons des étangs* ». C'est par destination agricole que tous ces animaux sont immobilisés. Ils servent dans une certaine mesure à l'exploitation du fonds, aux dépens duquel ils se nourrissent, et dont ils augmentent le revenu.

Est-il bien utile d'observer, comme le font tous les auteurs, que des pigeons dans une volière, des lapins dans un clapier, et des poissons dans un réservoir ou vivier ne seraient pas immeubles?

« *Les ruches à miel* ».

Des raisons au moins égales à celles qui ont fait classer les ruches à miel et les abeilles

qu'elles contiennent parmi les immeubles par destination, quand elles ont été placées sur le fonds par le propriétaire, semblent exister en faveur des vers à soie. Souvent ils constituent un mode d'exploitation, et l'un des plus productifs du fonds. Au conseil d'Etat, Pelet de la Lozère demanda qu'on les fit figurer à côté des abeilles. On lui donna, pour rejeter sa proposition, trois raisons dont la meilleure était encore mauvaise, et voilà comment l'art. 524 ne parle pas des vers à soie. Ce silence calculé suffit-il, comme on l'enseigne, pour décider que les vers à soie ne sont pas immeubles par destination, quand ils ont été placés sur le fonds par le propriétaire pour son exploitation? Il est permis d'en douter; car l'énumération que donne l'art. 524, n'est pas limitative, tout le monde est d'accord sur ce point. Et qu'importe que les vers à soie ne soient pas compris dans l'énumération légale, s'ils rentrent dans l'application du principe qui lui sert de base?

Citons ici les art. 10 et 11 de la loi du 4 avril 1889 sur le code rural.

ART. 10. *Dans le cas où les ruches à miel pourraient être saisies séparément du fonds auquel elles sont attachées, elles ne peuvent être déplacées que pendant les mois de décembre, janvier et février.* La première partie de ce texte fait allusion au cas où les ruches à miel ne sont pas immeubles par destination, ce qui arrivera notamment quand elles auront été placées sur le fonds par un fermier (*supra* n. 1220).

ART. 11. *Les vers à soie ne peuvent être saisis pendant leur travail. Il en est de même des feuilles de mûrier qui leur sont nécessaires.*

« *Les presses, chaudières, alambics, cuves et tonnes* ».

Cpr. Cass., 8 décembre 1885, S., 86. 1. 202, D., 87. 1. 294.

Les barriques ne sont immeubles que lorsqu'elles sont destinées à rester dans le fonds pour loger la récolte. Elles sont meubles par conséquent, lorsque le propriétaire est dans l'usage de les vendre avec le vin qu'elles contiennent; car on ne peut pas dire alors qu'elles sont attachées au fonds.

Les échelas des vignes sont aussi immeubles par destination, quand ils ont été placés sur le fonds par le propriétaire dans l'intérêt du fonds. Il n'est pas nécessaire, comme on l'enseigne généralement, qu'ils aient été plantés; car ce n'est pas par accession, mais par destination agricole, qu'ils deviennent immeubles.

Même solution pour les perches à houblon.

« *Les pailles et engrais* ».

Non seulement les pailles et engrais livrés par le propriétaire au fermier, mais encore ceux provenant du fermier, s'il a été convenu que celui-ci les laisserait à sa sortie: ce qui a pour conséquence de les immobiliser par destination. Cass., 30 août 1882, S., 84. 1. 383, D., 83. 1. 213.

On induit en général du rapprochement que la loi fait entre les pailles et les engrais, qu'elle n'entend parler que des pailles destinées à être transformées directement en engrais, c'est-à-dire de celles qui servent à la litière. Quant aux pailles, foin et avoines destinés à la nourriture des bestiaux, ils ne seraient pas immeubles par destination; car ils ne servent pas, immédiatement au moins, à l'exploitation du fonds. On a remarqué en faveur de cette solution que la rédaction primitive de la loi contenait le mot *foins*, qui a disparu de la rédaction définitive.

1225. La liste de l'art. 524 ne contient plus qu'un terme: « *Les ustensiles nécessaires à l'exploitation des forges, papeteries et autres usines* ». Il s'agit des forges destinées à la fabrication du fer.

Ce texte est relatif à l'immobilisation *par destination industrielle*. Le législateur a été bref sur ce point: à l'époque où le code a été rédigé, l'industrie manufacturière était encore dans l'enfance.

Les conditions exigées pour l'immobilisation industrielle sont les mêmes que celles requises pour l'immobilisation agricole. —

Il faut d'abord qu'il y ait un établissement industriel immobilier, un fonds industriel, consistant ordinairement en bâtiments spécialement construits ou appropriés pour l'exercice d'une industrie, et auxquels viendront s'attacher en qualité d'accessoires les machines, ustensiles et appareils destinés à exploiter le fonds. S'il n'y a pas d'immeuble industriel, pas d'immobilisation possible. Ainsi le métier, qu'un tisserand installe dans la maison qu'il habite, pour l'exercice de sa profession, ne devient pas immeuble. — Il faut enfin que ces machines, ustensiles et appareils soient nécessaires à l'exploitation du fonds industriel.

Les chevaux que le propriétaire d'une usine y attache pour son exploitation sont immeubles par destination, de même que les machines qui fournissent la force motrice. C'est du moins ce que l'on peut induire par argument de l'art. 8 de la loi du 21 avril 1810 : « Sont » aussi immeubles par destination, les chevaux, agrès, outils et ustensiles servant à l'exploitation ».

1226. L'immobilisation peut avoir lieu par destination commerciale, aussi bien que par destination agricole ou industrielle. Les textes n'ont à cet égard rien de restrictif. L'art. 524 parle, d'une manière générale, des objets que le propriétaire d'un fonds a placés sur ce fonds pour son service ou son exploitation ; il ne dit pas que ce fonds doit nécessairement être un fonds agricole ou industriel ; ce pourrait donc être un fonds commercial. Nous n'insisterons pas beaucoup, parce que, d'une part, il est peut être difficile de trouver un exemple d'un fonds exclusivement commercial, auquel viennent s'adjoindre en qualité d'immeubles par destination des objets mobiliers affectés à son service et à son exploitation : presque toujours en pareil cas, un intérêt industriel sera mêlé à l'intérêt commercial, et parce que, d'autre part, l'immobilisation par destination industrielle et l'immobilisation par destination commerciale sont gouvernées exactement par les mêmes règles. Il faut toujours un immeuble soit industriel, soit commercial, auquel viennent s'adjoindre, en qualité d'accessoires, des objets mobiliers affectés à son service et à son exploitation. Cette condition se trouve réalisée lorsque les bâtiments ont été spécialement construits et aménagés en vue d'une certaine destination industrielle ou commerciale à laquelle ils sont voués, de telle façon qu'ils ne pourraient pas recevoir une autre destination par exemple celle de servir à l'habitation, sans une dépréciation notable ou une transformation complète des différentes parties de l'édifice. Si l'immeuble dans lequel est exercé un commerce ou une industrie peut aussi bien recevoir une autre destination, alors les meubles qui y ont été placés sont l'accessoire d'une profession, celle de commerçant ou d'industriel, et non d'un immeuble commercial ou industriel. Ils ne peuvent donc être immobilisés par destination, puisqu'il n'y a pas d'immeuble dont ils puissent devenir les accessoires. Ainsi des bâtiments spécialement construits et aménagés pour servir d'hôtellerie, comme le Grand-Hôtel à Paris, constituent un immeuble commercial ou industriel, et les meubles affectés par le propriétaire à son service et à son exploitation deviennent immeubles par destination. Tandis qu'il en serait autrement des meubles qu'un propriétaire exerçant la profession d'aubergiste aurait placés dans un bâtiment pouvant tout aussi bien servir à l'habitation particulière, ou même dans un bâtiment qu'il a fait spécialement construire en vue de l'exercice de sa profession, mais qui peut, moyennant quelques modifications superficielles et peu coûteuses, recevoir une autre destination, par exemple être transformé en une maison d'habitation. Toulouse, 4 août 1883, S., 84. 2. 8 ; Cass., 2 août 1886, D., 87. 1. 293, S., 86. 1. 417, et Besançon, 13 avril 1892, D., 92. 2. 551. — En vertu des mêmes principes, il a été jugé avec raison que les objets mobiliers affectés au service des bains dans un établissement thermal, comme les baignoires, les appareils à douches, sont immeubles par destination. Ce sont des accessoires d'un fonds commercial, la source thermale. Faut-il en dire autant des objets mobiliers destinés, dans

un établissement du même genre, à assurer le logement et la nourriture des baigneurs ? La négative a été jugée par la cour de cassation le 9 décembre 1885 (D., 86. 1. 125, S., 86. 1. 201). La cour se fonde sur ce que l'immobilisation par destination ne s'applique qu'aux objets indispensables pour l'exploitation du fonds. Or le fonds était, dans l'espèce à juger, un établissement thermal et non une hôtellerie.

2. De l'immobilisation par perpétuelle demeure.

1227. « *Sont aussi immeubles par destination, tous les effets mobiliers que le propriétaire a attachés au fonds à perpétuelle demeure* » (art. 524 al. final). De ce texte il résulte bien que tous les effets mobiliers attachés à un fonds à perpétuelle demeure par le propriétaire sont immeubles par destination, mais non que la perpétuelle demeure soit toujours une condition nécessaire de l'immobilisation. Nous savons que la loi ne l'exige pas pour l'immobilisation par destination agricole, industrielle ou commerciale. Elle n'est requise que dans les autres cas d'immobilisation, par exemple lorsque l'immobilisation a lieu pour l'ornement du fonds.

1228. L'intention du propriétaire ne suffit pas pour réaliser l'immobilisation par perpétuelle demeure; il faut que cette intention soit manifestée par des signes extérieurs. L'art. 525 dit à ce sujet : « *Le propriétaire est censé avoir attaché à son fonds des effets mobiliers à perpétuelle demeure, quand ils y sont scellés en plâtre ou à chaux, ou à ciment, ou lorsqu'ils ne peuvent être détachés sans être fracturés et détériorés, ou sans briser ou détériorer la partie du fonds à laquelle ils sont attachés* ».

Voilà le principe. La loi va en faire quelques applications. Elle dit d'abord : « *Les glaces d'un appartement sont censées mises à perpétuelle demeure, lorsque le parquet sur lequel elles sont attachées fait corps avec la boiserie* » (art. 525 al. 2).

Quand une glace est fixée dans un cadre faisant corps avec la boiserie, elle est censée mise à perpétuelle demeure, parce qu'on ne pourrait pas l'enlever sans détériorer la partie du fonds à laquelle elle est attachée. En effet, si on enlevait la glace ainsi fixée, on mettrait à nu le plâtre ou les briques et on créerait dans le lambris une solution de continuité fort disgracieuse pour l'œil.

D'après une jurisprudence constante, que la doctrine approuve en général, il n'est pas absolument nécessaire qu'une glace soit placée dans les conditions qu'indique l'art. 525, pour être censée mise à perpétuelle demeure, et devenir à ce titre immeuble par destination. En effet l'art. 525 ne fait, dans ses trois derniers alinéas, qu'indiquer quelques applications du principe qu'il a posé dans l'alinéa premier, et ces applications n'ont rien de limitatif. Les lambris, qui étaient en usage à l'époque où a été décrété le code civil, sont à peu près abandonnés aujourd'hui, et il n'y aurait plus guère, dans les constructions modernes, de glaces immobilisées par perpétuelle demeure, si l'immobilisation ne pouvait résulter que de la circonstance indiquée par notre article. Les juges auront à apprécier, en cas de contestation, si les conditions dans lesquelles la glace a été fixée sont telles que,

d'après le principe posé par l'art. 525 al. 1, elle doit être considérée comme attachée au fonds à perpétuelle demeure. Cpr. Limoges, 29 juin 1888, S., 88. 2. 205.

La loi ajoute : « *Il en est de même des tableaux et autres ornements* » (art. 525 al. 3). Il s'agit des tableaux qu'il était d'usage autrefois de placer au-dessus des portes et des cheminées; leur immobilisation résulte des mêmes circonstances que celle des glaces.

Des tableaux ne doivent jamais être considérés comme immeubles par rapport à la galerie qui les contient, alors même que cette galerie aurait été construite exprès pour les recevoir. Même solution pour une bibliothèque.

Enfin on lit dans l'art. 525 alinéa final : « *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* ».

Les mots « quant aux statues », ainsi que ceux qui terminent l'article, nous indiquent que les statues sont l'objet d'une disposition exceptionnelle; et effectivement le législateur admet, en ce qui les concerne, une dérogation au principe posé par l'art. 525 al. 1. Voilà une statue qui est placée dans une niche pratiquée exprès pour la recevoir; mais elle n'est ni fixée ni scellée dans la niche; elle y est simplement posée, de sorte qu'on pourrait l'enlever sans fracture ni détérioration. Cette statue, d'après le principe établi par l'art. 525 al. 1, ne devrait pas être considérée comme immeuble. La loi la déclare telle cependant, et le motif en est palpable : c'est que la statue est le complément de la niche. Sans la statue, la niche ne serait rien moins qu'un ornement.

Il y aurait peut-être même motif de décider pour une statue posée sur un piédestal en maçonnerie dans un jardin, et surtout pour une horloge placée dans un pavillon disposé exprès pour la recevoir. Et cependant, comme la disposition de l'art. 525 al. final est exceptionnelle, on peut hésiter à l'appliquer par analogie, même à ces cas si favorables.

1229. L'immobilisation par destination, étant créée par la volonté du propriétaire, peut cesser par une volonté contraire. Conformément aux règles du droit commun, qui doivent être appliquées ici, la loi n'y ayant pas dérogé, la volonté du propriétaire de faire cesser l'immobilisation par destination peut être manifestée expressément ou tacitement, *aut verbis, aut facto*. — *Expressément*, par exemple, si, en vendant une maison, il déclare se réserver le droit de conserver certains objets mobiliers attachés à la maison à perpétuelle demeure, auxquels il retire la qualité d'immeubles par destination. — *Tacitement*, s'il accomplit un fait contraire à celui qui a produit l'immobilisation, par exemple s'il descelle des objets qu'il avait immobilisés en les scellant, ou s'il vend les objets qui sont immeubles par destination sans vendre en même temps le fonds auquel ils sont attachés. Douai, 16 déc. 1886, S., 88. 2. 115.

1230. Il reste une question, et elle n'est pas sans difficulté. Comment distinguer dans un bâtiment les parties qui sont immeubles par nature et celles qui sont immeubles par destination? Bien des solutions ont été proposées. La meilleure nous paraît être celle qui, conciliant l'art. 518 avec l'art. 525, sans sacrifier l'un de ces deux textes à l'autre, considère comme immeuble par nature tout ce qui fait partie intégrante et constitutive du bâtiment, tout ce sans quoi le bâtiment ne serait pas complet comme tel, et comme immeuble par destination tous les objets qui, sans être une partie intégrante et constitutive du bâtiment, y ont été attachés pour son usage ou son agrément, ou pour son service et son exploitation s'il s'agit d'un fonds commercial ou industriel. D'après ce *criterium*, il faudrait considérer comme immeubles par nature, non seulement les murs et la toiture d'un bâtiment, mais aussi les escaliers, les parquets, les boiseries, les placards, les chambranles des cheminées, les portes, les fenêtres, les contrevents, et même les volets mobiles d'une boutique et les serrures des portes avec leurs clefs, peut-être aussi, mais cela est plus douteux, les tuyaux destinés à la conduite des eaux dans la maison ou à l'égout des eaux

pluviales et ménagères. On devrait considérer au contraire comme immeubles par destination les étagères fixées dans les cuisines, les fourneaux scellés dans le sol et les paratonnerres.

L'intérêt principal qu'il peut y avoir à distinguer les immeubles par nature des immeubles par destination, consiste en ce que les locataires, fermiers, usufruitiers, et en général tous ceux qui détiennent la chose à titre précaire, ne peuvent pas créer d'immeubles par destination (*supra* n. 1220), tandis qu'ils peuvent créer des immeubles par nature. Ainsi un locataire fait refaire les parquets de la maison qu'il habite : ces parquets deviendront immeubles. Voilà au contraire un locataire qui fait mettre des étagères dans une cuisine ou qui y fait sceller un fourneau : ces objets ne deviendront pas immeubles ; il aura donc le droit de les enlever, sauf à rétablir les lieux dans leur ancien état.

§ III. Des immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent.

1231. Cette troisième catégorie comprend certains droits. Il s'agit donc d'immeubles incorporels.

A raison de leur nature, les droits sembleraient devoir échapper à la distinction des biens en meubles et en immeubles. Comment dire en effet d'un droit, qui, en sa qualité de chose incorporelle, n'a pas de situation déterminée, qu'il peut être meuble, c'est-à-dire susceptible de déplacement, ou immeuble, c'est-à-dire fixé, immobilisé en un certain lieu, et par suite intransportable ? Mais il y aurait eu de graves inconvénients à laisser les droits en dehors de la *summa divisio rerum*. Ainsi, sous le régime de la communauté légale, qui forme le régime matrimonial de droit commun en France (art. 1393), tous les meubles appartenant aux époux lors du mariage tombent dans la communauté (art. 1401-1^o) ; tous les immeubles qui leur appartiennent à cette même époque en sont au contraire exclus, et leur demeurent propres (art. 1404). Que seraient devenus les droits appartenant aux époux, s'ils avaient échappé à la distinction des meubles et des immeubles ? Dans cette même supposition, à qui aurait-on attribué les droits dépendant de la succession d'une personne décédée qui a laissé un légataire de tous ses meubles et un légataire de tous ses immeubles ?

1232. Reste à savoir comment on déterminera si un droit est mobilier ou immobilier. Le législateur a adopté à cet égard une règle fort simple. La nature du droit sera déterminée d'après son objet : le droit dont l'objet est immobilier sera immobilier ; celui dont l'objet est mobilier sera mobilier. La même règle est applicable aux actions qui, à bien dire, ne sont pas distinctes des droits d'où elles dérivent, puisque l'action n'est autre chose que le droit lui-même à l'état de lutte judiciaire. De là l'ancien adage *Actio quæ tendit ad mobile est mobilis, ad immobile immobilis*.

1233. Nous trouvons dans l'art. 526 une énumération incom-

plète des immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent, c'est-à-dire, ainsi qu'on vient de le voir, des droits ou actions ayant des immeubles pour objet : « *Sont immeubles, par l'objet auquel ils s'appliquent, — L'usufruit des choses immobilières ; — Les servitudes ou services fonciers ; — Les actions qui tendent à revendiquer un immeuble* ». Le droit de propriété sur un immeuble est incontestablement, lui aussi, un droit immobilier. La loi ne le mentionne pas, parce que, conformément à une tradition séculaire, elle le considère comme s'identifiant avec la chose sur laquelle il porte, et comme se confondant par suite avec son objet (*supra* n. 1204). Elle cite seulement :

1° *L'usufruit des choses immobilières*. L'usufruit est un droit réel de jouissance sur un bien appartenant à autrui (art. 578). Il peut porter aussi bien sur des meubles que sur des immeubles (art. 581). D'après notre principe, le droit d'usufruit sera immobilier quand il portera sur un immeuble, mobilier quand il s'appliquera à des meubles.

La loi ne parle pas du droit d'habitation ni du droit d'usage. Le droit d'habitation s'appliquant nécessairement à un immeuble (art. 632), est toujours immobilier. Quant au droit d'usage, qui, comme on le verra plus tard, n'est qu'un diminutif du droit d'usufruit, il peut, ainsi que ce dernier, porter soit sur des meubles, soit sur des immeubles ; par conséquent il est tantôt mobilier tantôt immobilier.

2° *Les servitudes ou services fonciers*. La servitude suppose deux immeubles, appartenant à des propriétaires différents, dont l'un est assujéti à l'autre (art. 637), comme si votre fonds doit un passage au mien (servitude de passage). Le droit de servitude est donc immobilier, puisqu'il porte sur un immeuble. — On verra sous l'art. 2114 que l'hypothèque est aussi un droit immobilier.

3° *Les actions qui tendent à revendiquer un immeuble*. L'action en revendication d'un immeuble est incontestablement immobilière. On appelle action en revendication l'action par laquelle on réclame la possession d'une chose à celui qui la détient sans droit, prétendant en être propriétaire. L'action en revendication est la sanction du droit de propriété ; elle est donc de la même nature que le droit dont elle dérive ou plutôt avec lequel elle s'identifie : par conséquent immobilière, si ce droit, portant sur un immeuble, est immobilier.

* Mais il est peu probable que ces mots de l'art. 526 « actions qui tendent à revendiquer un immeuble » fassent allusion à la revendication des immeubles. Le législateur ne parle pas ici du droit de propriété portant sur des immeubles ; comment aurait-il songé à l'action qui protège ce droit, qui est destinée à le faire reconnaître lorsqu'il est contesté ? Et puis, s'il avait eu en vue l'action en revendication, il aurait dit probablement : *les actions en revendication des immeubles, et non : les actions qui tendent à revendiquer un immeuble*. Cette formule, qu'on trouvera peut-être singulière, paraît être une traduction

de l'ancien adage *Actio quæ tendit ad quid immobile est immobilis*, et par conséquent elles comprennent, comme l'adage même, les actions personnelles immobilières (l'action en revendication est une action réelle), en vue desquelles elles semblent avoir été surtout écrites. Seulement il faut bien reconnaître que la formule employée par le législateur est défectueuse. Le mot *revendiquer*, qui est technique pour désigner l'action réelle, ne devait pas être employé dans un texte qui vise surtout les actions personnelles. Il eût mieux valu dire : les actions qui tendent à faire rentrer un immeuble dans notre patrimoine.

* **1234.** Cela posé, il y a lieu de considérer comme immeubles par l'objet auquel elles s'appliquent :

1° Les actions en nullité ou en rescision d'un contrat translatif de propriété immobilière, d'une vente d'immeuble par exemple ;

2° L'action en révocation d'une donation immobilière ;

3° L'action en délivrance d'un immeuble, au moins quand cette délivrance devra avoir pour résultat de transférer la propriété à celui auquel elle est faite, ce qui arrive rarement dans notre droit. Voyez l'explication de l'art. 1138 ;

4° L'action de réméré dérivant d'une vente d'immeuble ;

5° L'action en résolution d'une vente d'immeuble pour défaut de paiement du prix ;

6° L'action en rescision d'une vente d'immeuble pour lésion de plus des sept douzièmes.

Sur les quatre derniers points il y a quelques difficultés ; elles seront examinées en temps et lieu.

§ IV. Immeubles par la détermination de la loi.

1235. Cette dernière catégorie, qui contient un très petit nombre de termes, a fait son apparition postérieurement à la promulgation du code civil. Elle résulte de dispositions législatives qui ont permis d'immobiliser certains droits mobiliers, et dont voici l'énumération :

1° L'art. 7 du décret du 16 janvier 1808 autorise ceux qui sont propriétaires d'actions de la Banque de France à les immobiliser, sous la seule condition d'en faire la déclaration dans la forme prescrite pour les transferts. Les actions ainsi immobilisées sont régies par les mêmes lois que les immeubles, notamment en ce qui concerne l'aliénation et l'hypothèque. Celui de qui l'immobilisation émane peut la faire cesser. L. 17 mai 1834 art. 5.

La faculté accordée par l'art. 7 du décret du 16 janvier 1808 fut étendue :

a. Aux propriétaires d'actions du canal du Midi. L'art. 13 du décret du 10 mars 1810, toujours en vigueur, dit à ce sujet : « Les » actions de la compagnie du canal du midi, pour leur immobili- » sation, leur inaliénabilité, leur disposition et jouissance, sont » assimilées, en tout, aux actions de la Banque de France ».

b. Aux propriétaires d'actions des canaux d'Orléans et du Loing. Décret du 16 mars 1810, art. 13. Mais cette disposition se trouve aujourd'hui sans objet, les actions des canaux d'Orléans et du Loing ayant été rachetées en exécution de la loi du 1^{er} avril 1860

qui en autorisa l'expropriation pour cause d'utilité publique. Ces canaux font aujourd'hui partie du domaine public.

2° Des rentes sur l'État ont pu être immobilisées pour la fondation de majorats, en vertu d'un décret du 1^{er} mars 1808. Cette cause d'immobilisation a cessé d'exister pour l'avenir, la loi du 12 mai 1835 ayant défendu toute institution de nouveaux majorats. Mais l'immobilisation réalisée en vue de majorats antérieurement créés, a continué à subsister pour toute la durée assignée à ces majorats par l'art. 2 de la loi précitée du 12 mai 1835 et par les art. 1 et 2 de la loi du 7 mai 1849.

CHAPITRE II

DES MEUBLES

1236. On distingue deux catégories de meubles : les meubles par leur nature ou meubles corporels, et les meubles par la détermination de la loi ou meubles incorporels. « *Les biens sont meubles par leur nature, ou par la détermination de la loi* », dit l'art. 527.

Si on compare cette classification à celle que la loi adopte relativement aux immeubles (art. 517), on remarquera :

1° Que la loi désigne les immeubles incorporels sous le nom d'immeubles *par l'objet auquel ils s'appliquent*, tandis qu'elle désigne les meubles incorporels sous le nom de meubles *par la détermination de la loi*. Or on se demande, sans en trouver de raison bien plausible, pourquoi le législateur emploie des formules différentes pour exprimer des idées identiques, ce qui ne peut que jeter de la confusion dans l'esprit. Puisqu'on avait choisi l'expression d'immeubles *par l'objet auquel ils s'appliquent* pour désigner les immeubles incorporels, il aurait fallu désigner parallèlement les meubles incorporels sous le nom de *meubles par l'objet auquel ils s'appliquent*. Ces expressions ont d'ailleurs l'avantage d'indiquer la raison d'être du classement des droits soit dans la catégorie des meubles, soit dans celle des immeubles : elles contiennent en quelque sorte une définition de la chose qu'elles désignent ; tandis que les expressions *immeubles* ou *meubles par la détermination de la loi* peuvent laisser croire que les droits sont rangés, soit dans la catégorie des meubles, soit dans celle des immeubles, en vertu d'une détermination arbitraire du législateur.

2° Que, tandis que la loi distingue trois classes d'immeubles, elle ne distingue plus que deux classes de meubles. Le terme qui manque dans la classification des meubles, c'est celui correspondant aux immeubles par destination ; il n'y a pas de meubles par leur destination. La raison en est simple : l'esprit conçoit facilement qu'un objet mobilier puisse devenir immeuble en qualité d'accessoire d'un immeuble, mais il ne concevrait pas qu'un immeuble pût devenir meuble en qualité d'accessoire d'un meuble.

§ I. Des meubles par leur nature.

1237. « *Sont meubles par leur nature, les corps qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre, soit qu'ils se meuvent par eux-mêmes, comme les animaux, soit qu'ils ne puissent changer de*

» place que par l'effet d'une force étrangère comme les choses inanimées » (art. 528).

Nos anciens appelaient meubles *vifs* ceux qui peuvent se transporter par eux-mêmes, et meubles *morts* ceux qui ne peuvent être transportés que par l'effet d'une force étrangère. Cette distinction n'offre en droit aucun intérêt.

L'art. 531, qui trouve sa place toute naturelle, ainsi que l'art. 532, à la suite de l'art. 528, énumère certains objets mobiliers qu'on aurait peut-être été tenté de ranger dans la catégorie des immeubles, à cause de leur fixité ou de leur valeur : « *Les bateaux, bacs, navires, moulins, et bains sur bateaux, et généralement toutes usines non fixées par des piliers, et ne faisant point partie de la maison, sont meubles : la saisie de quelques-uns de ces objets peut cependant, à cause de leur importance, être soumise à des formes particulières, ainsi qu'il sera expliqué par le Code de la procédure civile* ».

En ce qui concerne l'explication des mots : « et généralement toutes usines non fixées par des piliers, et ne faisant pas partie de la maison », voyez *supra* n. 1213.

Aux termes de l'art. 532 : « *Les matériaux provenant de la démolition d'un édifice, ceux assemblés pour en construire un nouveau, sont meubles jusqu'à ce qu'ils soient employés par l'ouvrier dans une construction* ». Dans un cas, le lien qui doit unir les matériaux au sol n'est pas encore noué, dans l'autre il est rompu.

— *De la démolition d'un édifice.* Les fragments d'un édifice, qui en auraient été séparés par suite d'un accident, comme un tuyau de cheminée que le vent aurait abattu, ne cesseraient pas d'être immeubles en attendant leur réintégration. Il en serait de même des portions de l'édifice qui en auraient été temporairement détachées. Ainsi une porte, qu'on déplace momentanément pour une réparation, ne cesse pas d'être immeuble. *Ea quæ ex ædificio detracta sunt ut reponantur, ædificii sunt.* Mais si un propriétaire démolit sa maison en vue de la reconstruire, les matériaux provenant de la démolition seront meubles jusqu'à la reconstruction.

§ II. Des meubles par la détermination de la loi.

1238. Les meubles qui composent cette catégorie sont des meubles incorporels, autrement dit des droits mobiliers. Nous savons que les droits, en leur qualité de choses incorporelles, ne sont à proprement parler ni meubles ni immeubles. Mais, en vertu d'une fiction, la loi les fait rentrer dans l'une ou dans l'autre catégorie, suivant la nature de leur objet. D'après ces données, les droits ayant des meubles pour objet sont meubles. Ce sont précisément ces droits que le législateur désigne ici sous le nom de *meubles par la détermination de la loi*. L'art. 529 en donne une énumération incomplète : « *Sont meubles par la détermination de la loi, les obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers, les actions ou intérêts dans les compagnies de*

» *finance, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles*
 » *dépendants de ces entreprises appartiennent aux compagnies. Ces*
 » *actions ou intérêts sont réputés meubles à l'égard de chaque asso-*
 » *cié seulement, tant que dure la société. — Sont aussi meubles par*
 » *la détermination de la loi les rentes perpétuelles ou viagères, soit*
 » *sur l'Etat, soit sur les particuliers* ».

Les divers termes de l'énumération de notre article demandent à être étudiés avec soin.

1. *Obligations et actions ayant pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers.*

1239. Deux explications ont été proposées des mots *obligations et actions*. — D'après la première, le mot *obligation* désignerait une obligation *active*, c'est-à-dire une obligation envisagée par rapport au créancier, ou en d'autres termes une créance. Il est arrivé deux fois au législateur de désigner les créances sous une dénomination équivalente, celle de *dettes actives* (art. 533 et 536). Quant à l'*action* ce serait la créance mise en exercice, la créance à l'état de lutte judiciaire parce qu'elle est contestée, ou à l'état de lutte extrajudiciaire parce que le débiteur, sans contester le droit du créancier, refuse de payer, et que le créancier est obligé d'avoir recours aux voies rigoureuses pour l'y contraindre. — D'après la seconde explication, qui nous paraît préférable, l'*obligation* serait la dette, et l'*action* la créance, de sorte que la loi envisagerait ici les deux faces du droit, pour nous dire qu'il est mobilier sous l'un comme sous l'autre aspect quand son objet est mobilier.

L'art. 529 ajoute : « qui ont pour objet des sommes *exigibles* ou » des effets mobiliers ». On désigne ordinairement sous le nom de sommes *exigibles* celles dont le paiement peut être immédiatement exigé, par opposition aux dettes *à terme*, dont le paiement ne peut être exigé qu'à l'expiration du temps fixé. Si tel était ici le sens des mots *sommes exigibles*, la loi donnerait à entendre que les créances, qui ont pour objet des sommes payables à terme, ne sont pas mobilières : ce qui serait un non-sens, le terme ne pouvant pas, bien évidemment, influencer sur la nature mobilière ou immobilière de la créance. La loi oppose ici les créances de sommes *exigibles* aux *rentes*, dont il est question dans la partie finale de l'article. Les *rentes* sont des créances dont le capital n'est pas *exigible*, en ce sens que le créancier s'est interdit à tout jamais le droit d'en demander le remboursement. En un mot, les créances de sommes *exigibles* sont les créances de sommes dont le créancier peut immédiatement, ou pourra, après l'expiration d'un cer-

tain temps, exiger le paiement, par opposition aux *rentes*, dont le créancier ne peut à aucune époque exiger le remboursement.

2. *Actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie.*

1240. Le mot *action* a ici un sens tout à fait différent de celui que la loi vient de lui donner dans la première partie de l'art. 529 : il désigne le *droit qui appartient à chaque associé dans une compagnie ou société de finance, de commerce ou d'industrie*. Ce droit se résume, pour chaque associé, dans la faculté de réclamer périodiquement, tant que dure la société, sa part des bénéfices réalisés, qui sont distribués aux associés sous le nom de *dividendes*, et, lors de la dissolution de la société, sa part dans le fonds social.

Ainsi une société commerciale se fonde au capital de 100,000 fr., et ce capital est divisé en cent actions de 1,000 fr. chacune. Chaque action représente donc un centième du capital social, et donne droit par suite à un centième des bénéfices réalisés par la société, pendant toute sa durée, et, lors de sa dissolution, à un centième du fonds social.

Le mot *intérêt* désigne aussi le droit éventuel qu'a un associé de réclamer pendant la durée de la société une quote-part des dividendes, et, lors de la dissolution, une quote-part du fonds social. Ainsi l'intérêt et l'action ont la même nature et confèrent les mêmes avantages ; aussi notre article les assimile-t-il en les déclarant l'un et l'autre meubles par la détermination de la loi (1).

(1) Toutefois, il faut se garder de confondre l'action avec l'intérêt ; il y a entre ces deux droits une profonde différence, que nous résumerons de la manière suivante : la distinction de l'intérêt et de l'action correspond à la distinction aussi légale que rationnelle des *sociétés de personnes* et des *sociétés de capitaux*, celles-là formées en considération de la personne des associés, *intuitu personarum*, celles-ci constituées uniquement en vue des capitaux qu'ils promettent d'apporter, *intuitu pecuniarum*. Dans la première catégorie rentre la société en nom collectif, la commandite par intérêt ; dans la seconde, les sociétés anonymes, la commandite par actions. L'intérêt constitue une part d'associé dans une société de personnes, l'action représente une part d'associé dans une société de capitaux. C'est la nécessité de la transmissibilité des titres sociaux, qui a poussé la pratique commerciale, et sur ses traces la loi à consacrer cette distinction. Si l'on recherche à ce point de vue l'élément essentiel de différence que présente cette *summa divisio* des sociétés, on voit que, dans les sociétés de personnes, les associés ne peuvent pas transmettre leur qualité d'associé sans le consentement des autres associés. Principe de droit commun, que le droit romain avait déjà formulé : « *Quum enim societas consensu contrahatur, socius mihi esse non potest quem ego socium esse nolui* » (D., l. 19, *Pro socio*), et que notre code civil a reproduit dans l'art. 1861. Tandis que, dans les sociétés de capitaux, il est essentiel que chacun des associés puisse transmettre sa qualité d'associé à qui bon lui semble, sans avoir besoin de l'assentiment de ses coassociés. L'argent de l'un vaut en effet l'argent de l'autre. De là cette notion de l'action, aussi précise que vraie : l'action est un titre qui représente la part d'un associé et qu'il peut transmettre à qui bon lui semble par sa seule volonté. L'intérêt sera par suite un titre, représentant également la part d'un associé, et dont la transmission est subordonnée dans une mesure plus ou moins large à l'assentiment des autres associés. — Note de M. Aug. Ribéreau, professeur de droit commercial à la Faculté de droit de Bordeaux. Cpr. Cass., 2 août 1886, S., 87. 1. 329, D., 87. 1. 293.

1241. Il est tout simple que les actions ou intérêts... soient meubles, quand le fonds social ne comprend que des meubles.

Mais la loi ajoute qu'il en est de même, lorsque « des immeubles » dépendants de ces entreprises appartiennent aux compagnies ». Il semble bien pourtant qu'en pareil cas le droit de chaque associé, c'est-à-dire l'action ou l'intérêt, devrait être immeuble en tant que s'appliquant à une chose immobilière (arg. art. 526).

Pour expliquer cette disposition, il faut nécessairement admettre que la loi considère le fonds social comme appartenant, non aux associés indivisément, mais exclusivement à la société ou compagnie, dont elle fait *par une fiction de droit* une personne distincte de celle des associés (personne *civile, morale, juridique*, v. *supra* n. 106). Cela posé, le droit de chaque associé, c'est-à-dire de chaque personne ayant dans la société soit un intérêt, soit une ou plusieurs actions, se réduit, tant que la société dure, à demander, sous forme de *dividende*, sa part proportionnelle des bénéfices réalisés par la société ; et, comme ces bénéfices consistent toujours dans une somme d'argent, chose essentiellement mobilière, on s'explique ainsi très simplement que la loi ait considéré l'action ou l'intérêt comme un droit mobilier, tant que dure la société, par application même de la maxime : *Actio ad mobile est mobilis*. En deux mots, la société, personne juridique distincte de celle des associés, est seule propriétaire du fonds social ; les associés ou actionnaires ne sont que ses ayant cause, et ne peuvent à ce titre réclamer, tant que la société dure, que des sommes d'argent représentant leur part dans les bénéfices réalisés ; leur droit est donc mobilier, puisqu'il a pour objet une chose mobilière.

Ainsi, notre disposition n'est qu'une conséquence de la personnalité des sociétés commerciales ; elle la suppose nécessairement, et, comme cette personnalité n'est elle-même que le résultat d'une fiction, c'est fictivement aussi que les actions ou intérêts sont meubles quand il y a des immeubles dans la société, idée que la loi exprime par ces mots : *sont RÉPUTÉS meubles*.

On aurait tort d'ailleurs de conclure de la disposition qui vient d'être analysée que toutes les sociétés constituent des personnes morales. L'art. 529 ne peut attribuer ce caractère qu'à celles dont il parle, c'est-à-dire aux compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, ou en d'autres termes aux sociétés commerciales (à l'exception toutefois de l'association en participation. Bordeaux, 29 mars 1887, S., 89. 2. 33, D., 88. 2. 228). Il laisse donc la question entière pour les sociétés civiles : ce n'est pas ici le lieu de la discuter. V. t. III, n. 760.

1242. Du principe que le fonds social appartient, non aux associés, mais à la société, quand elle constitue une personne morale, résultent deux conséquences : — 1° Les associés ne peuvent pas, même pour leur part, vendre les biens de la société ou les hypothéquer au profit de leurs créanciers personnels (arg. art. 1599 et 2124) ; ce droit n'appar-

tient qu'à la société; — 2° Les créanciers personnels des associés ne peuvent pas saisir, du chef de leur débiteur, les biens meubles et immeubles qui composent le fonds social, car un créancier ne peut saisir que les biens de son débiteur. Ce droit appartient au contraire aux créanciers de la société.

De cet autre principe, conséquence du précédent, que le droit de chaque associé, dans une société constituant une personne civile, est meuble tant que dure la société, résultent les déductions suivantes : — 1° La cession que fait un associé, de son action ou de sa part d'intérêt, pendant la durée de la société, ne sera jamais passible du droit de mutation fixé pour les ventes *immobilières*, alors même qu'il y aurait des immeubles dans la société; — 2° Si un associé meurt pendant la durée de la société, ayant légué ses meubles à une personne et ses immeubles à une autre, ses actions et parts d'intérêts passeront au légataire des meubles; — 3° Si un associé se marie pendant la durée de la société, sous le régime de la communauté, ses actions et parts d'intérêts tomberont dans la communauté (arg. art. 1401-1°); — 4° L'action ou la part d'intérêt dans une société n'est pas susceptible d'hypothèques, même quand la société comprend des immeubles (arg. art. 2118). V. cependant sur ces divers points Mongin, *Etude sur la situation juridique des sociétés dénuées de personnalité*, *Rev. crit.*, 1890, p. 697 et s.

* 1243. « Ces actions ou intérêts, dit la loi, sont réputés meubles à l'égard de chaque associé seulement, tant que dure la société ».

= *A l'égard de chaque associé seulement*. La loi veut dire, mais elle le dit en termes inexacts, que, si le droit de chaque associé est meuble, même quand il y a des immeubles dans la société, il n'en est pas de même du droit de la société, qui est évidemment immobilier en tant qu'il porte sur des immeubles. Ainsi la société peut hypothéquer les immeubles dépendant du fonds social; elle ne le pourrait pas, si son droit sur ces immeubles était considéré comme mobilier (arg. art. 2118). De même, si elle vend ces immeubles, il y aura lieu à la perception du droit de vente immobilière; si ses créanciers les saisissent, ils devront procéder dans les formes de la saisie immobilière...

Nous disons que la formule employée par la loi est inexacte; car il est clair que ce n'est pas à l'égard de chaque associé seulement que l'action ou l'intérêt est meuble, mais *erga omnes*, même à l'égard des ayant cause des associés, tels que leurs créanciers, et à l'égard des tiers, par exemple du fisc réclamant le droit de mutation en cas de vente de l'action ou de l'intérêt. On ne concevrait pas d'ailleurs qu'un même droit fût considéré comme mobilier à l'égard de celui-ci et comme immobilier à l'égard de celui-là.

= *Tant que dure la société*. Lorsque la société est dissoute, elle cesse d'exister comme personne morale, et par suite d'être propriétaire des biens dépendant de l'entreprise. Ces biens appartiennent désormais aux associés, qui en sont copropriétaires par indivis. Quelle est alors la nature du droit de chaque associé sur lesdits biens? Est-il mobilier ou immobilier? Tout dépend du résultat du partage qui sera fait tôt ou tard entre les associés. En effet le partage des sociétés, comme celui des successions, produit un effet rétroactif au jour où a commencé l'indivision, c'est-à-dire au jour de la dissolution de la société (arg. art. 883 et 1872).

De là il résulte : 1° que le droit de l'associé, qui n'obtiendra que des immeubles dans son lot, sera considéré comme ayant toujours été immobilier depuis la dissolution de la société; 2° que le droit de l'associé qui n'obtiendra que des meubles, sera regardé comme ayant toujours été mobilier à dater de la même époque; 3° enfin, que le droit de l'associé qui obtiendra des meubles et des immeubles, sera considéré comme ayant été partie mobilier et partie immobilier.

* 1244. Ce qui vient d'être dit relativement à la nature des actions ou intérêts après la dissolution de la société pourrait paraître au premier abord contraire à la jurisprudence de la cour de cassation (dernier arrêt : 13 janv. 1892, S., 92. 1. 100), qui décide que la société dissoute cesse à la vérité d'exister comme personne distincte pour l'avenir, en ce sens qu'elle ne peut plus continuer les opérations en vue desquelles elle avait été constituée, mais qu'elle continue d'exister pour se liquider, *qu'elle est considérée comme subsistante pour les besoins de la liquidation*, suivant la formule d'un arrêt de la cour de

Bordeaux du 30 mars 1886 (S., 88. 2. 180, D., 86. 2. 284). La force des choses le veut ainsi, dit la cour ; autrement la liquidation serait impossible dans les sociétés où il y a un grand nombre d'associés ; car elle exigerait le concours de tous les associés, et si parmi eux il y avait des mineurs, ce qui arrivera souvent, il faudrait remplir les formalités longues et coûteuses, prescrites par la loi pour garantir les intérêts de ces incapables. Résulte-t-il de là, comme le prétend M. Laurent (t. V, n. 503), que la cour suprême considère les actions de la société dissoute comme continuant encore à être mobilières ? Nous ne le croyons pas. La cour dit, dans un arrêt du 27 juillet 1863 (D., 63. 1. 460, S., 63. 1. 457), que « la société n'est pas complètement éteinte, qu'elle continue d'exister *dans la mesure d'existence nécessaire à l'accomplissement des actes de liquidation* », et dans un autre arrêt du 29 mai 1865, que, « suivant la formule employée dans le langage commercial, *elle ne subsiste plus que pour sa liquidation* ». A tous autres points de vue, la cour de cassation considère donc la société comme dissoute, et par conséquent au point de vue de la nature des actions ou intérêts. Car il n'est nullement nécessaire, pour que la société puisse se liquider, que ces actions ou intérêts continuent à avoir la nature de meubles : il suffit que les liquidateurs puissent disposer librement des biens de la société, alors même qu'il y a des incapables parmi les associés, et que les associés ne puissent pas *ut singuli* vendre ou hypothéquer les biens dépendant de la société dissoute, même pour leur part, ni toucher le prix des biens vendus par les liquidateurs (1). D'ailleurs, si les actions continuaient à être mobilières après la dissolution de la société, il faudrait, dans l'espèce qui vient d'être discutée, en attribuer le profit au légataire des meubles. En l'attribuant au légataire des immeubles, quand le lot qui leur correspond ne comprend que des immeubles, M. Laurent nous semble tomber dans une contradiction manifeste (t. V, n. 503).

3. Rentes perpétuelles ou viagères soit sur l'Etat, soit sur les particuliers.

1245. Une rente consiste dans le droit de demander à perpétuité ou pendant un certain temps la prestation périodique de sommes d'argent ou de denrées. Exemple : Vous vous engagez envers moi, moyennant un capital de 20,000 fr. que je vous abandonne, à me payer annuellement, tant que je vivrai, une somme de 2,000 fr. C'est l'hypothèse de la rente viagère.

Celui auquel appartient la rente ne peut en aucun cas exiger le remboursement du capital moyennant lequel la rente a été créée ; ce capital est définitivement aliéné. C'est cette idée qu'on exprime en disant que le capital de la rente n'est pas exigible.

On appelle *crédi-rentier* celui auquel la rente est due, *débi-rentier* celui qui la doit, et *arrérages* les produits de la rente. Il ne faut donc pas confondre, comme on le fait quelquefois, les arrérages avec la rente ; il y a entre la rente et les arrérages la différence qui existe entre un fonds de terre et les fruits qu'il produit.

On oppose les *arrérages*, qui sont le produit d'un capital *non exigible*, aux *intérêts*, qui sont le produit d'un capital *exigible*. Voyez l'art. 584 où cette opposition est nettement établie.

(1) Et toutefois une jurisprudence constante décide qu'au regard de la loi fiscale la société en liquidation est encore réputée existante, et que par suite, tant que la liquidation n'est pas terminée, la cession faite par l'un des associés de sa part dans la société n'est passible que du droit de 0,50 (1) afférent aux ventes mobilières, alors même qu'il y a des immeubles dans la société. Cass., 21 déc. 1857, S., 59. 1. 129, et 13 janv. 1862, S., 92. 1. 100. V. cep. Cass., 24 mai 1892, S., 92. 1. 469.

Les rentes ayant toujours pour objet une chose mobilière, puisque leurs arrérages consistent en sommes d'argent ou en denrées, notre article les déclare meubles, par application de la règle *Actio ad mobile est mobilis*.

1246. On distingue deux espèces de rentes : les rentes *perpétuelles* et les rentes *temporaires*.

Les rentes perpétuelles sont celles qui doivent durer indéfiniment. Le débi-rentier, et après lui ses représentants, en serviront les arrérages à perpétuité au crédi-rentier ou à ses ayant cause.

Les rentes temporaires sont celles qui ne doivent durer que pendant un certain temps, la vie d'une personne par exemple.

1247. Perpétuelle ou temporaire, la rente peut être *foncière* ou *constituée*, suivant qu'elle est établie comme prix de l'aliénation d'un fonds ou comme prix de l'aliénation d'un capital mobilier.

1248. RENTES FONCIÈRES. — La rente foncière est celle qui est établie comme condition de la cession d'un fonds. Ainsi je vous rends propriétaire de tel immeuble valant 100,000 fr., à la condition que vous servirez à perpétuité, à moi et à mes successeurs après moi, une rente annuelle de 3,000 fr. C'est le cas de la rente foncière perpétuelle, au sujet de laquelle l'art. 530 dispose : « 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. — » Il est néanmoins permis au créancier de régler les clauses et con- » ditions du rachat. — Il lui est aussi permis de stipuler que la » rente ne peut lui être remboursée qu'après un certain terme, » lequel ne peut jamais excéder trente ans : toute stipulation con- » traire est nulle ».

C'est seulement la rente foncière *perpétuelle* que notre article déclare rachetable (arg. des mots *établie à perpétuité*). Il en est donc autrement de la rente *temporaire*. C'est que le débiteur d'une rente temporaire n'est pas, comme le débiteur d'une rente perpétuelle, exposé à rester indéfiniment enchaîné dans les liens de son obligation. — Le rachat de la rente consiste dans le remboursement du capital de la rente. Le crédi-rentier d'une rente foncière perpétuelle ne peut jamais exiger ce remboursement, mais le débiteur a le droit de le lui imposer.

Peu importe d'ailleurs, du moment que la rente est perpétuelle, qu'elle ait été établie *pour prix de la vente d'un immeuble, ou comme condition de la cession à titre gratuit ou onéreux d'un fonds* (art. 530).

Pour prix de la vente d'un immeuble. Exemple : Je vous vends tel immeuble moyennant une rente perpétuelle de 3,000 fr. Quand la rente foncière est établie à titre de vente, le crédi-rentier a le privilège du vendeur pour le paiement des arrérages de la rente (arg. art. 2103-1°).

Comme condition de la cession à titre gratuit d'un fonds. Exemple : Je vous fais donation de tel immeuble valant 100,000 fr. à la condition que vous me servirez une rente perpétuelle de 1,000 fr.

Comme condition de la cession à titre onéreux... Exemple : Je vous échange tel immeuble valant 100,000 fr. contre tel autre en valant 60,000, moyennant un retour consistant en une rente perpétuelle de 1,500 fr.

La loi ajoute : *Il est néanmoins permis au créancier de régler les clauses et conditions du rachat.* Ainsi, en vous vendant un immeuble moyennant une rente perpétuelle de 3,000 fr., je puis convenir avec vous que la rente ne pourra être rachetée que moyennant un capital de 150,000 fr. Ce n'est pas une convention usuraire ; car elle équivaut à ceci : Je vous vends mon immeuble pour 150,000 fr., que vous garderez à perpétuité et dont vous me servirez l'intérêt à deux pour cent. Or, quelque exagéré que puisse être le chiffre fixé, il ne peut donner lieu à aucune critique ; car une vente n'est jamais susceptible d'être attaquée pour cause d'exagération du prix : on peut vendre un immeuble dix fois sa valeur.

Toutefois, s'il apparaissait d'une manière évidente que l'aliénateur a fixé pour le remboursement un prix hors de toute proportion avec la véritable valeur de l'immeuble, cela en vue de rendre impossible l'exercice du droit de rachat, cette convention devrait être annulée par application de l'art. 6, et le rachat pourrait être effectué conformément aux règles du droit commun, c'est-à-dire de la même manière que si aucune convention n'était intervenue à cet égard ; car la loi dit que toute rente est *essentiellement* rachetable. Cpr. Cass., 28 février 1887, S., 88. 1. 414, D., 88. 1. 127.

Enfin l'aliénateur peut stipuler que la rente ne pourra lui être remboursée qu'au bout d'un certain temps qui ne peut jamais excéder trente ans. La loi ajoute : « toute stipulation contraire est nulle ». Entendez réductible à trente ans (arg. art. 1660).

* **1249. Historique des rentes foncières.** — La rente foncière présentait dans notre ancien droit des caractères particuliers qu'il est intéressant de connaître.

La convention, qui donnait naissance à la rente foncière, portait le nom de *bail à rente*. Pothier donne du bail à rente cette définition : « Le bail à rente est un contrat par lequel l'une des parties (le bailleur) baille et cède à l'autre (le preneur) un héritage ou quelque droit immobilier, et s'oblige de le lui faire avoir à titre de propriétaire, sous la réserve qu'il fait d'un droit de rente annuelle d'une certaine somme d'argent, ou d'une certaine quantité de fruits, qu'il retient sur ledit héritage, et que l'autre partie s'engage réciproquement envers elle de lui payer tant qu'elle possèdera ledit héritage ». La rente ainsi établie portait le nom de *census reservativus*, parce qu'elle résultait, ainsi qu'on vient de

le voir, d'une *réserve* faite par le bailleur, qui n'avait aliéné son fonds que déduction faite de la rente dont il l'avait chargé. Cette rente constituait un droit réel retenu par le bailleur, *pars quædam dominii*. L'immeuble en était le principal débiteur; le détenteur n'en était personnellement tenu qu'à raison de sa possession et seulement pour les arrérages échus pendant sa jouissance.

De là résultaient plusieurs conséquences :

1^o La rente foncière était immobilière, car elle constituait un droit dans l'immeuble. Aujourd'hui les rentes foncières sont mobilières (art. 529). La loi du 11 brumaire de l'an VII les avait déjà presque mobilisées en les déclarant non susceptibles d'hypothèques.

2^o Le bailleur pouvait demander le paiement des arrérages de la rente à toute personne qui détenait l'immeuble à un titre quelconque. Le crédi-rentier n'aurait aujourd'hui ce droit que dans le cas où la constitution de rente aurait fait naître à son profit un privilège ou une hypothèque, ce qui a lieu, il est vrai, dans la plupart des cas. Voyez t. III, n. 1149.

3^o Le détenteur de l'immeuble grevé de la rente pouvait se libérer de l'obligation d'en payer les arrérages à venir (1) en vendant l'immeuble ou encore en *déguerpir*, c'est-à-dire en abandonnant l'immeuble; car la rente était due par l'immeuble plutôt que par la personne. Ce droit finit par être accordé, sous certaines conditions, même au preneur, auquel il était originairement refusé. Pour parer à ce danger, le bailleur stipulait souvent la clause de *fournir et faire valoir*, en vertu de laquelle le preneur s'engageait *personnellement* au paiement de la rente. Son obligation devenant alors indépendante de la possession de l'immeuble, il ne pouvait s'y soustraire en abandonnant cette possession par le *déguerpissement*. Aujourd'hui le débi-rentier ne jouirait en aucun cas de la faculté de *déguerpir*; car la rente foncière n'est plus qu'une simple créance d'arrérages, et par suite le débi-rentier est tenu de ce chef d'une obligation personnelle.

4^o La rente foncière était irrachetable : autrement dit le preneur ne pouvait pas se soustraire à l'obligation d'en payer les arrérages, en remboursant le capital de la rente. Le rachat aurait constitué en effet une sorte d'expropriation pour le bailleur, qui eût été ainsi privé, contrairement à sa volonté, du droit de propriété (*pars quædam dominii*) qu'il s'était réservé dans l'immeuble. Des ordonnances de Charles VII (1441) et d'Henri II (1553) autorisèrent le rachat pour cause d'utilité publique de la plupart des rentes foncières existant sur des maisons de ville. Il arrivait souvent en effet que les propriétaires laissaient tomber leurs maisons en ruine, lorsque les rentes dont elles étaient grevées étaient supérieures à leur revenu. La loi du 4 août 1789 déclara rachetables toutes les rentes foncières perpétuelles, et on vient de voir que l'art. 530 consacre le même principe. Ainsi se trouve supprimée l'entrave que les rentes foncières apportaient à la libre circulation des fonds. Comment trouver acquéreur pour un immeuble grevé d'une charge perpétuelle et irrachetable ?

* 1250. La rente foncière, telle que la consacre notre droit actuel, ne ressemble donc guère à la rente foncière de notre ancien droit; aussi lui a-t-on contesté même le droit de conserver son nom, que le code civil d'ailleurs ne prononce pas.

1251. RENTES CONSTITUÉES. — La rente constituée est celle qui est établie comme condition de la cession d'un capital mobilier.

Exemple : Je vous donne un capital de 100,000 fr. en argent, à la condition que vous me servirez 3,000 fr. de rente perpétuelle.

C'est donc l'origine de la rente, sa cause, qui distingue la rente constituée de la rente foncière. Celle-ci suppose l'aliénation d'un immeuble, celle-là l'aliénation d'un capital mobilier. Voyez l'art. 1909.

(1) Il en était autrement des arrérages civilement échus pendant la durée de sa possession, au moins lorsqu'il avait eu connaissance de la rente ou lorsqu'il était réputé en avoir eu connaissance. En possédant l'immeuble chargé de la rente, il s'obligeait personnellement *quasi ex contractu* à en payer les arrérages.

Il est facile d'apercevoir la différence qui existe entre la constitution de rente en perpétuel et le prêt à intérêt. Dans le prêt, l'emprunteur s'oblige à rembourser au bout d'un certain temps. Dans la constitution de rente perpétuelle, le débi-rentier n'est jamais tenu au remboursement. Mais il a le droit de rembourser; car les rentes constituées en perpétuel sont essentiellement rachetables (art. 1911 al. 1). Toutefois les parties peuvent convenir « que » le rachat ne sera pas fait avant un délai qui ne pourra excéder » dix ans » (art. 1911 al. 2).

C'est presque toujours à la constitution de rente que l'Etat a recours quand il fait appel au crédit. Ainsi l'Etat dira : « A toute personne qui me versera 100 fr., je paierai 4 fr. de rente perpétuelle ». L'Etat obtient ainsi de l'argent qu'il n'est jamais tenu de rembourser. Mais il a le droit de remboursement (art. 1911 al. 1). En fait, il n'en use guère que pour se soustraire en partie à ses engagements. Quand les circonstances sont favorables, c'est-à-dire quand le crédit public est solidement assis, l'Etat vient dire aux rentiers : « Au lieu de 4 fr. de rente, je ne paierai plus désormais que 3 fr. 50. Ceux qui voudront accepter cette réduction n'auront qu'à garder le silence. Ceux qui ne le voudront pas, le feront savoir dans un délai de..., passé lequel ils seront forclos, et ils seront remboursés à 100 fr., somme égale à celle qui a été versée ». C'est la *conversion*. Si la rente vaut en bourse 110 fr. par exemple au moment où l'opération est tentée, les rentiers, qui ne peuvent pas tous s'entendre pour faire échouer l'opération en demandant le remboursement, acceptent la réduction ou vendent leurs titres en bourse. Et la conversion est opérée.

* **1251 bis. Historique des rentes constituées.** Dans notre ancien droit, la constitution de rente était considérée comme une vente, et non comme un prêt. La chose vendue, c'était la rente; il y avait cela de particulier que cette chose était *constituée*, c'est-à-dire créée par le contrat de vente, d'où le nom de *rente constituée*, *census constitutivus*. Le prix, c'était le capital abandonné par l'acheteur comme contre-valeur de la rente. A vrai dire, la constitution de rente fut imaginée pour éluder la prohibition du prêt à intérêt. Nos anciens docteurs distinguaient deux espèces de rentes constituées, les personnelles et les réelles.

La rente *personnelle* était celle au service de laquelle le vendeur n'avait obligé que sa personne, sans y affecter spécialement aucun de ses biens. Les rentes personnelles étaient considérées comme usuraires et réprouvées à ce titre, comme le prêt à intérêt dont elles étaient une image trop fidèle.

La rente était *réelle*, lorsque le vendeur y avait affecté un de ses biens sur lequel la rente était assise ou *assignée*, d'où la dénomination de *census consignativus*. Les rentes assignées étaient généralement considérées comme justes et licites, du moins lorsque les immeubles qui leur servaient d'assiette étaient frugifères et que le produit annuel de ces immeubles était au moins égal aux arrrages de la rente. Ce point de droit ne fit plus de doute après les bulles des papes Martin V, en 1423, et Calixte III, en 1455.

Les rentes assignées étaient irrachetables, contrairement aux bulles précitées qui ne

furent point reçues sur ce point. En effet c'était une vente qui leur donnait naissance, et la vente confère des droits irrévocables, à moins que le contrat ne contienne une clause de rachat. On en conclut « que les fonds sur lesquels elles (les rentes) avaient été assises et assignées étaient aliénés jusqu'à concurrence, non toutefois réellement et effectivement, parce que le domaine et la possession en demeuroient toujours aux débiteurs ; mais indirectement, en ce que la propriété en étoit diminuée de valeur, et que les rentes comme charges réelles tenoient aux acheteurs lieu des fonds et les représentoient. De sorte que dans ces temps-là les rentes constituées ne différoient des foncières, qu'en ce que les foncières étoient réservées ou retenues en transférant les fonds, au lieu que les constituées à prix d'argent étoient imposées par les propriétaires sur leurs fonds sans translation ni tradition ». Eusèbe de Laurière, *Ténement de cinq ans*, ch. II, n. 13.

A la date du 10 mai 1557, le parlement de Paris, consacrant la doctrine de Dumoulin, rendit un arrêt célèbre, ordonnant l'insertion dans la coutume de Paris d'un nouvel article, substitué aux anciens articles 58 à 61, duquel il résultait que les rentes assignées n'étaient plus réputées faire partie des fonds comme les foncières, et n'en diminuaient plus la valeur. « Aujourd'hui, dit Eusèbe de Laurière, sur l'art. 99 de la coutume de Paris, le droit des rentes constituées est entièrement changé... ; elles ne sont plus des droits réels ni dus par les fonds, mais elles sont dues par les personnes, et les fonds y sont seulement hypothéqués, comme aux simples dettes exigibles ». Il en résultait que celui qui avait constitué la rente, le vendeur, ne pouvait plus se soustraire à l'obligation d'en payer les arrérages en déguerpissant, c'est-à-dire en abandonnant l'immeuble assigné à la rente. Une autre conséquence du nouveau principe fut que les rentes constituées cessèrent d'être irrachetables. Logiquement, il aurait dû en résulter aussi que les rentes constituées étaient mobilières. Cependant la plupart de nos anciennes coutumes, notamment celles de Paris (art. 94) et d'Orléans (art. 351), les considéraient comme immobilières.

Depuis l'arrêt de 1557, on ne fit plus de difficulté pour considérer comme licites toutes les rentes personnelles, même celles constituées sans assignation.

1252. Différences entre les rentes foncières et les rentes constituées en perpétuel dans notre droit actuel. — 1^o En créant une rente foncière, les parties peuvent convenir qu'elle ne sera pas remboursée avant trente ans (art. 530) tandis que, pour les rentes constituées en perpétuel, le délai *maximum* est de dix ans (art. 1911 al. 2).

2^o Les parties peuvent régler comme elles l'entendent le taux des arrérages de la rente foncière. Elles n'ont pas la même latitude en ce qui concerne les arrérages de la rente constituée, que le code civil considère, à tort ou à raison, comme une variété du prêt à intérêt (art. 1909) ; la convention serait usuraire, au moins en matière civile, si les arrérages dépassaient le taux fixé par la loi du 3 septembre 1807.

3^o Dans la rente constituée, le crédi-rentier ne peut pas, comme dans la rente foncière, régler les conditions du rachat, en convenant par exemple que le débi-rentier remboursera un capital supérieur au capital reçu : une semblable convention serait usuraire.

* 4^o Le paiement des arrérages de la rente foncière est garanti par le privilège du vendeur, au moins quand la rente a été constituée comme *prix* de la cession d'un fonds (art. 2103-1^o). Au contraire, le crédi-rentier d'une rente constituée moyennant un capital en argent, n'a pas de privilège pour le paiement des arrérages.

* 5^o La vente d'un immeuble moyennant une rente foncière peut, le cas échéant, donner lieu à la rescision pour cause de lésion de plus de sept douzièmes au préjudice du vendeur (arg. art. 1674). Au contraire, le préjudice subi par le crédi-rentier dans le contrat de constitution de rente, ne peut jamais donner ouverture à une action en rescision (arg. art. 1118).

* 6^o Le crédi-rentier d'une rente constituée ne peut demander la résolution du contrat pour défaut de paiement des arrérages qu'autant que le débi-rentier est resté deux années au moins sans les payer (art. 1912). Le crédi-rentier d'une rente foncière n'est pas obligé d'attendre l'expiration de ce délai pour agir en résolution contre le débiteur qui n'exécute pas son obligation (arg. art. 1654).

1253. L'énumération, que donne l'art. 529, des meubles par la détermination de la loi, n'est pas complète. Il faut y ajouter : 1° l'usufruit des choses mobilières; 2° les actions qui tendent à obtenir la propriété ou l'usufruit d'une chose mobilière; 3° les offices transmissibles, tels que ceux de notaire, d'avoué; 4° les fonds de commerce. Un fonds de commerce est un *nomen juris* ayant pour objet non seulement les marchandises composant le fonds de commerce mais aussi l'enseigne et l'achalandage, quelquefois aussi le droit au bail. Riom, 30 mars 1892, D., 92. 2. 220, et Paris, 21 juillet 1892, D., 93. 2. 108.

1254. Définitions légales des mots meubles, mobilier, etc. — Notre loi ne pourrait que gagner à la suppression des art. 533 à 536 qui contiennent ces définitions. En effet on conçoit que le législateur n'a pas pu s'astreindre à prendre, dans les divers textes législatifs, les mots *meubles, mobilier...* dans le sens des définitions qu'il donne de ces expressions; encore moins a-t-il pu obliger les particuliers à employer ces expressions avec leur sens légal dans les divers actes qu'ils rédigent, dans leurs testaments par exemple. De sorte qu'en définitive, les définitions légales ne recevront leur application que lorsque rien, dans les dispositions de la loi ou dans celles de l'homme, ne permettra de préciser le sens des mots employés, ce qui sera infiniment rare. Aussi ne ferons-nous pas comme tel auteur, qui, après avoir consacré dix pages à déterminer le véritable sens des art. 533 à 536, établit ensuite en dix lignes qu'ils sont inutiles. Nous nous bornerons à transcrire ces textes.

ART. 533. *Le mot meuble, employé seul dans les dispositions de la loi ou de l'homme, sans autre addition ni désignation, ne comprend pas l'argent comptant, les pierreries, les dettes actives, les livres, les médailles, les instruments des sciences, des arts et métiers, le linge de corps, les chevaux, équipages, armes, grains, vins, foin et autres denrées; il ne comprend pas aussi ce qui fait l'objet d'un commerce.*

ART. 534. *Les mots meubles meublants ne comprennent que les meubles destinés à l'usage et à l'ornement des appartements, comme tapisseries, lits, sièges, glaces, pendules, tables, porcelaines et autres objets de cette nature. — Les tableaux et les statues qui font partie du meuble d'un appartement y sont aussi compris, mais non les collections de tableaux qui peuvent être dans les galeries ou pièces particulières. — Il en est de même des porcelaines : celles seulement qui font partie de la décoration d'un appartement sont comprises sous la dénomination de meubles meublants.*

ART. 535. *L'expression biens meubles, celle de mobilier ou d'effets mobiliers comprennent généralement tout ce qui est censé meuble d'après les règles ci-dessus établies. — La vente ou le don d'une maison meublée ne comprend que les meubles meublants.*

ART. 536. *La vente ou le don d'une maison, avec tout ce qui s'y trouve, ne comprend pas l'argent comptant, ni les dettes actives et autres droits dont les titres peuvent être déposés dans la maison; tous les autres effets mobiliers y sont compris.*

CHAPITRE III

DES BIENS DANS LEURS RAPPORTS AVEC CEUX QUI LES POSSÈDENT

1255. Le mot *posséder* est pris comme synonyme d'*être propriétaire* dans la rubrique de ce chapitre, qui signifie par conséquent : *Des biens dans leurs rapports avec ceux qui en sont propriétaires.*

« *Les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, sous les modifications établies par les lois. — Les biens qui n'appartiennent pas à des particuliers sont administrés et ne peuvent être aliénés que dans les formes et suivant les règles qui leur sont particulières* ». Ainsi s'exprime l'art. 537.

Treilhard a dit dans l'exposé des motifs : « Les biens qui appartiennent à des particuliers sont les seuls dont le code civil doit s'occuper; les autres sont du ressort ou d'un code de droit public ou de lois administratives, et l'on n'a dû en faire mention que pour annoncer qu'ils étaient soumis à des lois particulières ». Ces paroles indiquent bien le sens de notre article. Il oppose les biens qui appartiennent à des particuliers, à ceux qui appartiennent à des non-particuliers, c'est-à-dire aux diverses personnes morales du droit public (Etat, départements, communes, établissements publics). Le code civil va s'occuper des premiers, parce que tout ce qui les concerne appartient au droit privé. Il ne parle que pour mémoire des seconds, parce que les règles qui leur sont relatives rentrent dans le cadre du droit public.

Les particuliers ont en général la libre disposition de leurs biens, ainsi que le dit l'alinéa 1 de notre article. Il n'en est pas de même des différentes personnes morales du droit public. Les biens qui leur appartiennent, dit l'art. 537, sont administrés et ne peuvent être aliénés que dans les formes et suivant les règles qui leur sont particulières.

Les art. 538 à 542 contiennent une énumération, que le législateur n'a pas eu la prétention de donner complète, des biens qui n'appartiennent pas à des particuliers; et encore cette énumération ne porte-t-elle que sur les biens qui composent le domaine national et sur ceux qui composent le domaine communal.

I. *Domaine national.*

1256. On appelle *domaine national*, l'ensemble des biens qui appartiennent à la nation française personnifiée dans l'Etat.

1257. L'énumération des biens du domaine national est donnée par les art. 538 à 541.

ART. 538. *Les chemins, routes et rues à la charge de l'Etat, les fleuves et rivières navigables ou flottables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades, et généralement toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérées comme des dépendances du domaine public.*

= *Les chemins, routes et rues à la charge de l'Etat.* Les plus importantes de ces voies portent le nom de *routes nationales*. Quand une route nationale traverse une ville, la rue qu'elle emprunte fait partie de la route. C'est à ce cas que notre article fait allusion par ces mots « *rues à la charge de l'Etat* ».

= *Les fleuves et rivières navigables et flottables.* Ce sont des chemins qui marchent, dit Pascal. Une rivière flottable est celle qui, sans être apte à la navigation, peut servir au transport des bois par le flottage ou flottaison. On distingue deux espèces de flottages, le flottage *avec trains ou radeaux*, qui s'effectue en reliant les bois à transporter les uns aux autres de manière à en former un train ou radeau, et le flottage *à bûches perdues*, qui a lieu lorsque chaque bûche navigue isolément. Il n'y a que les rivières flottables avec trains ou radeaux qui fassent partie du domaine public (art. 1^{er} de la loi du 15 avril 1829 sur la pêche pluviale).

= *Les rivages de la mer*, c'est-à-dire la portion de terrain que la mer couvre et découvre aux plus fortes marées. Cass., 24 janv. 1893, D., 93. 1. 281.

= *Les lais et relais de la mer.* On désigne sous le nom de *lais* les alluvions (*incrementum latens*) que la mer procure aux propriétés riveraines, et sous le nom de *relais* les terrains que la mer abandonne définitivement en se retirant.

= *Les ports, les havres, les rades.* Les *havres* sont des ports naturels qui ne peuvent recevoir que des bâtiments de moyenne grandeur ; les *rades*, des parties de la mer, plus ou moins abritées, où les bâtiments mouillent en attendant qu'ils puissent entrer au port.

= *Et généralement toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée* : ce qui comprend notamment les canaux de navigation, les ponts établis sur les fleuves, canaux et rivières, les chemins de fer créés ou concédés par l'Etat...

ART. 539. *Tous les biens vacants et sans maître, et ceux des personnes qui décèdent sans héritiers, ou dont les successions sont abandonnées, appartiennent au domaine public.*

= *Tous les biens vacants et sans maître.* Disposition qui ne peut guère s'appliquer qu'aux immeubles. Voyez l'explication de l'art. 713.

= *Ceux des personnes qui décèdent sans héritiers.* — La succession d'une personne qui décède sans héritiers est dite en *déshérence*, de *deest heres*; l'art. 768 l'attribue à l'Etat.

ART. 540. *Les portes, murs, fossés, remparts des places de guerre et des forteresses, font aussi partie du domaine public.*

ART. 541. *Il en est de même des terrains, des fortifications et remparts des places qui ne sont plus places de guerre : ils appartiennent à l'Etat, s'ils n'ont été valablement aliénés, ou si la propriété n'en a pas été prescrite contre lui.*

1258. Parmi les biens du domaine national, il y en a qui sont affectés à un usage ou à un service public, comme les chemins, routes et rues à la charge de l'Etat, les fleuves ou rivières navigables ou flottables, les rivages de la mer, les ports, les havres et les rades, les portes, murs, fossés et remparts des places de guerre et des forteresses. On les désigne dans la doctrine sous le nom de *biens du domaine public (national ou de l'Etat)*. Leur caractère est d'être inaliénables et imprescriptibles. On soutient, à tort, croyons-nous, que l'Etat n'est pas propriétaire de ces biens, et qu'il en a seulement la garde et la surintendance. Les autres biens du

domaine national sont appelés, par opposition, *biens du domaine privé de l'Etat* ou *biens du domaine de l'Etat*, par exemple les lais et relais de la mer, les biens vacants et sans maître et ceux des successions en déshérence, les terrains, les fortifications et remparts des places qui ne sont plus places de guerre. A la différence des biens du domaine public, ils sont aliénables et prescriptibles.

En deux mots les biens du domaine national se divisent en biens *du domaine public* et biens *du domaine de l'Etat*. Les premiers sont inaliénables et imprescriptibles ; il en est autrement des derniers.

Tous les auteurs reprochent au législateur du code civil d'avoir foulé aux pieds cette distinction fondamentale dans les articles de ce chapitre. Ainsi, dit-on, l'art. 538 range les lais et relais de la mer parmi les dépendances du domaine public, tandis qu'ils appartiennent évidemment au domaine de l'Etat. A son tour, l'art. 539 dit à tort : « Tous les biens vacants et sans maître, et ceux des » personnes qui décèdent sans héritiers, ou dont les successions » sont abandonnées, appartiennent *au domaine public* ». Il faut lire *au domaine de l'Etat*. Même observation au sujet de l'art. 541.

Dans un article fort intéressant publié par la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, tome XIII, p. 30, notre savant collègue et ami M. Barckhausen a démontré, péremptoirement à notre avis, l'inanité de cette critique. Le législateur du code civil dit indifféremment : *domaine public* (art. 538 et 540), *domaine de l'Etat* (art. 541) ou *domaine de la nation* (art. 539 tel qu'il figurait dans l'édition de 1804 ; dans l'édition de 1807, les mots *appartiennent à la nation* ont été remplacés par ceux-ci : *appartiennent au domaine public*). Pour lui, ces diverses expressions, absolument synonymes, comprennent tous les biens composant ce que la doctrine appelle le domaine national, aussi bien ceux qu'elle désigne sous le nom de *biens du domaine de l'Etat* que ceux auxquels elle réserve la qualification de *biens du domaine public*. Cette terminologie, qui était déjà adoptée par le législateur de la période intermédiaire (ainsi qu'on peut le voir notamment dans les art. 2 et 5 de la loi des 22 novembre-1^{er} décembre 1790, dont les art. 538 et 540 ne sont qu'une reproduction amendée) se retrouve même dans les lois de date postérieure au code civil. Ainsi l'art. 3 de la loi du 7 juillet 1833, dont la disposition a été fidèlement reproduite sur ce point par les lois des 3 mai 1841 (art. 3) et 27 juillet 1870 (art. 1), parle de l'*aliénation du DOMAINE PUBLIC* : ce qui fait allusion très évidemment aux biens que la doctrine appelle *du domaine de l'Etat*.

Cela posé, l'unique préoccupation du législateur du code civil, comme celle de la loi de 1790, dont on reproduisait à peu près les dispositions, a été ici de résoudre des questions de propriété controversées sous l'ancien droit. En somme, les art. 538 à 541 se résument à dire que la propriété des divers biens dont ils donnent l'énumération appartient à l'Etat. Maintenant, parmi ces biens, il y en a qui, étant affectés à un usage ou à un service public, sont inaliénables et imprescriptibles, tandis que les autres, n'ayant pas une semblable destination, sont aliénables et prescriptibles. Mais ce nouveau point de vue ne préoccupait nullement le législateur de 1804, non plus que la distinction doctrinale à laquelle il sert de base (distinction en biens du domaine public et biens du domaine de l'Etat). Dès lors il est tout simple que, laissant de côté la chose et le nom, il ait énuméré pêle-mêle celles des dépendances du domaine national au sujet desquelles il éprouvait le besoin de s'expliquer ici pour en déterminer le propriétaire, et que le hasard (ou l'ordre logique des idées, comme pour les lais et les relais de la mer qui venaient naturellement après les rivages de la mer) ait placé des biens domaniaux aliénables au milieu d'une série d'autres qui sont inaliénables.

En somme, ce que l'on reproche au législateur, c'est d'avoir parlé sa langue, qui est aussi celle du législateur de la révolution, au lieu de parler la langue spéciale qui a été imaginée par la doctrine, et à l'appui de laquelle il serait peut-être difficile de citer un texte législatif bien précis antérieur à 1880. Est-ce là une critique sérieuse ?

II. *Domaine communal.*

1259. Le domaine communal est l'ensemble des biens qui appartiennent à une commune. Parmi ces biens, les uns sont affectés à l'usage de tous les habitants, tels que chemins vicinaux, chemins ruraux, places, rues et passages ; ils sont inaliénables et imprescriptibles, et constituent ce que la doctrine appelle le *domaine public communal*. Le surplus demeure aliénable et prescriptible, et forme le *domaine privé communal*. Les biens qui le composent se subdivisent en *biens patrimoniaux*, que la commune afferme et dont le revenu tombe dans la caisse municipale et *biens communaux*, dont les habitants ont la jouissance en nature, tels que landes, bois, forêts et marais communaux.

C'est seulement aux biens du domaine privé communal que se réfère l'art. 542, ainsi conçu : « *Les biens communaux sont ceux à la propriété ou au produit desquels les habitants d'une ou plusieurs communes ont un droit acquis* ».

= *A la propriété.* Il y a là une erreur : la propriété de ces biens appartient à la commune, personne morale, et non aux habitants.

= *D'une ou plusieurs communes.* Ajoutez : ou sections de communes.

Appendice. Des divers droits réels que les particuliers peuvent avoir sur les biens.

1260. Le législateur nous en donne une énumération dans l'art. 543, qui contient, à bien dire, une table des matières du livre II : « *On peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre* ».

Suivent trois titres consacrés, l'un à la propriété, l'autre aux droits de jouissance (usufruit, usage et habitation), le dernier aux servitudes ou services fonciers.

L'art. 543 n'énumère que les droits réels *principaux*, c'est-à-dire ceux qui ont une existence indépendante. Il y a aussi les droits réels *accessoires*, ainsi nommés parce qu'ils se rattachent à un autre droit, à un droit de créance, celui-là principal. Ce sont les hypothèques (art. 2114), et aussi les privilèges sur les immeubles, qui ne sont que des hypothèques privilégiées. Quant au droit de gage et aux privilèges sur les meubles, ils ne constituent que des droits réels imparfaits, à cause de la règle *Meubles n'ont pas de suite par hypothèque* (art. 2119).

1261. Ici se place naturellement la question de savoir si l'emphytéose constitue un droit réel dans notre législation actuelle. Qu'est-ce d'abord que l'emphytéose? On peut la définir : le droit de jouir d'un immeuble appartenant à autrui, moyennant une redevance périodique. L'emphytéose était fréquente dans notre ancien droit, où elle était souvent perpétuelle. La législation révolutionnaire abolit les emphytéoses perpétuelles; quant aux emphytéoses temporaires, elle les laissa subsister et permit même d'en créer à l'avenir, mais seulement pour une durée de 99 ans (loi des 18-29 décembre 1790, art. 1^{er}). La durée moyenne de la vie humaine était alors de 33 ans (elle dépasse aujourd'hui 36 ans) et par conséquent cette limite de 99 ans représentait trois vies d'homme. La loi du 11 brumaire an VII, art. 6, rangea l'emphytéose parmi les biens susceptibles d'hypothèques, témoignant ainsi qu'elle la considérait comme un *droit réel immobilier*. A-t-elle conservé ce caractère sous le code civil? La jurisprudence et la plupart des auteurs l'admettent (voyez notamment Alger, 8 avril 1878, S., 78. 2. 296. Cpr. Cass., 22 juin 1885, S., 88. 1. 131, D., 86. 1. 269). Nos lois modernes, dit-on, n'ont abrogé sur ce point ni expressément ni tacitement le droit antérieur; donc il subsiste (*supra* n. 26). Mais il faut reconnaître que le silence absolu du code civil à l'égard de l'emphytéose, soit dans l'art. 526 où il énumère les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent, soit dans l'art. 543 où il donne l'énumération des divers droits réels sur les immeubles, soit dans les art. 2118 et 2204 où il énumère limitativement les biens susceptibles d'hypothèques et de saisie immobilière, fait naître des doutes très graves sur l'exactitude de cette solution. Le silence de l'art. 2118 paraît surtout concluant, quand on rapproche ce texte de l'art. 6 de la loi du 11 brumaire de l'an VII, dont il reproduit à peu près textuellement l'énumération en supprimant l'emphytéose. Le législateur pouvait-il manifester d'une manière plus significative sa volonté d'abroger l'emphytéose comme *droit réel immobilier*? Dans cette opinion, l'emphytéose ne constituerait plus, sous l'empire du code civil, qu'un bail à long terme, conférant au preneur, comme tous les autres baux, un droit simplement personnel de jouissance.

TITRE II

De la propriété.

1262. Le droit réel le plus complet que l'on puisse avoir sur une chose est le droit de propriété. Les autres droits réels ne sont que des démembrements, des *cisaillements*, comme le dit M. Demolombe, du droit de propriété, qui n'est, à bien dire, que la somme de tous les droits réels.

On a défini la propriété : « le droit en vertu duquel une chose se trouve soumise d'une manière absolue et exclusive à la volonté et à l'action d'une personne ».

D'une manière absolue. Notre législateur abroge ainsi la distinction féodale du domaine *direct* et du domaine *utile*. V. cep. Cass., 22 juin 1885, S., 88. 1. 131, D., 86. 1. 269. Le propriétaire a *plena in re potestas*. Il jouira donc de sa chose comme il voudra, même, si cela lui plaît, d'une manière abusive, tandis que celui qui n'a qu'un droit d'usufruit doit jouir en bon père de famille (art. 601). « La propriété », dit l'art. 544, « est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ».

Quelques-unes des restrictions annoncées par ce texte résultent de dispositions du code civil (voyez notamment art. 671 et s., 674, 678 et s.). La plupart sont consacrées par des lois ou règlements qui appartiennent au droit administratif. Ainsi un décret du 23 juillet 1884 limite la hauteur des constructions élevées dans Paris par les particuliers, à vingt mètres au maximum, et le nombre des étages à sept. De même il existe des lois ou règlements qui s'opposent au libre défrichement des forêts, qui règlent le dessèchement des marais, qui défendent de creuser des puits dans un certain rayon autour des cimetières, qui obligent le propriétaire voisin d'une rue à se conformer à l'alignement quand il veut construire, etc., etc.

D'une manière exclusive. C'est-à-dire que le propriétaire peut s'opposer à ce qu'un autre retire de sa chose un avantage quelconque, alors même que cela ne lui causerait personnellement aucun préjudice. Ainsi je puis empêcher le voisin de se promener sur ma propriété, alors même qu'il n'y commettrait aucun dégât.

Il en résulte que la propriété d'une même chose ne peut pas appartenir pour le tout à deux personnes différentes. Une même chose peut bien appartenir à plusieurs personnes en commun; il y aura alors plusieurs copropriétaires, c'est-à-dire plusieurs personnes dont chacune sera propriétaire de la chose *pour partie*. Mais plusieurs personnes ne peuvent pas être propriétaires de la même chose pour le tout; car, ainsi que le dit Pothier, « propre et commun sont les contradictoires ». Il existe à ce point de vue une différence remarquable entre le droit de propriété et le droit de créance : ce dernier peut appartenir *solidairement*, c'est-à-dire pour le tout, à plusieurs personnes (voyez art. 1197 et s.).

Ce principe ne s'oppose pas à ce que le droit de propriété d'une même chose soit réparti entre plusieurs. Ainsi l'un peut avoir la propriété d'un terrain et d'une maison sise sur ce terrain, et un autre la propriété d'un souterrain creusé sous cette maison (art. 553); la propriété du tréfonds peut appartenir à l'un et la superficie à l'autre; les divers étages d'une maison peuvent appartenir à des personnes différentes (art. 664); un terrain étant aménagé en nature d'étang, l'un peut avoir le droit d'*évolage* et un autre le droit d'*assec*. Dans tous ces cas nous avons, non plusieurs *copropriétaires*, ayant sur la chose un droit de même nature, mais bien plusieurs propriétaires ayant des droits différents, et par suite aucun ne peut demander le partage, à la différence de ce qui a lieu entre copropriétaires (art. 815). Cpr. *infra* n. 1281 à 1283.

On représente généralement le droit de propriété comme perpétuel. Par un arrêt en date du 1^{er} avril 1884 (D., 84. 1. 347, S., 85. 1. 85), la cour de cassation semble reconnaître que le droit de propriété peut être temporaire. Il s'agissait dans l'espèce d'un canal dont la propriété avait été cédée pour 75 ans. D'autre part la jurisprudence admet la possibilité d'un droit de propriété temporaire au profit du preneur à bail d'un terrain sur les constructions qu'il y a élevées. V. à ce sujet t. III, n. 1284. Enfin il est bien certain que le droit de propriété littéraire ou artistique est temporaire. Il a été limité dans sa durée par des motifs d'utilité publique (loi du 14 juillet 1866, art. 1). Au moment où cette propriété prend fin, elle cède à une véritable expropriation au profit du domaine public.

1262 bis. La propriété, telle que nous venons de la définir, est la propriété *individuelle*. Telle était déjà la conception du droit romain. Mais la plupart des auteurs qui ont écrit dans ces dernières années sur l'histoire du droit de propriété, admettent, du moins quant aux immeubles, qu'avant d'être individuelle, la propriété a été *collective*, ou, pour parler comme certains d'entre eux, que le *communisme* a précédé la

propriété. D'après cette thèse historique, le communisme ou propriété collective de la peuplade, de la tribu ou du village, vient en premier lieu. La propriété familiale ne se fait jour qu'ensuite, soit qu'elle se substitue au communisme, soit qu'elle commence par s'associer à lui dans une mesure qui varie avec les peuples. En dernier lieu seulement, apparaît la propriété individuelle. On ne peut donc pas dire que cette forme de la propriété soit de droit naturel. La succession de ces trois phases dans l'appropriation a été constatée chez la plupart des anciens peuples, notamment chez tous ceux de race aryenne. C'est là ce qu'on appelle la théorie de l'évolution de la propriété.

1263. En analysant le droit de propriété, on y découvre trois éléments :

1° Le *jus utendi*, ou droit de se servir de la chose pour tous les usages auxquels elle peut se prêter. Ainsi, pour un cheval, le *jus utendi* consistera à le faire travailler, pour une maison, à l'habiter.

2° Le *jus fruendi*, ou droit de jouir de la chose, c'est-à-dire d'en retirer tous les fruits qu'elle est susceptible de donner. Ainsi le droit de jouir d'une maison consistera dans le droit d'en toucher les loyers; le droit de jouir d'un fonds de terre, dans celui de recueillir les récoltes qu'il produira ou de toucher les fermages s'il est affermé.

3° Le *jus abutendi*, ou droit de disposer de la chose soit en l'aliénant, soit en la consommant. Le mot latin *abuti*, et son dérivé, *abusus*, ne désignent pas un usage condamnable, comme notre mot français *abuser*, mais un usage définitif, un usage qui n'est pas susceptible de se renouveler, au moins quant à celui qui a exercé ce droit : telle est l'aliénation ou la consommation de la chose. *Abutimur his quæ nobis utentibus pereunt; utimur his quæ nobis utentibus permanent.*

* Le droit de disposition est un attribut essentiel de la propriété. Il faudrait donc déclarer nulle, en principe, toute convention par laquelle un propriétaire s'interdirait le droit de disposer librement de son bien, de même que toute disposition testamentaire par laquelle un testateur retirerait à son héritier ou à son légataire la libre disposition des biens qu'il lui laisse. C'est ce qui résulte soit de l'art. 1598, qui dit en substance que la loi seule peut déclarer un bien inaliénable, soit de l'art. 1554 qui permet exceptionnellement à la femme qui se marie de stipuler l'inaliénabilité de ses biens pour la durée du mariage. La libre disposition des biens est, comme le dit la cour de cassation, une règle d'ordre et d'intérêt public, à laquelle la volonté des particuliers ne peut pas déroger (arg. art. 6). Il est même fort douteux qu'un testateur puisse valablement interdire, pour un certain temps seulement, à son légataire ou à son héritier la libre disposition de ses biens; car, si on admettait cette restriction au principe, quelles limites faudrait-il lui assigner?

1264. Le droit de propriété étant absolu, le propriétaire ne peut pas être obligé de s'en dessaisir. Seul l'intérêt public, qui doit toujours l'emporter sur le droit privé, peut faire fléchir cette règle : « *Nul ne peut être contraint de céder sa propriété* », dit l'art. 545, « *si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité* ».

= *Pour cause d'utilité publique.* — Le législateur du code civil a modifié avec intention la formule employée par la déclaration de 1789 et par les constitutions de 1791, de 1793 et de l'an III, qui exigeaient qu'il y eût *nécessité publique*.

= *Moyennant une juste et préalable indemnité.* — *Juste*, c'est-à-dire suffisante pour compenser le préjudice subi par l'exproprié; autrement l'expropriation serait une spoliation. — *Préalable*, c'est-à-dire payée antérieurement à la dépossession; d'où il résulte : 1° que l'exproprié a le droit de *réten*tion jusqu'au paiement de l'indemnité d'expropriation; 2° qu'il peut exiger que l'indemnité lui soit payée en un capital, et non en une rente, car le paiement de la rente ne serait pas préalable.

L'expropriation pour cause d'utilité publique est aujourd'hui régie par les lois des 3 mai 1841 et 27 juillet 1870.

1265. Avec la propriété il ne faut pas confondre la possession. Il y a entre la propriété et la possession la différence qui existe entre le droit et l'exercice du droit. Le plus souvent c'est le propriétaire qui possède; alors le titulaire du droit exerce son droit : le fait est d'accord avec le droit. Mais le contraire peut arriver. Ainsi, pendant mon absence, un usurpateur s'empare de mon domaine; il s'en affirme propriétaire et se comporte comme tel, cultivant, percevant les fruits, etc. Il possède, et par conséquent je ne possède plus.

Posséder une chose, c'est l'avoir sous sa puissance : *possidere* vient de *posse*, pouvoir.

Il y a deux éléments dans la possession : 1° le fait, *corpus*, qui consiste à *détenir* la chose, c'est-à-dire à l'avoir sous sa main. Peu importe d'ailleurs qu'on la détienne par soi-même ou par un intermédiaire, tel qu'un locataire, un emprunteur, un dépositaire; 2° l'intention, *animus*, c'est-à-dire la volonté d'avoir la chose à titre de propriétaire, *animus rem sibi habendi* ou *animus domini*. L'intention sans le fait ne suffit pas. Ni le fait sans l'intention : la *nuda detentio sine animo domini* ne constitue pas une possession, du moins une possession civile, susceptible de produire des effets juridiques, mais seulement une *possession naturelle* ou *détention*.

Les principaux avantages de la possession sont : 1° de déterminer dans une instance le rôle respectif de deux adversaires qui se disputent la propriété d'un bien. C'est le possesseur qui sera défendeur. Avantage considérable, car le fardeau de la preuve incombe au demandeur : *Actori incumbit probatio* ; 2° l'acquisition des fruits par le possesseur, lorsqu'il est de bonne foi (art. 549 et 550); 3° enfin la possession conduit à la prescription.

1266. Aux termes de l'art. 546 : « *La propriété d'une chose, soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit, et sur ce qui s'y unit accessoirement, soit naturellement, soit artificiellement. — Ce droit s'appelle droit d'accession* ». Le droit du propriétaire s'étend aux accessoires de la chose. Cette extension porte le nom d'*accession*, de *accedere*, s'ajouter. La loi considère ici comme accessoires de la chose : 1° ses produits; 2° tout ce qui s'unit accessoirement à la chose, soit naturellement, soit artificiellement.

CHAPITRE PREMIER

DU DROIT D'ACCESSION SUR CE QUI EST PRODUIT PAR LA CHOSE

1267. « *Les fruits naturels ou industriels de la terre, — Les fruits civils, — Le croît des animaux, — appartiennent au propriétaire par droit d'accession* (art. 547).

On désigne sous le nom de *fruits*, les produits périodiques d'une chose, *quidquid ex re nasci et renasci solet*. Exemples : les récoltes, les coupes des bois taillis, les fermages des terres, les loyers des maisons. Les produits qui ne se perçoivent pas périodiquement, comme la coupe d'une haute futaie non aménagée, ne sont pas des fruits. On voit que si tous les fruits sont des produits, en sens inverse tous les produits ne sont pas des fruits, mais seulement ceux qui *reviennent* périodiquement, et constituent ainsi un *revenu, redditus*.

Il y a trois espèces de fruits, que l'art. 547 indique ici sans les définir, savoir les fruits *naturels*, les fruits *industriels* et les fruits *civils*. La loi ajoute, on ne sait pourquoi, le croît des animaux, qui rentre évidemment dans la catégorie soit des fruits naturels, soit des fruits industriels. Nous trouverons au titre *De l'usufruit* (art. 583 et s.) les définitions légales de ces diverses espèces de fruits. Disons tout de suite que les fruits *naturels* sont ceux qu'une chose produit spontanément, sans le secours de la main de l'homme; exemples : l'herbe de prairies naturelles, les roseaux qui croissent dans un marais. Les fruits *industriels* sont obtenus par l'industrie de l'homme appliquée à la chose : telles sont les récoltes qu'on retire d'un fonds à l'aide de la culture. Enfin les fruits *civils* consistent dans une somme d'argent que la chose ne produit pas directement mais qu'elle procure périodiquement en vertu d'un contrat dont elle a été l'objet, comme les fermages des terres, les loyers des maisons, les intérêts des capitaux.

1268. Les fruits sont une partie intégrante du fonds qui les a produits, tant qu'ils n'en ont pas été détachés. Aussi appartiennent-ils au propriétaire, même quand ils sont le résultat des travaux d'autrui; à moins, bien entendu, que celui qui a fait ces travaux (culture, semences, etc.) n'ait un droit aux fruits en qualité de fermier, d'usufruitier ou à tout autre titre. Mais la plus vulgaire équité exige que le propriétaire paye les frais de la récolte que les sueurs d'un autre ont préparée. Aussi l'art. 548 dispose-t-il : « *Les fruits produits par la chose n'appartiennent au propriétaire* » qu'à la charge de rembourser les frais des labours, travaux et » semences faits par les tiers ».

Ce texte suppose que le propriétaire d'un fonds le revendique contre celui qui le détient sans droit, contre un usurpateur par exemple. Il y a des fruits pendants au moment de la demande en revendication. Ces fruits appartiennent au propriétaire, comme et avec le fonds dont ils sont un accessoire. Ils sont donc compris dans l'action en revendication, et devront être restitués au propriétaire avec le fonds, sauf l'obligation que notre article impose au revendiquant, de rembourser au possesseur évincé ses frais de labours, travaux et semences, en vertu de la règle *Non sunt fructus nisi deductis impensis*.

Notre article ne faisant aucune distinction, sa disposition serait applicable à tout possesseur qui succombe sur l'action en revendication, même au possesseur de bonne foi; il n'aurait donc droit, comme l'usurpateur, qu'au remboursement de ses frais, sans pouvoir élever aucune prétention aux fruits pendants.

1269. Mais le possesseur, contre lequel l'action en revendication est dirigée, détenait peut-être la chose depuis un certain temps déjà. Quelle sera sa situation à l'égard du propriétaire revendiquant, relativement aux fruits qu'il a perçus et peut-être consommés? En sera-t-il comptable? La loi résout la question par une distinction : « *Le simple possesseur ne fait les fruits siens que* » dans le cas où il possède de bonne foi : dans le cas contraire, il » est tenu de rendre les produits avec la chose au propriétaire qui » la revendique » (art. 549).

Ainsi, le possesseur est-il de bonne foi? Il ne doit aucun compte au propriétaire revendiquant des fruits perçus, alors même qu'il ne les aurait pas consommés. Est-il de mauvaise foi? Il doit compte des fruits perçus, consommés ou non. Il nous faut envisager successivement cette double situation, si différente dans ses résultats, que la loi fait au possesseur suivant qu'il est de bonne ou de mauvaise foi.

a. Possesseur de bonne foi.

1270. Le possesseur est de bonne foi, lorsqu'il croit être propriétaire, lorsqu'il se croit le véritable titulaire du droit dont sa possession est l'exercice. *Bona fides est illæsa concientia putantis rem suam esse*, dit Voët. La bonne foi du possesseur est donc basée sur une erreur : il croit être propriétaire, alors qu'en réalité il ne l'est pas.

Pour que la bonne foi du possesseur lui fasse acquérir les fruits, il faut que son erreur soit excusable, et elle n'a ce caractère aux yeux de la loi qu'autant qu'elle est appuyée sur un juste titre. En d'autres termes, pour que le possesseur fasse les fruits siens, il ne suffit pas qu'il se croie propriétaire, il faut qu'il ait juste sujet de se croire tel, *justa opinio quasiti dominii*, et, d'après notre loi, cette condition ne se trouve remplie qu'autant qu'il possède en vertu d'un *juste titre*.

C'est ce que dit l'art. 550, qui nous donne en même temps la définition du juste titre : « *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 du moment où ces vices lui sont connus* ».

Ainsi la loi exige deux conditions pour que le possesseur soit considéré comme étant de bonne foi et fasse à ce titre les fruits siens : 1° que sa possession soit basée sur un juste titre ; 2° qu'il en ignore les vices.

1° Le possesseur doit avoir un juste titre. — Le mot *titre* ne désigne pas ici un écrit, mais bien la cause en vertu de laquelle le possesseur détient la chose. Ce titre ou cette cause doit être juste, *justa causa*, c'est-à-dire de nature à inspirer au possesseur la légitime croyance qu'il est propriétaire. Pour cela le titre doit être par sa nature translatif de propriété, *ad transferendum dominium idoneus*. Il en est ainsi de la vente, de la donation ; mais non du louage, du prêt, du dépôt.

Mais, dira-t-on, celui qui possède une chose comme l'ayant achetée ou comme l'ayant reçue en vertu d'une donation ou de tout autre titre translatif de propriété, en est propriétaire ; comment donc la loi admet-elle qu'il puisse succomber dans une action en revendication intentée par le propriétaire, et lui accorde-t-elle pour ce cas le droit de conserver les fruits par lui perçus ? — Il faut supposer que le titre est infecté d'un vice qui a empêché la translation de propriété de s'effectuer au profit de l'acquéreur. Ordinairement ce vice consistera dans le défaut de propriété chez l'auteur

du titre, c'est-à-dire chez l'aliénateur. Exemple : J'achète un immeuble de quelqu'un que j'en crois propriétaire et qui ne l'est pas, *a non domino quem dominum esse credideram*. La vente ne peut pas me rendre propriétaire (arg. art. 1599) ; mais elle me servira de juste titre à l'effet de me faire acquérir les fruits. Le vice peut consister aussi dans l'incapacité de l'aliénateur, par exemple s'il est mineur, ou dans l'inaliénabilité du bien, par exemple si ce bien est dotal, ou encore dans la nullité du titre pour défaut de forme : tel serait le cas d'une donation faite par acte sous seing privé (arg. art. 931).

2° Il faut que le possesseur ignore *les vices* de son titre. Ce sont les termes mêmes de la loi, et il en résulte que s'il y a plusieurs vices, le possesseur doit les ignorer tous. Du moment qu'il en connaît un seul, il n'a pas la *justa opinio quæsitæ dominii*.

Quand nos deux conditions seront réunies, le possesseur fera siens les fruits qu'ils percevra. Ce sont seulement les fruits *perçus* qu'il est dispensé de restituer (art. 549).

D'ailleurs, la loi ne distinguant pas, l'ignorance des vices de son titre profiterait au possesseur, aussi bien lorsqu'elle est basée sur une erreur de droit que lorsqu'elle est le résultat d'une erreur de fait. Je reçois un bien par donation, de quelqu'un qui n'en est pas propriétaire et que je crois tel ; l'ignorance où je suis du vice de mon titre est basée sur une erreur de fait. Au contraire je reçois un bien par donation de quelqu'un qui en est propriétaire ; mais la donation est faite par acte sous seing privé, nulle par conséquent (arg. art. 931) ; je crois que les donations faites en cette forme sont valables, et j'ai la persuasion que la propriété du bien m'est acquise : ma bonne foi est basée sur une erreur de droit. Dans l'un comme dans l'autre cas, j'aurai le droit de conserver les fruits par moi perçus jusqu'à la réclamation du propriétaire. C'est la solution admise par la cour de cassation, qui toutefois établit cette restriction que la bonne foi du possesseur ne peut pas lui profiter, lorsque le vice de son titre consiste dans une infraction à une loi d'ordre public. Cass., 11 janvier 1887, S., 87. 1. 225, D., 88. 5. 268.

* **1271.** Conformément à la règle que tout plaideur doit prouver en justice l'existence des conditions nécessaires au succès de sa prétention, le possesseur qui réclame le bénéfice de l'art. 549, doit établir l'existence à son profit d'un juste titre. Doit-il prouver aussi qu'il ignorait les vices de ce titre ? Les auteurs résolvent la question négativement, et c'est aussi la solution admise par la cour de cassation (voyez l'arrêt précité). On dit en ce sens que, dans le doute, la bonne foi du possesseur doit être présumée, et on invoque à l'appui de cette assertion un argument *a fortiori* tiré de l'art. 2268, aux termes duquel : « La bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver ». *Adde* arg. art. 1116 *in fine*. On ajoute toutefois cette restriction, assez mal définie, que la bonne foi se présume moins facilement quand elle est basée sur une erreur de droit que lorsqu'elle est basée sur une erreur de fait. — Mais, en étendant la présomption écrite en l'art. 2268 au cas qui nous occupe, ne viole-t-on pas cette règle que les présomptions légales sont de droit étroit, et qu'elles doivent à ce titre être sévèrement restreintes au cas précis en vue duquel elles ont été écrites ? D'ailleurs, si la présomption est applicable, elle doit l'être tout à fait. Alors pourquoi la restriction relative au cas où la bonne foi est basée sur une erreur de droit ? Nous concluons que le réclamant doit prouver sa bonne foi. Il la prouvera conformément aux règles du droit commun.

1272. La loi paraissant ne considérer le juste titre que comme un des éléments de la bonne foi, on admet généralement que le titre *putatif* équivaut au titre réel. Le titre

putatif est celui qui n'existe que dans l'opinion du possesseur : il croit à l'existence d'un titre qui en réalité n'existe pas. Tel serait le cas où j'aurais pris possession d'un bien comme héritier d'une personne décédée, à la succession de laquelle je me croyais appelé comme plus proche parent, alors qu'il existait un parent d'un degré plus rapproché, qui vient aujourd'hui réclamer la succession. Et toutefois, pour que le titre putatif puisse être considéré comme équivalant au titre réel, il est nécessaire que l'erreur du possesseur soit excusable. Elle ne le serait pas, s'il venait dire par exemple qu'il croit avoir acheté le bien qu'il possède, tandis qu'en réalité il ne l'a pas acheté. Les juges apprécieront. Cpr. t. III, n. 1700.

1273. Fondement de l'attribution des fruits au possesseur de bonne foi. — Dans la persuasion où il était que la propriété de la chose lui appartenait, le possesseur de bonne foi a probablement consommé les fruits par lui perçus ; car les fruits font partie du revenu, et normalement on dépense son revenu. L'obligation de restituer ces fruits au véritable propriétaire, dont les droits sont aujourd'hui reconnus, surtout quand elle s'applique à un grand nombre d'années de jouissance, aurait souvent entraîné la ruine du possesseur. Il est vrai qu'en attribuant les fruits à celui-ci, on va infliger une perte au propriétaire ; mais entre lui et le possesseur, la loi ne devait pas hésiter. Celui-ci a été victime d'une erreur presque invincible ; sa situation est bien plus intéressante que celle du propriétaire, qui a fait preuve d'une négligence impardonnable en restant pendant de longues années sans réclamer son bien, et a ainsi fortifié le possesseur dans sa conviction que la chose lui appartenait.

Ce motif pourrait porter à penser que les seuls fruits dont le possesseur de bonne foi soit dispensé de rendre compte au propriétaire, sont ceux qu'il a consommés ; car on ne peut pas craindre de le ruiner en l'obligeant à restituer des fruits qu'il a mis en réserve. Telle était en effet la solution du droit romain. *De fructibus CONSUMPTIS agere non potest* », dit Justinien, en parlant du propriétaire revendiquant (*Inst. Just.*, liv. II, tit. I, § 35). Mais le code civil n'a pas reproduit cette restriction, que notre ancien droit avait déjà écartée. Elle donnait lieu dans la pratique à des difficultés graves : comment savoir en effet si le possesseur a ou non consommé les fruits par lui perçus ? La loi présume, parce que les choses se passent ordinairement ainsi, que le possesseur consomme les fruits au fur et à mesure qu'il les perçoit, et, sur le fondement de cette présomption, elle le dispense de toute restitution.

* **1274.** C'est donc par la perception que le possesseur de bonne foi fait les fruits siens. Cette règle s'applique sans difficulté aux fruits naturels et aux fruits industriels ; car elle n'est en ce qui les concerne que l'application du droit commun (cpr. art. 585). S'applique-t-elle aussi aux fruits civils ? La négative est adoptée par un grand nombre

d'auteurs, qui pensent qu'il y aurait lieu de suivre ici la règle établie en l'art. 586, d'après lequel les fruits civils sont réputés s'acquérir jour par jour. Voilà, dit-on, le droit commun quand aux fruits civils; dans le silence de la loi, il faut l'appliquer. Le possesseur de bonne foi aurait donc droit à une part des fruits civils exactement proportionnée à la durée de sa jouissance : ce qui lui permettrait de réclamer, dans certains cas, des fruits qu'il n'a pas encore perçus au moment de l'action en revendication.

Même en admettant, ce qui est contestable à raison de la place qu'il occupe (titre *De l'usufruit*), que l'art. 586 formule une règle de droit commun relativement aux fruits civils, le législateur n'a-t-il pas manifesté très clairement l'intention de déroger à cette règle en ce qui concerne le possesseur de bonne foi? Cette intention ne résulte-t-elle pas : 1^o de l'art. 138 qui, faisant une application particulière du principe contenu dans les art. 549 et 550, dit que « ceux qui auront recueilli la succession gagneront les fruits » par eux perçus de bonne foi » ; 2^o de l'art. 549, *in fine*, qui, opposant le possesseur de mauvaise foi au possesseur de bonne foi, dispose que le premier « est tenu de rendre les » produits avec la chose au propriétaire qui la revendique » : ce qui donne très clairement à entendre que le privilège accordé au possesseur de bonne foi consiste dans une dispense de restitution et ne s'applique par conséquent qu'à des fruits perçus ; 3^o enfin de ce que le motif sur lequel se fonde la disposition de l'art. 549 est inapplicable ici : comment en effet pourrait-on craindre de ruiner le possesseur en le privant du droit de réclamer des fruits qu'il n'a pas encore perçus? Tel serait notre sentiment. La jurisprudence et la doctrine sont divisées sur la question.

1275. Ce sont seulement les *fruits*, que l'art. 549 attribue au possesseur de bonne foi. Et, comme cette disposition, qui est toute de faveur, ne doit pas, par cela même, recevoir une interprétation extensive, il faut en conclure que le possesseur de bonne foi ne serait pas dispensé de restituer au propriétaire les produits *non-fruits* qu'il aurait perçus, par exemple le produit de la coupe d'une haute futaie non aménagée. Cette induction est fortifiée par la partie finale de l'art. 549, qui oblige le possesseur de mauvaise foi à restituer les *produits* avec la chose. Il est difficile de ne pas voir dans ce texte une opposition, faite à dessein, entre les *produits*, que le possesseur de mauvaise foi doit restituer, et les *fruits*, que le possesseur de bonne foi a le droit de garder : le possesseur de mauvaise foi restituerait avec la chose tous les *produits* qu'il en a retirés; le possesseur de bonne foi sera dispensé de restituer, non pas tous les produits qu'il a perçus, mais seulement ceux de ces produits qui ont le caractère de *fruits*. Telle était d'ailleurs la solution admise dans notre ancien droit, et elle est en harmonie avec les motifs sur lesquels se fonde la faveur attribuée au possesseur de bonne foi : car, s'il est naturel de supposer qu'il a consommé les fruits par lui perçus, cette présomption n'aurait plus sa raison d'être en ce qui concerné les produits non-fruits, qu'on met ordinairement en réserve en vue des éventualités de l'avenir.

1276. Jusqu'à quelle époque le possesseur de bonne foi fait les fruits siens. — L'effet ne peut survivre à la cause. Donc, à partir du moment où le possesseur cessera d'être de bonne foi, il ne gagnera plus les fruits par lui perçus. Aux termes de l'art. 550 al. 2, le possesseur cesse d'être de bonne foi du moment où les vices de son titre lui sont connus. Il suffirait même qu'il en connût un, s'il y en a plusieurs.

La bonne foi du possesseur doit être appréciée exclusivement par rapport à lui, et non par rapport à son auteur. Ainsi un possesseur de mauvaise foi meurt, laissant un héritier qui ignore personnellement les vices du titre et qui par conséquent est de bonne foi. Celui-ci gagnera les fruits qu'il percevra. On objecterait inutilement que, le possesseur de bonne foi étant comptable envers le propriétaire de tous les fruits perçus ou à percevoir, son héritier doit être tenu de la même obligation. Il faut répondre que l'obligation du possesseur de mauvaise foi ne saurait dépasser la durée de sa propre possession; par

conséquent son héritier ne peut être tenu *en cette qualité* que de la restitution des fruits perçus durant cette possession, mais non de ceux qu'il a perçus personnellement.

Quand le propriétaire obtient gain de cause dans une action en revendication intentée contre un possesseur de bonne foi, celui-ci doit être condamné à la restitution de tous les fruits par lui perçus postérieurement à la demande. Ce n'est pas, comme on le dit souvent, parce que le possesseur doit être considéré comme étant de mauvaise foi à dater du jour où la demande du propriétaire lui a ouvert les yeux sur les vices de son titre; car il arrivera quelquefois que la confiance du possesseur dans la solidité de son titre ne sera nullement ébranlée par une action qu'il croit mal fondée, et que par suite sa bonne foi persistera pendant toute la durée de l'instance. Le véritable motif de la solution est dans ce principe que le juge doit, quand il rend sa sentence, considérer l'état de choses existant au moment de la demande, et placer les parties dans la situation où elles se seraient trouvées respectivement, s'il avait pu statuer immédiatement; car les plaideurs ne doivent pas souffrir des lenteurs de la justice, qui ne leur sont pas imputables. En ce sens, Cass., 2 avril 1878, S., 79. 1. 261, et 4 juillet 1882, D., 82. 1. 353, S., 83. 1. 105. V. cep. Cass., 11 janvier 1887, D., 88. 5. 268, S., 87. 1. 225.

1277. L'acquisition des fruits n'est pas le seul avantage que procure au possesseur sa bonne foi appuyée sur un juste titre; elle lui facilite en outre l'acquisition de la propriété par la prescription. Ordinairement la prescription ne s'accomplit qu'au bout de trente années de possession (art. 2262). Elle s'accomplira en faveur du possesseur, qui a juste titre et bonne foi, au bout de dix à vingt ans s'il s'agit d'un immeuble (art. 2265), et instantanément s'il s'agit d'un objet mobilier corporel, car alors il pourra opposer à tout revendiquant la maxime *En fait de meubles la possession vaut titre* (art. 2279).

Il y a des différences importantes à signaler entre la bonne foi requise pour l'acquisition des fruits et celle requise pour l'acquisition de la propriété des immeubles par la prescription de dix à vingt ans.

1^o Pour la prescription de dix à vingt ans, la bonne foi du possesseur n'est exigée qu'au moment de l'acquisition (art. 2269); il importera donc peu que sa bonne foi cesse pendant le cours de la prescription. *Mala fides superveniens usucapionem non impedit*. Au contraire, le possesseur qui cesse d'être de bonne foi cesse de faire les fruits siens. En d'autres termes, la cessation de la bonne foi du possesseur lui fait perdre le bénéfice de l'art. 549, mais non celui de l'art. 2265. La raison de cette différence est, disent MM. Aubry et Rau, que « la prescription acquisitive repose sur la possession, c'est-à-dire sur un état de choses permanent, dont le caractère se détermine en général d'une manière invariable, d'après les circonstances qui en ont accompagné l'origine. L'acquisition des fruits repose au contraire sur une perception opérée de bonne foi. Or, chaque acte de perception constituant un fait isolé, dont le caractère est indépendant de celui des perceptions antérieures, il s'ensuit que le possesseur ne saurait, pour se dispenser de la restitution des fruits qu'il a perçus depuis la survenance de sa mauvaise foi, se prévaloir de sa bonne foi originaires ».

Et toutefois le possesseur, qui a prescrit par dix à vingt ans la propriété d'un immeuble, sera dispensé de la restitution de tous les fruits, même de ceux qu'il a perçus postérieurement à la cessation de sa bonne foi; car ces fruits sont une dépendance de l'immeuble, et ne peuvent appartenir qu'à son propriétaire. C'est d'ailleurs ce que donne à entendre l'art. 549, qui parle de la restitution des fruits au *propriétaire revendiquant*, et suppose ainsi évidemment un propriétaire qui triomphe dans son action en revendication.

2^o Aux termes de l'art. 2267 : « Le titre nul par défaut de forme, ne peut servir de base » à la prescription de dix et vingt ans ». Au contraire un semblable titre pourrait servir

de base à l'acquisition des fruits ; car l'art. 550 parle d'un titre dont le possesseur ignore les vices, sans distinguer s'il s'agit d'un vice de forme ou de tout autre.

3° L'héritier d'un possesseur de mauvaise foi fait les fruits siens, s'il ignore les vices du titre en vertu duquel son auteur possédait (*supra* n. 1276). Au contraire l'héritier d'un possesseur de mauvaise foi, fût-il personnellement de bonne foi, ne pourra pas prescrire par dix à vingt ans ; car on ne considère ici que l'origine de la possession (art. 2269), et la possession était vicieuse, on le suppose, à cette époque.

b. Possesseur de mauvaise foi.

1278. Le possesseur de mauvaise foi est celui qui possède sans titre, celui qui, interrogé sur la cause de sa possession, répondra : *possideo quia possideo*, ou celui qui possède en vertu d'un titre dont il connaît les vices. La loi le place dans une situation plus défavorable que le possesseur de bonne foi soit au point de vue de la prescription, soit au point de vue de l'acquisition des fruits.

Au point de vue de la prescription. Le possesseur de mauvaise foi ne prescrira jamais que par trente ans, tandis que le possesseur de bonne foi peut prescrire par dix à vingt ans s'il s'agit d'un immeuble, et même instantanément s'il s'agit d'un objet mobilier corporel.

Au point de vue de l'acquisition des fruits. Le possesseur de mauvaise foi ne fait pas les fruits siens. Il doit, dit l'art. 549, restituer les produits avec la chose au propriétaire qui la revendique. On décide même qu'il doit restituer, non seulement les fruits qu'il a perçus, mais aussi ceux qu'il a négligé de percevoir. En ce sens, Cass., 2 avril 1878, S., 79. 1. 261.

Bien entendu, le propriétaire n'a droit à la restitution des fruits perçus par le possesseur de mauvaise foi que déduction faite des sommes qu'a dû dépenser celui-ci pour obtenir ces fruits (frais de labour, travaux et semences), et aussi déduction faite des charges de ces fruits qui ont été acquittées par le possesseur, telles que les contributions et les réparations d'entretien. *Non sunt fructus nisi deductis impensis*. Autrement le propriétaire s'enrichirait aux dépens du possesseur.

En ce qui concerne le mode de restitution des fruits, il faut se référer à l'art. 129 du code de procédure civile.

CHAPITRE II

DU DROIT D'ACCESSION SUR CE QUI S'UNIT ET S'INCORPORE A LA CHOSE

1279. « *Tout ce qui s'unit et s'incorpore à la chose appartient au propriétaire, suivant les règles qui seront ci-après établies* » (art. 551).

Suivent deux sections, dans lesquelles le législateur envisage successivement le droit d'accession quant aux immeubles et quant aux choses mobilières.

SECTION PREMIÈRE

DU DROIT D'ACCESSION RELATIVEMENT AUX CHOSSES IMMOBILIÈRES

1280. Division de la matière. — En ce qui concerne les immeubles, le principe de l'accession présente trois applications principales : la première est relative aux plantations, constructions et autres ouvrages qui peuvent être faits sur le sol ou dans son intérieur (art. 552 à 555) ; la deuxième concerne les accroissements qui peuvent résulter pour un fonds de terre du voisinage d'un cours d'eau (art. 556 à 563) ; enfin la troisième a lieu relativement à certains animaux sauvages qui, en se fixant sur le fonds, en deviennent l'accessoire (art. 564). Dans le premier cas, l'accession, étant le fruit du travail de l'homme, de son industrie, est dite *industrielle* ou, suivant l'expression de l'art. 546, *artificielle* ; dans les deux derniers, elle est dite *naturelle*, parce qu'elle est l'œuvre de la nature.

§ I. De l'accession résultant des plantations, constructions et autres ouvrages.

N° 1. Principe.

1281. Aux termes de l'art. 552 al. 1 : « *La propriété du sol* » emporte la propriété du dessus et du dessous ». *Cujus est solum, hujus est usque ad cœlum et usque ad inferos*, disaient nos anciens. C'est le fil à plomb qui détermine les limites du domaine aérien et du domaine souterrain du propriétaire d'un fonds de terre.

Du principe que la propriété du sol emporte la propriété du dessous, du *tréfonds*, comme on disait autrefois, l'art. 552 al. 3 déduit cette conséquence que le propriétaire « *peut faire au-dessous* » toutes les constructions et fouilles qu'il jugera à propos, et tirer de ces fouilles tous les produits qu'elles peuvent fournir, sauf les modifications résultant des lois et règlements relatifs aux mines, et des lois et règlements de police ».

Celui auquel appartient un fonds de terre est donc propriétaire des richesses naturelles qu'il recèle, et principalement des mines. Ce principe, que la loi romaine consacrait nettement, n'a pas toujours été fermement admis dans notre droit : c'est ainsi que quelques-unes de nos vieilles coutumes déclaraient les seigneurs propriétaires de *l'avoir en terre non extrayé* ; et il a fallu l'intervention énergique de Napoléon pour le faire maintenir

dans la loi du 21 avril 1810, qui, avec la loi du 27 juillet 1880, contient la législation actuellement en vigueur sur les mines. Et toutefois le droit du propriétaire reçoit ici une grave atteinte, qui trouve sa justification dans un intérêt social de premier ordre. « Les mines ne peuvent être exploitées qu'en vertu d'un acte de concession délibéré en conseil d'Etat », dit l'art. 5 de la loi précitée du 21 avril 1810. Le gouvernement concède la mine à qui il veut; le propriétaire n'a aucun droit de préférence. Il subira donc une véritable expropriation, si la mine est concédée à un autre que lui. C'est une expropriation pour cause d'utilité publique; car les mines forment une partie importante de la richesse nationale, et l'intérêt public exige que cette richesse ne soit pas compromise par un propriétaire qui se refuserait à toute exploitation, ou qui l'entreprendrait sans avoir les talents ou les ressources nécessaires pour la mener à bonne fin.

L'expropriation pour cause d'utilité publique appelle une indemnité. La loi de 1810 respecte ce principe; mais, dans l'application qu'elle en fait, elle déroge sur deux points aux règles du droit commun. D'abord l'indemnité sera fixée par le gouvernement dans l'acte de concession, tandis que dans les cas ordinaires ce soin est confié à un jury d'expropriation. Puis l'indemnité consistera dans une redevance, c'est-à-dire dans une rente à payer par le concessionnaire de la mine au propriétaire du sol, et par conséquent elle ne sera pas préalable, comme l'exige l'art. 545.

La mine, une fois concédée soit au propriétaire, soit à tout autre, forme une propriété immobilière distincte du sol, et susceptible à ce titre d'être aliénée, hypothéquée ou saisie séparément. Quant à la redevance, elle est due plutôt au sol qu'à son propriétaire. Aussi suit-elle le sort du fonds: elle est immobilière comme lui; les hypothèques qui grèvent le sol grèvent aussi la redevance; l'aliénation du fonds entraîne celle du droit à la redevance. Ce qui n'empêche pas que le propriétaire puisse céder son droit à la redevance séparément du fonds, et alors ce droit, étant détaché du fonds, perd sa nature immobilière. Cass., 27 octobre 1885, D., 86. 1. 134, S., 87. 1. 252.

1282. Du principe que la propriété du sol emporte la propriété du dessus résulte cette conséquence, signalée par l'art. 552 al. 2, 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* ». Les restrictions annoncées par ce dernier membre de phrase sont assez nombreuses. Ainsi il n'est pas permis à un propriétaire de planter trop près de l'héritage voisin (art. 671); de même un propriétaire ne peut établir des vues dans un mur qu'autant qu'il est situé à une certaine distance de l'héritage voisin (art. 678 et s.); il doit disposer le toit de sa maison de manière que les eaux pluviales ne se déversent pas sur le fonds de son voisin (art. 681)...

1283. Aux termes de l'art. 553 : « *Toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur, sont présumés faits par le propriétaire à ses frais et lui appartenir, si le contraire n'est prouvé; sans préjudice de la propriété qu'un tiers pourrait avoir acquise ou pourrait acquérir par prescription, soit d'un sol terrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment* ».

Ce texte établit une double présomption.

1° Les constructions, qui existent sur un terrain ou dans son intérieur, sont présumées avoir été faites par le propriétaire du sol et

à ses frais. Présomption toute naturelle, et qui sera presque toujours conforme à la réalité des choses : *is fecit cui prodest*. Le cas d'une construction faite sur un terrain par un autre que le propriétaire est un cas tout à fait exceptionnel; or les exceptions ne se présument pas. *Præsumptio sumitur ex eo quod plerumque fit*.

2° La deuxième présomption n'est qu'une conséquence de la première. Les constructions, qui existent sur un terrain ou dans son intérieur, sont présumées appartenir au propriétaire du terrain.

Cette double présomption dispense le propriétaire du sol de prouver son droit sur les constructions ou les plantations qu'il porte.

Mais l'une et l'autre sont susceptibles d'être combattues par la preuve contraire, qui est formellement réservée par notre article.

Ainsi, tout d'abord, je puis prouver, contre la première présomption, que les constructions, qui recouvrent un terrain appartenant à autrui, ont été faites par moi et à mes frais : ce qui n'aura pas pour conséquence d'empêcher que les constructions appartiennent au maître du sol (voy. art. 555), mais pourra seulement, suivant les cas, m'autoriser à réclamer une indemnité au propriétaire ou à démolir les constructions (art. 555).

D'autre part, je puis prouver, contre la deuxième présomption, que les constructions ou plantations existant à la surface d'un terrain dont je ne suis pas propriétaire m'appartiennent soit en vertu d'un titre, soit par la prescription : auquel cas la propriété se trouvera démembrée, la superficie appartenant à l'un et le tréfonds à l'autre. V. cep. Cass., 10 juin 1885, D., 86. 1. 205, S., 85. 1. 345. Le superficiaire n'a pas un simple droit d'usufruit, mais bien un droit de propriété; par conséquent ce droit est perpétuel. Cass., 27 avril 1891, D., 92. 1. 219, S., 91. 1. 369 et la note de M. Labbé.

Notre article dit aussi que l'on peut acquérir par la prescription la propriété, « soit » d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment ». Relativement à la prescription d'un souterrain, il faut remarquer qu'elle ne pourrait s'accomplir qu'autant que la possession présenterait les caractères exigés par l'art. 2229, et notamment celui de la publicité. Si donc la possession a été clandestine, ce qui arrivera presque toujours quand aucun signe extérieur ne révélera l'existence du souterrain, il n'y aura pas de prescription possible.

N° 2. Développement du principe.

I. Des constructions faites par un propriétaire sur son fonds avec des matériaux appartenant à autrui.

1284. Un propriétaire a fait des constructions ou autres ouvrages, un pavé par exemple, avec les matériaux d'autrui; ou il a employé pour faire des plantations des plants appartenant à un autre. Cette circonstance empêchera-t-elle qu'il devienne propriétaire des constructions, plantations ou autres ouvrages? La négative résulte de l'art. 554, ainsi conçu : « *Le propriétaire du sol, qui* » *a fait des constructions, plantations et ouvrages avec des matériaux qui ne lui appartenient pas, doit en payer la valeur; il* » *peut aussi être condamné à des dommages et intérêts, s'il y a* » *lieu : mais le propriétaire des matériaux n'a pas le droit de les* » *enlever* ».

Il y a de cette décision une raison de droit et une raison d'équité. En droit, les matériaux incorporés dans la construction ont perdu leur individualité : nous n'avons plus désormais des pierres, du bois, du fer, des tuiles...., mais un édifice composé de ces divers éléments. Juridiquement parlant, les matériaux n'existent donc plus : ce qui amène l'application de la règle *Extinctæ res vindicari non possunt*. En équité, convenait-il d'autoriser le propriétaire des matériaux à exiger, pour en obtenir la restitution, la démolition de constructions faites à grands frais, alors que, grâce à l'indemnité qui lui sera payée, il pourra se procurer très facilement des matériaux équivalents et même préférables à ceux qu'il retirerait de la démolition de l'ouvrage? A ces raisons on peut ajouter subsidiairement que l'intérêt public exige le maintien des constructions : *ne ruinis aspectus urbis deformetur*.

Mais le propriétaire des matériaux ne pourrait-il pas du moins les revendiquer si l'édifice venait à être démoli avant qu'il en eût touché la valeur? Quelques auteurs lui reconnaissent cette faculté. Le droit du propriétaire des matériaux était, dit-on, paralysé plutôt qu'éteint par leur incorporation à l'édifice; rien ne fait plus obstacle à leur revendication, une fois que l'édifice est détruit. Nous préférons la solution contraire. En refusant au propriétaire des matériaux le droit de les enlever, l'art. 554 nous dit implicitement que ces matériaux sont devenus la propriété du constructeur; il en est devenu propriétaire par accession, à raison de leur incorporation au sol, dont ils sont désormais une dépendance. Pour que le droit de propriété de leur ancien maître pût renaître, il faudrait une disposition de la loi, qui n'existe pas.

En droit romain, le constructeur qui avait employé les matériaux d'autrui, était tenu d'en restituer la valeur au double, sur l'action dite *de tigno juncto*. Nous n'avons plus dans notre droit actuel d'actions *in duplum*. Mais en fait le juge français peut, comme le juge de l'action *de tigno juncto*, prononcer contre le constructeur une condamnation au double. Il *doit* en effet, d'après notre article, condamner le constructeur à payer la valeur des matériaux, et il *peut* en outre le condamner à payer des dommages et intérêts, que rien ne l'empêche de tarifier à une somme égale à la valeur des matériaux. Les dommages et intérêts ne sont dus que « s'il y a lieu », c'est-à-dire s'il y a préjudice : ce qui pourrait arriver par exemple dans le cas où il s'agirait de matériaux que le propriétaire se proposait d'employer immédiatement, et dont la privation l'oblige à suspendre ses travaux. Le tout sans préjudice des condamnations pénales qui pourraient être prononcées contre le constructeur s'il avait volé les matériaux.

1285. Tout ce qui vient d'être dit des constructions doit être appliqué aux plantations faites avec des plants appartenant à autrui. Le maître du terrain, sur lequel les plantations ont été faites, en deviendra *immédiatement* propriétaire, sans qu'il soit nécessaire d'attendre, comme en droit romain, le moment, impossible à préciser, où les plantes auront pris racine. Le propriétaire des plants n'aura droit qu'à une indemnité qui sera réglée comme il vient d'être dit.

1286. Ce que la loi dit de l'*incorporation* ne devrait pas être étendu à l'*immobilisation par destination*. En d'autres termes, si un propriétaire place des objets mobiliers sur son fonds dans les conditions requises par la loi pour entraîner l'immobilisation par destination, l'immobilisation ne se produira pas si ces objets sont la propriété d'autrui. Ainsi je place dans une niche pratiquée exprès pour la recevoir, une statue appartenant à un autre; elle ne deviendra pas immeuble par destination, et le propriétaire pourra la revendiquer, sauf à se voir opposer l'art. 2279 al. 1. En effet les objets dont il s'agit n'ont pas perdu leur individualité; ils ne sont pas incorporés au fonds et peuvent en être facilement séparés. Cpr. *supra* n. 1220.

II. *Des constructions, plantations ou autres ouvrages faits sur le terrain d'autrui.*

1287. Cette circonstance que des plantations, constructions ou autres ouvrages ont été faits sur un fonds par un tiers, n'empêche pas qu'ils ne deviennent la propriété de celui auquel le fonds appartient, en qualité d'accessoires de ce fonds. *Superficies solo cedit.* Seulement la règle d'équité, qui ne permet pas de s'enrichir aux dépens d'autrui, obligera en pareil cas le propriétaire du fonds à indemniser le constructeur ou le planteur. C'est ce qui résulte de l'art. 555, ainsi conçu : « *Lorsque les plantations, constructions* » et ouvrages ont été faits par un tiers et avec ses matériaux, le » propriétaire du fonds a droit ou de les retenir, ou d'obliger ce » tiers à les enlever. — Si le propriétaire du fonds demande la » suppression des plantations et constructions, elle est aux frais de » celui qui les a faites, sans aucune indemnité pour lui; il peut » même être condamné à des dommages et intérêts, s'il y a lieu, » pour le préjudice que peut avoir éprouvé le propriétaire du fonds. » — Si le propriétaire préfère conserver ces plantations et construc- » tions, il doit le remboursement de la valeur des matériaux et du » prix de la main-d'œuvre, sans égard à la plus ou moins grande » augmentation de valeur que le fonds a pu recevoir. Néanmoins, » si les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un » tiers évincé, qui n'aurait pas été condamné à la restitution des » fruits, attendu sa bonne foi, le propriétaire ne pourra demander » la suppression desdits ouvrages, plantations et constructions; » mais il aura le choix, ou de rembourser la valeur des matériaux » et du prix de la main-d'œuvre, ou de rembourser une somme » égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur ».

Notre article suppose que les constructions ont été faites *par un tiers*, c'est-à-dire par un autre que le propriétaire du fonds, et *avec ses matériaux*. Mais la solution serait évidemment la même, si les constructions avaient été faites avec des matériaux appartenant à autrui, sauf à régler, comme il a été dit ci-dessus, la situation respective du constructeur et du propriétaire des matériaux.

La rédaction de l'art. 555 est très défectueuse. Son alinéa final, à partir du mot *Néanmoins*, a été ajouté après coup, sur la demande du tribunal. Cette addition, qui a modifié les deux premiers alinéas de l'article, aurait dû amener sa refonte complète.

Dans les explications qui vont suivre, nous ne parlerons que des constructions. Ce que nous dirons à cet égard s'appliquera facilement *mutatis mutandis* aux plantations et autres ouvrages.

Pour régler la situation respective du propriétaire et du constructeur, la loi distingue si le constructeur est de mauvaise foi ou de bonne foi.

1288. PREMIÈRE HYPOTHÈSE. *Le constructeur est de mauvaise foi :* il a construit sur un terrain qu'il savait appartenir à autrui. Sa

situation n'inspire pas beaucoup d'intérêt. Aussi la loi le traite-t-elle durement, trop durement peut-être. Elle autorise le propriétaire à choisir entre deux partis :

1° Forcer le constructeur à démolir les constructions et à rétablir les lieux dans leur ancien état. Le propriétaire, qui prend ce premier parti, ne doit aucune indemnité au constructeur. Il peut même en exiger une de lui, s'il prouve que le fait de la construction ou de la démolition lui cause quelque préjudice.

2° Garder les constructions. Dans ce cas, le constructeur a droit au remboursement de son impense, c'est-à-dire de la valeur des matériaux et du prix de la main-d'œuvre, sans qu'il y ait lieu de se préoccuper de la plus-value que les constructions peuvent avoir procurée au fonds.

1289. DEUXIÈME HYPOTHÈSE. *Le constructeur est de bonne foi.* Pour que le constructeur soit de bonne foi *hoc sensu*, il ne suffit pas qu'il ait cru être propriétaire du terrain sur lequel il construisait : il faut que son erreur soit basée sur un juste titre (argument des mots « qui n'aurait pas été condamné à la restitution des fruits, » attendu sa bonne foi »). En d'autres termes, le constructeur de bonne foi est ici celui qui a construit sur un fonds qu'il possédait avec juste titre et bonne foi. La bonne foi doit avoir existé au moment où les constructions ont été faites (arg. art. 550).

Le constructeur de bonne foi ne peut pas être contraint à démolir ; il peut forcer le propriétaire à garder les constructions, et en outre exiger de lui une indemnité. Suivant notre article, cette indemnité doit être égale à la dépense faite par le constructeur ou à la plus-value produite par les constructions, au choix du propriétaire. Le plus souvent le propriétaire demandera que l'indemnité soit réglée sur la plus-value, parce qu'elle sera inférieure à la dépense. Ainsi les constructions ont coûté 100,000 fr., mais la valeur du fonds n'en est augmentée que de 60,000 fr. ; c'est seulement cette dernière somme que le propriétaire sera tenu de rembourser.

Il faut apprécier la plus-value d'après l'état actuel des choses, et non d'après celui qui existait à l'époque où les constructions ont été faites ; car le propriétaire ne doit payer que la plus-value dont il profite. Il n'y aurait donc pas à tenir compte de la partie des constructions qui aurait péri par cas fortuit. D'autre part, la plus-value doit être appréciée d'après l'augmentation de valeur vénale que les constructions donnent à l'immeuble, et sans qu'il y ait lieu de considérer le plus ou moins d'utilité qu'elles peuvent offrir pour le propriétaire.

* **1290.** Supposons que le propriétaire soit dans l'impossibilité de payer l'indemnité dont nous venons de parler. En face d'un constructeur de mauvaise foi, le propriétaire se tirerait d'affaire en exigeant la démolition ; mais il n'a pas ce droit à l'égard d'un constructeur de bonne foi. Pothier décidait que, dans cette hypothèse, le constructeur devrait se contenter d'une rente perpétuelle, constituée à son profit avec hypothèque sur le fonds,

et correspondant au capital de l'indemnité. Quelque équitable que soit cette décision, il paraît difficile de l'admettre dans le silence de la loi. Le constructeur est, d'après notre article, créancier d'une indemnité ; il peut en exiger le paiement d'après le droit commun, puisque la loi n'y déroge pas, et par conséquent saisir au besoin le fonds et le faire vendre pour se payer sur le prix.

Le constructeur de bonne foi n'aurait pas le droit, à notre avis, de retenir les constructions jusqu'au paiement de l'indemnité qui lui est due. Le droit de rétention aboutit, comme on le verra plus tard, à un véritable privilège, et il n'y a pas de privilège sans texte. La doctrine et la jurisprudence sont en sens contraire. Douai 12 janvier 1891, D., 91. 2. 221.

Le constructeur ne serait pas obligé de compenser l'indemnité qui lui est due avec les fruits qu'il a perçus et gagnés à raison de sa bonne foi. En effet la compensation suppose deux dettes réciproques (art. 1289 et 1290). Or on voit bien ici une dette du propriétaire envers le constructeur ; mais le constructeur ne doit rien au propriétaire à raison des fruits, puisqu'il les a faits siens (art. 549).

1291. Si l'on compare la situation respective du constructeur de bonne foi et du constructeur de mauvaise foi, par rapport au propriétaire, sur le terrain duquel des constructions ont été faites, on voit : d'une part que le propriétaire peut forcer le constructeur de mauvaise foi à démolir, tandis qu'il n'a jamais ce droit à l'égard du constructeur de bonne foi ; et d'autre part que le propriétaire qui veut conserver les constructions doit payer au constructeur de mauvaise foi une indemnité égale à son impense, tandis qu'à l'égard d'un constructeur de bonne foi il a le choix entre le paiement de l'impense et celui de la plus-value. Or si, du premier chef, la situation du constructeur de bonne foi est incontestablement préférable à celle du constructeur de mauvaise foi, elle paraît plus désavantageuse du second, car, la plus-value étant presque toujours inférieure à l'impense, le constructeur de bonne foi recevra à titre d'indemnité moins qu'il n'a dépensé, tandis que le constructeur de mauvaise foi rentrera complètement dans ses déboursés. Le législateur a donc, sur un point, fait la part du constructeur de mauvaise foi plus belle que celle du constructeur de bonne foi. On dit, il est vrai, que le propriétaire, ayant le droit de forcer le constructeur de mauvaise foi à démolir, en usera comme d'une menace pour l'obliger à accepter une indemnité même inférieure à la plus-value. Le propriétaire dira au constructeur de mauvaise foi : Vos constructions ont coûté 30,000 fr. ; elles donnent au fonds une plus-value de 20,000 fr. seulement ; je vous offre 10,000 fr. ou bien j'exige que vous démolissiez. Et la plupart du temps le constructeur acceptera les offres du propriétaire, parce que la démolition lui procurerait un avantage moindre encore. Mais il reste toujours que, si le constructeur de mauvaise foi s'obstine (et il n'y manquera pas quand il saura que le propriétaire tient à conserver les constructions), celui-ci devra rembourser le prix qu'elles ont coûté, tandis qu'il aurait à payer une somme moindre (la plus-value) à un constructeur de bonne foi.

* **1291 bis.** Sur un point, l'art. 555 paraît faire la même situation au possesseur de mauvaise foi et au possesseur de bonne foi. En aucun cas, sauf celui de composition amiable, la loi ne permet au propriétaire revendiquant de s'enrichir aux dépens du possesseur qu'il évince. Nous en concluons que le possesseur, même de mauvaise foi, aurait droit au remboursement de la plus-value résultant de ses travaux, si ces travaux ne sont pas susceptibles de destruction, comme il arrivera par exemple s'ils consistent en défrichements. Cpr. Cass., 11 janvier 1887, S., 87. 1. 225, D., 88. 5. 399.

* **1291 ter.** L'art. 555 statue en vue de constructions faites à l'insu du propriétaire du terrain. Si les constructions ont été faites à sa connaissance et surtout avec son autorisation, il ne pourra pas les revendiquer comme lui appartenant ou forcer le constructeur à les démolir. Il intervient en pareil cas entre le propriétaire du terrain et le constructeur un contrat *sui generis*, en vertu duquel le propriétaire du sol autorise le constructeur à jouir des constructions pendant un certain temps ou tant qu'elles dureront. Il y a création au profit du constructeur d'une sorte de droit de superficie. Limoges, 30 avril 1888, sous Cass., 1^{er} avril 1890, D., 91. 1. 181.

§ II. De l'accession résultant du voisinage d'un cours d'eau.

1292. Pascal dit quelque part : « Les fleuves sont comme la fortune, ils donnent et ils ôtent ». On va bien en avoir la preuve en étudiant les diverses hypothèses que la loi prévoit et règle dans les art. 556 à 563.

a. De l'alluvion.

1293. L'art. 556 al. 1 nous donne la définition suivante de l'alluvion ou lai : « *Les attérissements et accroissements qui se forment successivement et imperceptiblement aux fonds riverains d'un fleuve ou d'une rivière, s'appellent alluvion* ».

L'alluvion est donc l'accroissement qu'un cours d'eau (fleuve, rivière ou même simple ruisseau) procure insensiblement aux fonds riverains par le limon qu'il dépose. L'œil ne peut saisir l'œuvre mystérieuse de la nature, *incrementum latens* : ce qui n'empêche pas qu'avec le temps l'accroissement produit par l'alluvion devient parfois très considérable.

D'où viennent les matières dont l'accumulation sur un point de la rive produit l'alluvion? Nul ne le sait; *a nullo vindicari possunt, quia unde veniant nescitur*. D'un autre côté, l'alluvion fait corps avec le terrain dont elle est venue augmenter l'étendue; la jonction est si intime qu'il est quelquefois difficile de dire où l'alluvion commence. Aussi la loi, ratifiant l'œuvre de la nature, attribue-t-elle l'alluvion au riverain qu'elle a favorisé. « *L'alluvion profite au propriétaire riverain, soit qu'il s'agisse d'un fleuve ou d'une rivière navigable, flottable ou non; à la charge, dans le premier cas, de laisser le marchepied ou chemin de halage, conformément aux règlements* » (art. 556 al. 2).

Le *chemin de halage* et le *marchepied* ou *contre-halage* sont des voies établies sur les rives des cours d'eau navigables, et qui servent pour le halage des bateaux. Notre article a tort de les confondre; car le chemin de halage est établi sur l'une des rives, et le marchepied sur l'autre. Le terrain affecté au chemin de halage et au marchepied (la largeur en est législativement fixée), appartient aux riverains; il est seulement grevé d'une servitude établie dans l'intérêt de la navigation. La servitude de halage est un peu plus onéreuse que celle de marchepied; car elle entraîne l'interdiction de planter à une plus grande distance. Quand l'alluvion se produit sur la rive d'un fleuve navigable, la limite du chemin de halage ou du marchepied, dont la largeur doit toujours rester la même, se déplace, et une portion ou même quelquefois la totalité

du terrain qui se trouvait primitivement grevé de la servitude en est désormais affranchie.

L'alluvion ne profite qu'au propriétaire *riverain*. Si donc un fonds est séparé d'un cours d'eau par un chemin public contigu à ce cours d'eau, l'alluvion profitera non à celui auquel appartient ce fonds, mais au propriétaire du chemin, c'est-à-dire à l'État, au département ou à la commune, suivant les cas.

Comment se partage l'alluvion quand elle s'est formée sur la même rive, en face de plusieurs propriétés riveraines contiguës? Le partage doit s'effectuer *pro modo latitudinis cujusque fundi, quæ latitudo prope ripam sit* (Instit. Just., § 22, *De rerum divisione*, II, 1), c'est-à-dire que l'on considère uniquement pour le partage de l'alluvion, l'étendue de chaque fonds en longueur sur la rive, *quæ latitudo prope ripam sit*, sans aucun égard à sa profondeur. Chaque propriétaire a droit à toute la portion de l'alluvion qui fait face à son fonds.

L'alluvion devient une dépendance du fonds au profit duquel elle s'est produite. *Eodem jure, eadem causa et qualitate acquiritur et possidetur sicut ager cui adjectum est incrementum*. L'augmentation produite par l'alluvion serait donc soumise au droit d'usufruit qui existerait sur le fonds (art. 596); elle serait soumise aussi aux droits de privilège ou d'hypothèque dont le fonds serait grevé (art. 2133). Par où l'on voit que l'alluvion profite à la *propriété*, plutôt qu'au *propriétaire riverain* comme le dit l'art. 556.

b. Des relais.

1294. Le mot *relai* vient du latin *relictum*. Il s'agit du cas où un cours d'eau se déplace graduellement, abandonnant insensiblement l'une de ses rives, qu'il laisse à découvert, pour se porter sur l'autre, qu'il envahit. Bien que cette hypothèse diffère sensiblement de celle de l'alluvion, la loi lui applique la même règle, et elle a été ainsi entraînée à la désigner sous le même nom dans la partie finale de l'art. 557 al. 1, ainsi conçue : « *Il en est de même des relais que forme l'eau courante qui se retire insensiblement de l'une de ses rives en se portant sur l'autre : le propriétaire de la rive découverte profite de l'alluvion, sans que le riverain du côté opposé y puisse venir réclamer le terrain qu'il a perdu* ». Il y aura donc un riverain qui perdra une partie de son terrain, et l'autre qui verra sa propriété s'accroître.

Autre serait le cas où un cours d'eau abandonnerait brusquement l'une de ses rives pour se porter sur l'autre; on appliquerait alors l'art. 563 relatif au changement de lit.

Les lais et relais de mer ne profitent pas aux propriétaires riverains. « *Ce droit n'a pas lieu à l'égard des relais de la mer* », dit l'art. 557 al. 2. Ils appartiennent à l'État. La raison en est que le propriétaire riverain est ici l'État, auquel appartient le rivage de la mer; c'est donc à lui que doit profiter le lai ou le relai. Les propriétaires voisins n'y peuvent prétendre; ils sont riverains du rivage de la mer, mais non de la mer elle-même.

« *L'alluvion n'a pas lieu à l'égard des lacs et étangs, dont le propriétaire conserve toujours le terrain que l'eau couvre quand elle*

» est à la hauteur de la décharge de l'étang, encore que le volume
 » de l'eau vienne à diminuer. — Réciproquement le propriétaire de
 » l'étang n'acquiert aucun droit sur les terres riveraines que son
 » eau vient à couvrir dans des crues extraordinaires » (art. 558).

Les lacs sont l'œuvre de la nature ; au contraire, c'est la main de l'homme qui fait les étangs. D'ailleurs l'eau des étangs, comme celle des lacs, est stagnante, et c'est pourquoi elle ne peut pas donner naissance à des alluvions.

c. De l'avalision.

1295. *Avalision* vient de *avellere*, *avulsum*, arracher. Il s'agit du cas où une portion de terrain reconnaissable est *arrachée* par la violence des eaux, *vis repentina fluminis*, et transportée vers un champ inférieur ou sur la rive opposée. Ce cas diffère notablement de l'alluvion, qui est formée elle aussi de matières enlevées par l'eau courante à des fonds supérieurs, mais sans qu'il soit possible de dire lesquels : *unde veniant nescitur*. Ici au contraire le propriétaire spolié peut reconnaître son bien. Cette hypothèse est régie par l'art. 559, ainsi conçu : « Si un fleuve ou une rivière, » navigable ou non, enlève par une force subite une partie considérable et reconnaissable d'un champ riverain, et la porte vers un » champ inférieur ou sur la rive opposée, le propriétaire de la partie » enlevée peut réclamer sa propriété ; mais il est tenu de former sa » demande dans l'année : après ce délai, il n'y sera plus recevable, » à moins que le propriétaire du champ auquel la partie enlevée a » été unie n'eût pas encore pris possession de celle-ci ».

Par ces mots « une partie de terrain *considérable* », la loi nous paraît désigner une portion de terrain digne d'être prise en considération. Le mot *considérable* est quelquefois employé dans ce sens (voyez le dictionnaire de l'Académie). S'il désignait un terrain d'une grande étendue, il ferait double emploi avec le mot *reconnaisable* qui vient immédiatement après.

Il résulte de notre article que le propriétaire du terrain arraché en conserve la propriété ; d'où la conséquence qu'il peut le *réclamer*.

Il y a quelque difficulté sur le sens du mot *réclamer*. La loi veut-elle dire que le propriétaire du terrain arraché a le droit de le conserver là où il se trouve, ou qu'il a seulement le droit de l'enlever ? Avant de rechercher la solution dont cette question est susceptible, remarquons que deux hypothèses bien distinctes peuvent se présenter : celle de la *juxtaposition* et celle de la *superposition*. Il y a *juxtaposition*, lorsque le terrain arraché, sans sortir du lit du cours d'eau, vient simplement adhérer à un autre fonds riverain, le long duquel il se fixe. Il y a au contraire *superposition*, lorsque le terrain arraché sort du lit du cours d'eau, entre dans un fonds, riverain ou non, et s'y fixe en un point quelconque. Notre article paraît bien avoir prévu l'une ou l'autre hypothèse ; car si les mots « vers un champ inférieur » semblent se rapporter à la juxtaposition, les mots « sur la rive opposée », paraîtraient plutôt faire allusion à une superposition.

Cela posé, au cas de superposition, il paraît incontestable que le propriétaire du terrain arraché n'a que le droit de l'enlever ; car s'il pouvait en jouir en le laissant là où il est, non seulement il priverait le propriétaire du terrain recouvert de la jouissance de ce

terrain, mais encore il faudrait lui reconnaître le droit de pénétrer chez ce propriétaire qui ne serait plus maître chez lui. Le mot *réclamer* de l'art. 559 signifie donc pour ce cas, que le propriétaire n'a que le droit d'enlever son terrain. Comment dès lors aurait-il un autre sens pour le cas de la juxtaposition? En d'autres termes, la loi, statuant dans une même disposition sur l'hypothèse de superposition et sur celle de juxtaposition, dit que le propriétaire du terrain arraché peut le *réclamer*. Or, si *réclamer* signifie enlever au cas de superposition, comment signifierait-il autre chose pour le cas de juxtaposition? Tel est d'ailleurs le sens naturel du mot *réclamer*, qui serait assez mal choisi pour désigner le droit du propriétaire de conserver son terrain là où il est. Ajoutons que si, au cas de juxtaposition, le propriétaire du terrain arraché pouvait le conserver là où il s'est fixé, le propriétaire riverain perdrait en cet endroit le bénéfice du voisinage du cours d'eau. La doctrine est divisée sur cette question.

1296. Le propriétaire du terrain arraché n'est pas obligé de le reprendre; souvent il y renoncera à cause des frais qu'entraînerait cette opération. Sa renonciation peut être expresse ou tacite. La loi voit une renonciation tacite dans le silence qu'il garde pendant un an. Après ce délai, il ne pourra donc plus réclamer son terrain, qui sera définitivement acquis au propriétaire du champ auquel la partie enlevée a été unie, pourvu toutefois que celui-ci en ait pris possession; car l'acquisition de la propriété suppose la volonté d'acquiescer, et aux yeux de la loi cette volonté n'est manifestée que par la prise de possession. Jusque-là, et même après l'expiration du délai d'un an, le propriétaire du terrain arraché peut le réclamer: sa renonciation tacite ne lui est pas opposable, tant que celui au profit duquel elle s'est produite n'a pas manifesté la volonté d'en profiter.

1297. Qu'il réclame ou non son terrain, le propriétaire ne peut pas être condamné à des dommages et intérêts pour le préjudice que l'avalulsion a pu causer aux propriétaires voisins, soit à celui vers ou sur le fonds duquel le terrain arraché est venu se fixer, soit aux autres. L'*avalulsion* est le résultat d'un cas fortuit; or personne ne répond des cas fortuits. Mais le propriétaire du terrain arraché serait responsable, conformément au droit commun, du préjudice qu'il causerait par sa faute en reprenant son terrain.

d. Des îles et îlots.

1298. Une île peut se former dans un cours d'eau, soit par l'effet d'un abaissement permanent du niveau de l'eau, qui met à nu une partie du lit, soit par suite de l'accumulation sur un même point de matières charriées par l'eau courante, qui arrive à former un exhaussement dépassant le niveau de l'eau. Dans ce dernier cas, le terrain qui émerge à la surface, porte plus particulièrement le nom d'*attérissement*.

« Les îles, îlots, attérissements, qui se forment dans le lit des fleuves ou des rivières navigables ou flottables, appartiennent à l'Etat, s'il n'y a titre ou prescription contraire » (art. 560).

« Les îles et attérissements qui se forment dans les rivières non navigables et non flottables appartiennent aux propriétaires

» riverains du côté où l'île s'est formée : si l'île n'est pas formée
 » d'un seul côté, elle appartient aux propriétaires riverains des
 » deux côtés, à partir de la ligne qu'on suppose tracée au milieu de
 » la rivière (art. 561).

Pothier dit que les îles doivent appartenir à celui qui est propriétaire de la rivière où elles se sont formées. Notre législateur paraît être parti de ce principe. Il attribue à l'Etat les îles qui se forment dans les cours d'eau dépendant du domaine public (fleuves et rivières navigables ou flottables), parce que ces cours d'eau appartiennent à l'Etat. Il attribue aux propriétaires riverains, les îles, qui se forment dans les cours d'eau ne dépendant pas du domaine public, sans doute parce qu'il considère ces cours d'eau comme appartenant aux propriétaires riverains. L'art. 561 fournit ainsi un argument très puissant à ceux qui soutiennent que le lit des petites rivières appartient aux riverains. Mais cette question est très controversée. Cpr. *infra* n. 1299.

L'île qui se forme dans un cours d'eau navigable ou flottable, fait partie du domaine privé de l'Etat. A ce titre elle est aliénable et prescriptible, ainsi que le reconnaît d'ailleurs formellement l'art. 560.

L'art. 561 indique quels sont les riverains qui ont droit à l'île formée dans un cours d'eau non navigable ni flottable. Il faut tracer par la pensée une ligne au milieu de la rivière. Si l'île n'est pas traversée par cette ligne, elle appartient tout entière aux propriétaires riverains du côté où elle se trouve. Dans le cas contraire, les propriétaires de chaque rive ont droit à la portion de l'île qui se trouve de leur côté.

Ce premier partage opéré entre chaque rive, il y peut y avoir lieu à un autre partage entre plusieurs propriétaires de la même rive, lorsque l'île s'est formée en face de plusieurs fonds. Dans ce cas, chaque propriétaire prend, dans l'île ou dans la portion de l'île afférente à sa rive, la partie qui fait face à son fonds. Il suffit, pour la déterminer, au moins quand la rivière coule en ligne droite dans la partie où s'est formée l'île, d'abaisser sur la ligne que l'on suppose tracée au milieu de la rivière, des perpendiculaires ayant leur origine au point de séparation des diverses propriétés riveraines sur la rive même; chaque propriétaire prend la portion de l'île comprise entre les deux perpendiculaires qui partent des extrémités de son fonds. En un mot, comme le dit la loi romaine, le partage s'opère entre les propriétaires riverains du même côté *pro modo latitudinis cujusque fundi, quæ latitudo prope ripam sit*, c'est-à-dire proportionnellement à l'étendue de chaque fonds en longueur sur la rive.

* L'île ou la portion d'île, attribuée à chaque propriétaire riverain d'après les règles qui viennent d'être indiquées, est considérée comme un prolongement de sa propriété, et susceptible à ce titre de s'accroître par l'alluvion et de donner droit aux autres îles qui pourraient se former dans le voisinage.

Aux termes de l'art. 562 : « Si une rivière ou un fleuve, en se
 » formant un bras nouveau, coupe et embrasse le champ d'un pro-
 » priétaire riverain, et en fait une île, ce propriétaire conserve la
 » propriété de son champ, encore que l'île se soit formée dans un
 » fleuve ou dans une rivière navigable ou flottable ». C'était à peine utile à dire.

e. Du lit abandonné.

1299. En droit romain, le lit abandonné, *alveus fluminis derelictus*, se partageait entre les propriétaires riverains *pro modo latitudinis cujusque prædii* (L., 7, § 5, D., *De adquir. rer. dom.*, XLI, 1). Un motif d'équité a inspiré à notre législateur une autre décision : « *Si un fleuve ou une rivière navigable, flottable ou non, se forme un nouveau cours en abandonnant son ancien lit, les propriétaires des fonds nouvellement occupés, prennent, à titre d'indemnité, l'ancien lit abandonné, chacun dans la proportion du terrain qui lui a été enlevé* » (art. 563).

* Mais cette nouvelle solution nous paraît susceptible d'engendrer de bien grosses difficultés, qui heureusement seront rares dans la pratique, à cause de la rareté même de l'événement qui peut leur donner naissance. Sans parler des contestations auxquelles donnera souvent lieu le partage du lit abandonné entre les propriétaires des fonds envahis, qui sont peut-être fort nombreux, il arrivera la plupart du temps que la portion de terrain attribuée à chacun d'eux sera enclavée, c'est-à-dire sans issue pour arriver à la voie publique. Pour s'en procurer une, il faudra souvent dépenser plus que ne vaut le terrain. Autre complication : on reconnaît que, s'il existait des îles dans l'ancien lit de la rivière, ceux qui en étaient propriétaires en conservent la propriété après le changement de lit : on aura ainsi une enclave dans une autre enclave. N'eût-il pas été préférable de maintenir la solution du droit romain ? D'ailleurs on s'apitoie peut-être trop sur le sort des propriétaires dont les fonds sont envahis. Ils perdent une partie de leur terrain, c'est vrai ; mais ils gagnent le voisinage de la rivière. Les propriétés traversées par un cours d'eau ont en général plus de valeur et sont plus recherchées. La rivière donne donc peut-être plus qu'elle n'ôte aux propriétaires des fonds envahis. Alors pourquoi leur accorder une indemnité ?

L'art. 563 fournit un argument puissant à ceux qui pensent que le lit des petites rivières n'appartient pas aux riverains, soit qu'ils le regardent comme une *res nullius* (1) soit qu'ils le considèrent comme appartenant à l'Etat. S'il appartenait aux riverains, dit-on, la loi ne l'attribuerait pas, après qu'il a été abandonné, aux propriétaires des fonds envahis ; car elle les indemniserait ainsi avec le bien d'autrui. En ce sens, tribunal de l'empire d'Allemagne, 20 novembre 1884, S., 87. 4. 27. Cpr. Cass., 20 février 1888, S., 88. 1. 477, D., 88. 1. 262.

§ III. Accession relative à certains animaux sauvages qui se fixent sur le fonds et en deviennent une dépendance.

1300. « *Les pigeons, lapins, poissons, qui passent dans un autre colombier, garenne ou étang, appartiennent au propriétaire de ces objets, pourvu qu'ils n'y aient point été attirés par fraude et artifice* » (art. 564).

Les animaux peuvent être divisés, au point de vue juridique, en trois catégories : 1° les animaux sauvages, *feræ naturæ*. La propriété de ces animaux s'acquiert par l'occupation (chasse, pêche...)

(1) En ce sens, Cass., 1^{er} avril 1890, D., 91. 1. 291, et Pau, 13 juin 1890, S., 91. 2. 211. Ce dernier arrêt tire de son principe cette conséquence que les sables, limons, galets et graviers contenus dans le lit d'un torrent appartiennent au premier occupant, alors même qu'il ne serait pas riverain.

et se perd quand l'occupation cesse ; 2^o les animaux domestiques, dont nous conservons la propriété même quand ils ont cessé d'être *sub custodia nostra*, par exemple quand ils se sont échappés ; 3^o les animaux qui ne sont ni entièrement sauvages ni entièrement domestiques. Ce sont ceux auxquels s'applique notre article. Les pigeons par exemple, tant qu'ils conservent l'esprit de retour dans le colombier, tant qu'ils demeurent « captifs volontaires », suivant le mot de Buffon, sont considérés comme un accessoire du colombier et par suite du fonds ; aussi la loi les déclare-t-elle immeubles par destination (art. 524). Du jour où ils abandonnent le gîte qu'on leur avait offert, ils deviennent un accessoire du nouveau fonds où ils sont allés se fixer, et appartiennent par suite au propriétaire de ce fonds.

La loi ajoute cependant cette restriction : « pourvu qu'ils n'y aient point été attirés par » fraude et artifice » : ce qui semble bien signifier que, s'il y a eu fraude ou artifice, les animaux ne cesseront pas d'appartenir à leur ancien propriétaire, et qu'il pourra les revendiquer, en supposant bien entendu qu'il soit possible de les reconnaître. Quelque formel que notre texte paraisse sur ce point, un grand nombre d'auteurs admettent que la fraude, commise par celui qui a attiré les animaux sur son fonds, ne l'empêche pas d'en devenir propriétaire, à titre d'accessoires de ce fonds, mais le rend seulement passible de dommages et intérêts envers l'ancien propriétaire auquel il a causé préjudice.

L'époque de l'ouverture et de la fermeture des colombiers est fixée chaque année par les préfets, après avis des conseils généraux (loi du 4 avril 1889 sur le Code rural, tit. VI art. 6).

« Pendant le temps de la clôture des colombiers, dit l'art. 7 de la loi précitée, les propriétaires et les fermiers peuvent tuer et s'approprier les pigeons qui seraient trouvés sur leurs fonds, indépendamment des dommages-intérêts et des peines de police encourues par les propriétaires des pigeons. — En tout autre temps, les propriétaires et les fermiers peuvent exercer, à l'occasion de pigeons trouvés sur leurs fonds, les droits déterminés par l'art. 4... »

Et voici maintenant le texte de cet art. 4 : « Celui dont les volailles passent sur la propriété voisine et y causent des dommages, est tenu de réparer ces dommages. Celui qui les a soufferts peut même tuer les volailles, mais seulement sur le lieu, au moment du dégât, et sans pouvoir se les approprier ».

Enfin l'art. 5 de la loi précitée porte : « Les volailles et autres animaux de basse-cour qui s'enfuient dans les propriétés voisines ne cessent pas d'appartenir à leur maître quoiqu'il les ait perdus de vue. — Néanmoins, celui-ci ne pourra plus les réclamer un mois après la déclaration qui devra être faite à la mairie par les personnes chez lesquelles ces animaux se seront enfuis ».

SECTION II

DU DROIT D'ACCESSION RELATIVEMENT AUX CHOSSES MOBILIÈRES

1301. Cette matière, à laquelle le droit romain consacrait de longs développements, a beaucoup perdu de son importance dans notre droit par suite de l'apparition de la règle *En fait de meubles la possession vaut titre* (art. 2279). Dans tous les cas (et ils seront fréquents) où cette règle recevra son application, il ne pourra pas

être question d'appliquer les dispositions contenues dans notre section. Aussi glisserons-nous très rapidement sur cette matière, d'autant plus que le législateur s'est borné la plupart du temps à reproduire, et souvent en les travestissant, les règles du droit romain.

Nous nous bornerons à transcrire l'art. 565 qui contient le principe de la matière et à renvoyer le lecteur au texte des art. 566 à 577 pour les applications.

ART. 565. *Le droit d'accession, quand il a pour objet deux choses mobilières appartenant à deux maîtres différents, est entièrement subordonné aux principes de l'équité naturelle. — Les règles suivantes serviront d'exemple au juge pour se déterminer, dans les cas non prévus, suivant les circonstances particulières.*

TITRE III

De l'usufruit, de l'usage et de l'habitation.

1302. Ce titre et le suivant sont consacrés aux servitudes.

« Les servitudes *lato sensu*, disent MM. Aubry et Rau, sont des droits réels en vertu desquels une personne est autorisée à tirer de la chose d'autrui une certaine utilité ».

La servitude constitue une exception au droit commun, d'après lequel le propriétaire a seul le droit de retirer de sa chose toute l'utilité qu'elle peut procurer. Le mot *servitude* exprime bien l'état d'assujettissement dans lequel se trouve alors la chose à l'égard de la personne, autre que le propriétaire, à laquelle elle doit ses fruits ou ses services.

Il existe dans notre droit, comme en droit romain, deux espèces de servitudes : les servitudes *personnelles* et les servitudes *réelles*. *Servitudes aut personarum sunt aut rerum.*

En ce qui concerne les servitudes *personnelles*, le code civil a conservé la chose tout en supprimant le nom. Dans l'intitulé du titre qui leur est consacré (titre III), comme dans les textes que ce titre contient et partout ailleurs, le législateur a évité avec un soin minutieux d'employer l'expression *servitudes personnelles*, consacrée par une tradition séculaire. Elle sonnait mal à cette époque, paraît-il, parce qu'elle rappelait, de bien loin cependant, le souvenir des services personnels et des corvées du régime féodal.

Pour les servitudes *réelles*, le législateur a conservé la chose et le nom tout à la fois, mais ici encore un scrupule, inspiré par les souvenirs de la féodalité, l'a porté à faire suivre le mot *servitude* d'une sorte de définition dans l'intitulé du titre IV : *Des servitudes ou services FONCIERS*, et à déclarer dans l'art. 638 que « La servitude n'établit aucune prééminence d'un héritage sur l'autre ».

1303. La servitude *personnelle* est celle qui existe sur une chose

au profit d'une personne déterminée. Attachée à la personne, elle meurt avec elle et quelquefois avant elle; la servitude personnelle est donc temporaire. Notre code indique trois servitudes personnelles : l'usufruit, l'usage et l'habitation.

La servitude *réelle* est celle qui existe sur fonds (fonds *servant*) au profit d'un autre fond (fonds *dominant*) appartenant à un autre propriétaire (art. 637) : telle est la servitude de passage. La servitude réelle constitue donc un rapport entre deux fonds; aussi est-elle de sa nature perpétuelle comme les fonds auxquels elle est inhérente.

On le voit, la différence entre la servitude personnelle et la servitude réelle est considérable. La première appartient à une personne, d'où la dénomination de servitude *personnelle*. La seconde appartient à un fonds, *res*, ce qui l'a fait appeler servitude *réelle*. Sans doute elle sera exercée par une personne, car le fonds dont elle est un attribut ne peut pas l'exercer lui-même; mais ce sera par une personne indéterminée, le propriétaire du fonds dominant, quel qu'il soit. La servitude réelle est inhérente au fonds dominant qui en est le véritable titulaire; le droit de l'exercer s'acquiert avec la propriété de ce fonds, et se perd avec elle.

1304. Le titre III, qu'on n'hésiterait pas aujourd'hui à intituler *Des servitudes personnelles*, est divisé en deux chapitres consacrés, le premier à l'usufruit, le second à l'usage et à l'habitation.

CHAPITRE PREMIER

DE L'USUFRUIT

1305. Définition. — Nous avons une définition légale de l'usufruit : « *L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance* » (art. 578). Cette définition ressemble beaucoup à celle que donne Justinien dans ses *Institutes* : *jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*. Pesons-en tous les termes.

L'usufruit est le *droit de jouir*, dit la loi. Cette expression *droit de jouir* comprend le droit de se servir de la chose, *jus utendi*, et le droit d'en recueillir les fruits, *jus fruendi*, en d'autres termes, l'*usus* et le *fructus*; d'où les dénominations d'*usufruit*, *usufruitier*. Il ne reste donc au propriétaire que le *jus abutendi* : *ususfructus est jus utendi et fruendi SED NON ABUTENDI*. Et c'est pourquoi on l'appelle *nu propriétaire*, parce qu'il ne conserve qu'une

nue propriété, c'est-à-dire une propriété dépouillée pour le moment de ses principaux avantages et par conséquent stérile.

En nous disant que l'usufruit est le droit de *jouir*, la loi nous dit implicitement qu'il est un droit *viager*; car la mort est le terme de toutes les jouissances. On a donc reproché à tort au législateur de n'avoir pas indiqué dans sa définition ce caractère essentiel de l'usufruit.

Le texte ajoute : *des choses dont UN AUTRE a la propriété*. Donc le droit de jouissance, qui appartient au propriétaire sur sa propre chose, ne constitue pas un *usufruit*. La raison en est que l'usufruit est une servitude et que nul ne peut avoir de servitude sur sa propre chose. Le droit de jouir est pour le propriétaire un attribut de son droit de propriété, et non une servitude *Nemini res sua servit jure servitutis, sed prodest jure dominii*.

On donne quelquefois, sur l'autorité du droit romain, le nom d'*usufruit* au droit de jouissance qui appartient au propriétaire sur sa propre chose; et, pour distinguer cet usufruit improprement dit du véritable usufruit, de celui qui existe au profit d'un autre que le propriétaire, on appelle le premier, usufruit *causal*, et le second, usufruit *formel*. — L'usufruit du propriétaire est dit CAUSAL, *causalis*, parce qu'il a pour cause la propriété, *quia competit ex causa proprietatis; quia CAUSÆ suæ, id est dominio junctus est*. Au contraire l'usufruit qui appartient à un autre qu'au propriétaire est qualifié de FORMEL, *quia per se consistit, quia propriam FORMAM habet*. Il faut débarrasser la science du droit de ce bagage inutile. Le droit de jouissance du propriétaire n'est pas un usufruit.

Les mots *comme le propriétaire lui-même* nous indiquent qu'en principe et sauf la restriction contenue dans la partie finale de notre texte, le droit de jouissance de l'usufruitier est aussi étendu que celui du propriétaire. L'usufruitier peut donc, comme le propriétaire, ou jouir par lui-même, ou jouir par l'intermédiaire d'un tiers auquel il donnera la chose à bail. Il peut même céder son droit de jouissance (art. 595).

On répète partout que la loi s'exprime en termes beaucoup trop généraux, quand elle dit que l'usufruitier jouit *comme le propriétaire lui-même*, parce que d'une part le propriétaire a droit à tous les produits de la chose, tandis que l'usufruitier n'a droit qu'à ceux de ces produits qui ont le caractère de fruits, et parce que d'autre part le propriétaire jouit comme il l'entend, il peut même, si cela lui plaît, jouir d'une manière abusive, tandis que l'usufruitier doit jouir en bon père de famille (art. 601). Cette critique ne nous semble pas fondée. Le droit pour le propriétaire de percevoir les produits non-fruits et celui de jouir d'une manière abusive sont une conséquence de son droit de disposer, plutôt que de son droit de jouir; ils touchent à l'*abusus* bien plus qu'au *fructus* et à l'*usus*, et, en accordant seulement à l'usufruitier le droit de *jouir* (ce qui exclut le droit de disposer), la loi donne assez clairement à entendre que l'usufruitier ne peut, ni recueillir les produits non-fruits, ni jouir d'une manière abusive.

Enfin notre article se termine par ces mots : *à la charge d'en conserver la substance*. Que ce membre de phrase soit ou non la traduction fidèle des mots *salva rerum substantia*, qui terminent la définition donnée par les Institutes de Justinien, ils expriment une

idée exacte, à savoir que l'usufruitier ne doit pas dénaturer la chose sur laquelle porte son droit. Ainsi l'usufruitier ne pourra pas transformer une vigne en un pré, ou une terre labourable en un étang ; ce serait altérer la *substance* de la chose. On voit que le législateur entend ici par *substance* l'ensemble des qualités constitutives de la chose, c'est-à-dire des qualités qui la distinguent des autres, et en l'absence desquelles elle ne mériterait plus de porter le nom *substantif* qui la désigne.

Toutefois le principe que l'usufruitier ne peut altérer la substance de la chose, doit être combiné avec cet autre principe qu'il a le droit de jouir. De là il suit que l'usufruitier pourra faire subir à la substance de la chose les modifications nécessaires à l'exercice de son droit de jouissance. Ainsi l'usufruitier d'une vigne pourra la transformer en terre labourable à partir du jour où, devenue trop vieille, elle ne rapportera plus de quoi récompenser des frais de culture qu'elle occasionne : c'est alors un acte de bonne administration de l'arracher, et tout propriétaire soucieux de ses intérêts en agirait ainsi.

1306. L'usufruitier étant tenu de conserver la substance de la chose, pour la restituer au propriétaire lors de la cessation de l'usufruit, il semble que, par définition même, l'usufruit soit inapplicable aux choses consommibles, *quæ ipso usu consumuntur vel minuuntur*, telles que l'argent, les denrées alimentaires. En effet il est impossible de jouir de ces choses en conservant leur substance, puisqu'on ne peut en jouir sans les consommer. Cependant des raisons d'utilité pratique ont fait admettre chez nous, comme en droit romain, la possibilité d'établir sur les choses de consommation, sinon un véritable droit d'usufruit, du moins quelque chose d'analogue, *quasi ususfructus* ; d'où les commentateurs ont fait le mot *quasi-usufruit*. Le quasi-usufruitier aura la faculté de consommer, puisqu'on ne peut pas jouir autrement des choses sur lesquelles porte son droit, et il devra rendre à la cessation de l'usufruit, non pas ces choses mêmes, mais leur équivalent, c'est-à-dire leur estimation ou des choses semblable (art. 587). Ici *tantumdem est idem*.

1307. L'usufruit est un droit réel, *jus in re*. L'art. 543 le dit à peu près explicitement, et l'art. 578 le donne à entendre en disposant que l'usufruit « est le droit de jouir d'une chose » : l'usufruitier est mis ainsi en rapport direct et immédiat avec la chose, ce qui est le caractère distinctif du droit réel. Le législateur s'exprime tout autrement, quand il définit le contrat de louage, qui ne confère au locataire, ou mieux au *preneur* qu'un droit personnel de jouissance. « Le louage des choses, dit l'art. 1709, est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose... » Ainsi l'usufruitier a le droit de jouir ; le preneur a le droit d'exiger que le bailleur le fasse jouir. Il y a donc, entre le bailleur et le

preneur, relativement au droit de jouissance, un lien d'obligation, qui n'existe pas entre le nu propriétaire et l'usufruitier. Le nu propriétaire n'est tenu que d'un rôle passif à l'égard de l'usufruitier : il ne doit pas entraver son droit de jouissance; mais il n'est pas obligé de le *faire jouir*; ainsi il ne sera pas tenu de faire les réparations nécessaires pour que l'usufruitier puisse employer la chose à l'usage auquel elle est destinée (art. 600). *Tenetur in non faciendo, non in faciendo*. Au contraire le bailleur est obligé de *faire jouir* le preneur, c'est-à-dire de lui procurer la jouissance de la chose, par exemple de faire les réparations nécessaires pour rendre la maison louée habitable (art. 1720). En un mot l'usufruitier a un droit *réel* de jouissance, le preneur un droit *personnel*.

On dit cependant quelquefois que l'usufruit est un droit *personnel*; mais cette locution a ici un sens tout à fait spécial. Elle ne signifie pas que l'usufruit soit un droit d'obligation; elle ne signifie pas non plus que le droit d'usufruit soit exclusivement attaché à la personne de l'usufruitier (l'art. 393 lui permet en effet de se substituer quelqu'un quant à la jouissance de la chose); elle exprime purement et simplement cette idée que le droit d'usufruit réside sur la tête de l'usufruitier, et meurt avec lui. En d'autres termes, le droit d'usufruit ne passe pas aux héritiers de l'usufruitier; il n'est pas héréditairement transmissible.

C'est là un caractère essentiel du droit d'usufruit. Dans des vues d'intérêt général, *ne in universum inutiles essent proprietates, semper abscedente usufructu*, le législateur a voulu que l'usufruit ne pût pas être perpétuellement séparé de la propriété, qui deviendrait alors un titre illusoire; et c'est pour cela qu'il a fait de l'usufruit un droit viager. Il faudrait donc déclarer nulle toute clause de l'acte constitutif de l'usufruit, qui aurait pour but de rendre l'usufruit transmissible aux héritiers de l'usufruitier (arg. art. 6).

Mais rien ne fait obstacle à ce que le droit d'usufruit soit établi sur plusieurs têtes soit conjointement, soit successivement. Ainsi un testateur peut dire : Je lègue l'usufruit de mon domaine de N. à *Primus*, puis à sa mort à *Secundus*, à la mort de celui-ci à *Tertius*... C'est le cas d'un usufruit successif. Une disposition de ce genre ne viole pas la règle que l'usufruit n'est pas transmissible aux héritiers de l'usufruitier; car chaque légataire, appelé successivement à l'usufruit, tient son droit du constituant, et non du précédent usufruitier. Et de là résultent deux conséquences :

1^o Si l'usufruit, établi sur plusieurs têtes successivement, a été constitué par donation entre vifs, chaque bénéficiaire devra exister, par conséquent être au moins conçu, à l'époque de la donation (arg. art. 906), et la donation devra être l'objet d'une acceptation distincte faite par ou pour chacun (arg. art. 932).

2^o Si l'usufruit a été constitué par testament, chaque bénéficiaire devra être au moins conçu lors du décès du disposant (arg. art. 906).

Par où l'on voit qu'en aucun cas des dispositions de ce genre ne pourront arriver à constituer un usufruit dépassant la durée d'une vie d'homme. En effet, quel que soit le nombre des bénéficiaires successifs, l'usufruit ne durera pas plus longtemps que s'il avait été constitué exclusivement au profit de celui qui survivra à tous les autres.

1308. L'usufruit constitue un droit tout à fait distinct de la nue propriété. Ce sont deux droits rivaux, mais de nature différente, sur une même chose. De là résultent deux conséquences :

1° Il n'y a pas communauté ni par suite indivision entre le nu propriétaire et l'usufruitier d'un même bien ; car la communauté suppose deux droits de même nature sur une même chose. Il n'y a lieu par suite à aucun partage entre le nu propriétaire et l'usufruitier. Orléans, 19 mars 1887, S., 88. 2. 8, D., 89. 2. 113, et Cass., 10 déc. 1889, D., 91. 1. 71.

* Il y aurait au contraire communauté entre plusieurs personnes, qui seraient co-usufruitières du même bien soit pour des parts égales, soit pour des parts différentes. Chacun des usufruitiers pourrait alors demander contre les autres un partage de jouissance, et, si un partage en nature était impossible, la licitation, mais toujours quant à la jouissance seulement. Cass., 1^{er} juil. 1891, D., 92. 1. 145. Il en serait ainsi, même dans le cas où la jouissance d'un bien se trouverait indivise entre l'usufruitier d'une partie de ce bien et le propriétaire de ce même bien. Tel serait le cas d'une veuve usufruitière, en vertu du testament de son mari, de la moitié des biens de celui-ci ; il y aurait lieu à un partage de jouissance entre la veuve, qui a droit à la jouissance d'une moitié, et les héritiers du mari, auxquels appartient, en qualité de propriétaires, la jouissance de l'autre moitié. Il importe peu que l'un de ces droits de jouissance, celui de la veuve, soit un usufruit, et que l'autre, celui des propriétaires, n'ait pas ce caractère (*supra* n. 1305). Cela n'empêche pas que le droit de jouir de la même chose, droit qui pour le propriétaire se distingue nettement du droit de disposer, appartient en commun à plusieurs personnes différentes : ce qui doit nécessairement donner lieu à un partage ou à une licitation. En ce sens, Cass., 25 août 1879, D., 79. 1. 449, S., 80. 1. 181 ; Poitiers, 19 déc. 1887, S., 88. 2. 32, et Amiens, 15 nov. 1892, D., 93. 2. 314.

* En sens inverse, si l'usufruit d'un même bien ou d'un même patrimoine appartient à un seul et la nue propriété à plusieurs, il ne peut y avoir lieu qu'au partage ou à la licitation de la nue propriété, l'indivision n'existant pas entre les divers ayant droit quant à la jouissance. Voyez en ce sens : Caen, 20 août 1880, S., 81. 2. 118 ; Orléans, 8 décembre 1881, S., 83. 2. 113, D., 84. 2. 43, et Cass., 10 déc. 1889, D., 91. 1. 71.

2° L'usufruit d'un bien est susceptible soit d'être cédé (art. 595), soit d'être saisi par les créanciers de l'usufruitier (art. 2204), soit même d'être hypothéqué, quand il porte sur un immeuble (art. 2118), séparément de la nue propriété. Il en est autrement des servitudes réelles, qui sont des qualités des fonds, *qualitates prædiorum*, et qui à ce titre ne peuvent en être séparées.

1309. Comment l'usufruit peut être établi. « *L'usufruit est* » établi par la loi ou par la volonté de l'homme », dit l'art. 579.

= *Par la loi.* Les orateurs du gouvernement et du tribunal ont cité comme exemple d'usufruit légal l'usufruit paternel, ou droit de jouissance légale, de l'art. 384.

Que ce droit soit établi par la loi, c'est incontestable ; qu'il constitue un véritable usufruit, c'est plus douteux, bien que la loi lui donne ce nom dans l'art. 601. Nous avons constaté en effet d'importantes différences entre l'usufruit paternel et un usufruit ordinaire : notamment il n'est pas susceptible d'être cédé ni hypothéqué (*supra* n. 980).

Le nouvel art. 767 du code civil (loi du 9 mars 1891) contient un usufruit légal remarquable entre tous, celui du conjoint survivant sur les biens du prédécédé.

Il y en a un autre cas dans l'art. 754. Voyez ce texte. En dehors du code civil, on en trouverait un certain nombre. Citons notamment celui que l'art. 1 al. 2 de la loi du 14 juillet 1886 établit au profit du conjoint survivant d'un auteur, compositeur ou artiste. V. aussi loi du 25 mars 1873, art. 13.

* Quant au droit de jouissance, qui appartient au mari sur les biens de sa femme, sous le régime de la communauté et sous la plupart des autres régimes matrimoniaux, on verra plus loin que ce n'est pas un véritable usufruit : comme le droit de jouissance légale de l'art. 384, il ne peut être cédé ni hypothéqué. En tout cas, ce ne serait pas un usufruit légal ; car il résulte, non de la loi, mais de la volonté des époux, volonté qu'ils ont expri-

mée dans leur contrat de mariage, s'ils en ont fait un, et que la loi considère comme sous-entendue pour le cas où, n'ayant pas fait de contrat, ils se trouvent soumis au régime de la communauté légale.

= *Par la volonté de l'homme*. C'est-à-dire du propriétaire. Cette volonté peut être manifestée par convention ou par testament.

a. *Par convention* : soit à *titre onéreux*, quand le constituant stipule quelque chose comme contre-valeur de ce qu'il donne, par exemple si l'usufruit est établi par vente ou par échange; soit à *titre gratuit*, lorsqu'il agit dans des vues désintéressées, c'est-à-dire lorsqu'il établit l'usufruit par donation entre vifs. Les contrats de mariage contiennent fréquemment des dispositions de cette dernière espèce, faites par l'un des époux au profit de l'autre.

b. *Par testament*, comme si un testateur lègue l'usufruit de tel immeuble à *Primus* et la nue propriété à *Secundus*. Avec le contrat de mariage, le testament est le mode de constitution le plus usuel de l'usufruit.

1310. On admet généralement que l'usufruit peut s'établir aussi par la prescription.

Ainsi je constitue à votre profit un droit d'usufruit sur un immeuble que vous croyez m'appartenir et qui ne m'appartient pas : la constitution d'usufruit est donc nulle, comme faite *a non domino*; vous exercez néanmoins le droit d'usufruit, sans opposition du propriétaire, pendant le temps fixé par l'art. 2265. Vous aurez acquis le droit d'usufruit par la prescription. On ne voit pas en effet, pourquoi l'exercice prolongé d'un droit d'usufruit ne pourrait pas fonder une prescription, tout aussi bien que l'exercice prolongé d'un droit de propriété. Cpr. Cass., 9 janvier 1889, S., 89. 1. 118. D'ailleurs, le code civil n'ayant pas réglementé d'une manière spéciale l'acquisition du droit d'usufruit par la prescription, il y aurait lieu de se référer sur ce point aux règles du droit commun, contenues dans les art. 2262, 2265 et 2279.

On a fait contre cette solution plusieurs objections.

La première est tirée du silence que garde relativement à la prescription l'art. 579 qui énumère les modes de constitution de l'usufruit. Nous répondons : Le mot *prescription* n'est pas écrit, il est vrai, dans l'art. 579, mais l'idée qu'exprime ce mot s'y trouve en réalité contenue, car la prescription est un mode d'acquisition fondé sur la loi et sur la volonté de l'homme tout à la fois. Comme le dit fort bien Duranton, l'acquisition par la prescription s'accomplit en vertu de la loi qui la consacre et de la volonté de l'homme qui la laisse s'accomplir. On s'explique d'ailleurs à merveille que le législateur se soit borné à sous-entendre ici ce mode d'acquisition, du moment qu'il le laissait soumis pour le tout aux règles du droit commun; il a dû au contraire en faire une mention particulière en ce qui concerne les servitudes réelles (art. 690 et s.), parce qu'il le soumettait alors à des règles toutes spéciales.

* La deuxième objection est tirée de l'art. 2236, ainsi conçu : « Ceux qui possèdent pour autrui, ne prescrivent jamais... Ainsi le fermier.... l'*usufruitier* et tous autres qui détiennent précérament la chose du propriétaire, ne peuvent la prescrire ». Répondons avec Proudhon : il faut distinguer dans un fonds grevé d'usufruit deux droits distincts, le droit de nue propriété, et le droit d'usufruit. En ce qui concerne le droit de nue propriété, l'*usufruitier* est détenteur précaire; son titre même implique la reconnaissance du droit du nu propriétaire : c'est pour ce dernier qu'il possède, *alii non sibi*; il ne pourra donc jamais prescrire la propriété contre lui *etiam per mille annos*. L'*usufruitier* possède si bien, quant à la nue propriété, pour le compte du nu propriétaire, que celui-ci pourrait au besoin, en invoquant la possession de l'*usufruitier*, si elle a duré un temps suffisant, oppo-

ser la prescription à toute personne qui élèverait contre lui des prétentions à la nue propriété. Mais au contraire, relativement à son droit d'usufruit, l'usufruitier ou celui qui se dit tel ne le possède plus à titre précaire; il le possède à titre de propriétaire, pour son propre compte, et non pour celui du nu propriétaire. En un mot, comme le dit Cujas, » *fundum fructuarius possidet alii non sibi, jus fruendi sibi* ». La possession de l'usufruitier, en tant qu'elle s'applique à son droit d'usufruit, peut donc être utile pour la prescription de ce droit.

1311. En droit romain, le juge de l'action *familiæ erciscundæ* ou de l'action *communi dividundo* pouvait, dans certains cas, opérer le partage en attribuant la nue propriété du bien à partager à l'un des copropriétaires et l'usufruit à l'autre. L'usufruit était alors établi *per adjudicationem*. Notre législation actuelle refuse ce droit au juge de l'action en partage, par cela seul qu'elle ne le lui accorde pas. Les parties peuvent bien, si elles sont majeures et maîtresses de leurs droits, adopter dans un partage amiable un arrangement de ce genre, qui n'offrirait qu'un cas particulier d'usufruit établi par la volonté de l'homme; mais un texte serait évidemment nécessaire pour qu'il pût leur être imposé dans un partage judiciaire, et on ne doit pas regretter son absence. Le juge de l'action en partage ne peut que diviser le bien, s'il est susceptible d'être partagé commodément, ou en ordonner la licitation dans le cas contraire (art. 827 et 1686).

1312. On voit en résumé que l'usufruit peut être établi par la loi, par la volonté de l'homme manifestée dans un acte entre vifs ou dans un testament, et enfin par la prescription.

1313. La constitution d'usufruit équivaut à une aliénation partielle; car l'usufruit est un démembrement de la propriété, *pars quædam domini*. De là il résulte que pour constituer un droit d'usufruit, comme pour aliéner, il faut : 1° être propriétaire du bien qu'il s'agit de grever d'usufruit; 2° être capable de l'aliéner. Un mineur ou un interdit ne pourrait donc pas constituer valablement un droit d'usufruit sur ses biens.

1314. Tout acte entre vifs constitutif d'usufruit sur un bien immobilier, est assujéti à la transcription. Jusqu'à l'accomplissement de cette formalité, la constitution d'usufruit n'est pas opposable aux tiers. Il n'y a pas à distinguer si l'acte constitutif est à titre gratuit ou à titre onéreux. Est-il à titre gratuit? la nécessité de la transcription résulte de l'art. 939, qui soumet à cette formalité les donations *de biens susceptibles d'hypothèques*; or l'usufruit d'un immeuble est un bien susceptible d'hypothèque (art. 2118). Et, pour le cas où l'acte constitutif d'usufruit est à titre onéreux, la nécessité de la transcription résulte de l'art. 1 de la loi du 23 mars 1855, qui soumet à cette formalité les actes entre vifs (à titre onéreux) *translatifs de droits réels susceptibles d'hypothèque*. — On objecterait en vain que ce dernier texte, parlant d'actes *translatifs*, ne peut pas comprendre l'acte *constitutif* d'usufruit. Il faut répondre que l'acte constitutif d'usufruit est aussi un acte *translatif*; car le propriétaire *transfère* à un tiers le droit d'usufruit qui lui appartenait, il démembre sa propriété et accomplit par conséquent une aliénation partielle.

* Mais les termes de la loi ne permettent guère de considérer comme soumise à la transcription la constitution d'usufruit, qui résulte pour le mari, sur les biens de sa femme, de l'adoption de tel ou tel régime matrimonial; car cet usufruit, ainsi qu'on le verra plus loin (si tant est qu'on doive lui donner ce nom), n'est pas *susceptible d'hypothèque*. Cette solution, qui paraît certaine au cas où l'usufruit marital résulte de l'adoption du régime de la communauté légale par des époux qui se sont mariés sans contrat (car il n'y a pas ici d'acte constitutif et il ne peut par suite être question de transcription), a été contestée à tort pour le cas où cet usufruit a sa source dans un contrat de mariage. Il n'y aurait même pas lieu de distinguer, comme on a voulu le faire, si le droit d'usufruit du mari est établi par le contrat sur l'ensemble des biens de la femme, ou seulement sur certains biens

déterminés, comme il arriverait si la femme, dans un contrat de mariage contenant stipulation du régime dotal, s'était constitué en dot certains immeubles déterminés. La raison de décider est la même dans tous les cas : l'usufruit marital n'est pas susceptible d'hypothèque, et n'est pas compris par conséquent dans les termes de l'art. 1 de la loi sur la transcription.

En aucun cas, la constitution d'usufruit faite par testament n'est soumise à la transcription ; car la loi du 23 mars 1855 n'assujettit à cette formalité que les actes entre vifs. L'usufruit testamentaire est donc opposable aux tiers indépendamment de toute transcription.

1315. — Des diverses modalités dont la constitution d'usufruit est susceptible. — *Modalité* (de *modus*) signifie *manière d'être*. La constitution d'usufruit est susceptible des mêmes modalités que l'aliénation, car elle n'est à bien dire qu'une aliénation partielle. Les principales sont indiquées par l'art. 580 : « *L'usufruit peut être établi, ou purement, ou à certain jour, ou à condition* ».

= *Purement*. L'usufruit est établi purement et simplement, quand il est constitué sans aucune modalité.

= *A certain jour*. C'est-à-dire à terme. Le terme, *dies*, est un espace de temps. Cette modalité peut offrir ici deux variantes. L'usufruit peut être constitué, — soit *ex die*, c'est-à-dire à partir d'un certain jour, comme si un testateur a dit : Je lègue l'usufruit de tel immeuble à *Primus* : *il n'entrera en jouissance qu'une année après ma mort* », — soit *in diem*, c'est-à-dire pour durer jusqu'à une certaine époque ; exemple : Je lègue à *Primus* l'usufruit de tel immeuble *pour cinq années*. Ici l'usufruit s'ouvrira au profit du légataire dès le jour du décès du testateur, mais il prendra fin au bout de cinq années.

= *A condition*. La condition est un événement futur et incertain, auquel on subordonne l'existence ou la résolution d'un droit (art. 1168). Il y a donc deux espèces de condition : la condition *suspensive* et la condition *résolutoire*. L'usufruit serait constitué sous condition *suspensive* dans l'espèce suivante : Je lègue l'usufruit de tel immeuble à Paul *s'il se marie*. Le droit du légataire sera suspendu (c'est-à-dire qu'il ne prendra pas naissance) jusqu'à ce qu'il se soit marié. Voici maintenant l'exemple d'un usufruit constitué sous condition *résolutoire* : Je lègue l'usufruit de tel immeuble à Paul ; son droit sera résolu (c'est-à-dire sera considéré comme n'ayant jamais existé), s'il dépasse l'âge de trente ans sans se marier. Ici le droit du légataire s'ouvrira après la mort du testateur, sauf résolution, si le légataire ne s'est pas marié dans le délai fixé par le testateur.

* **Remarque.** Lorsqu'un usufruit est constitué à terme, *ex die*, il est par la force même des choses conditionnel, *vi ipsa conditio inest*. En effet le droit d'usufruit ne pouvant pas s'ouvrir dans la personne des héritiers de l'usufruitier, puisqu'il n'est pas héréditairement

transmissible, il en résulte que l'usufruit ne prendra naissance que *si l'usufruitier existe à l'expiration du terme fixé*; il est donc conditionnel. *Tunc enim constituitur usufructus quum quis jam frui potest.*

1316. Quels biens sont susceptibles d'usufruit. — « *Il (l'usufruit) peut être établi sur toute espèce de biens meubles et immeubles* », dit l'art. 581 ».

— *Sur toute espèce de biens.* Pourvu qu'ils soient dans le commerce.

— *Meubles ou immeubles.* L'usufruit portant sur des immeubles est immobilier (art. 526); celui qui porte sur des meubles est mobilier (*supra* n. 1253).

L'usufruit peut d'ailleurs porter :

Sur des choses non frugifères aussi bien que sur des choses frugifères;

Sur des choses incorporelles aussi bien que sur des choses corporelles. Ainsi un droit d'usufruit peut porter sur une créance ou sur une rente soit perpétuelle, soit viagère. On peut même établir un droit d'usufruit sur un autre usufruit; il y a alors un usufruit enté sur un autre.

Toutefois les servitudes ne sont pas, *per se*, susceptibles d'usufruit; elles ne peuvent en être grevées que conjointement avec le fonds dont elles sont un accessoire, parce qu'elles n'ont pas une existence indépendante de ce fonds.

On a vu plus haut (n. 1306) que les choses consommables sont susceptibles d'être grevées, sinon d'un véritable usufruit, du moins d'un droit équivalent, que les commentateurs appellent *quasi-usufruit*; nous en traiterons plus loin (*infra* n. 1338).

1317. Division. — Notre chapitre est divisé en trois sections : la première traite des droits de l'usufruitier; la seconde de ses obligations; la troisième de l'extinction de l'usufruit. Les dispositions qu'elles contiennent, et dont l'ensemble constitue la réglementation du droit d'usufruit, s'appliquent en principe à l'usufruit soit légal, soit conventionnel, soit testamentaire.

Il est tout simple que le code ait réglementé l'usufruit légal : quand la loi accorde un droit, il faut bien qu'elle en détermine les conditions. Elle devait réglementer aussi l'usufruit établi par la volonté de l'homme, afin d'épargner ce soin aux particuliers qui constituent des droits d'usufruit, et elle l'a réglementé de la même manière que l'usufruit légal, parce qu'il n'y a pas de motifs pour le soumettre à des règles différentes. Mais les dispositions de la loi ne sont, en ce qui concerne l'usufruit conventionnel ou testamentaire, que *déclaratives* de la volonté des parties ou du testateur. C'est dire qu'il peut y être dérogé. Ainsi le titre constitutif de l'usufruit peut accorder à l'usufruitier le droit d'exiger que la chose lui soit délivrée en bon état de réparations, contrairement à l'art. 600, ou bien le dispenser de fournir la caution qu'exige l'art. 601, ou l'obliger à faire les grosses réparations, dont il n'est pas tenu aux termes de l'art. 605. Et toutefois il y a quelques-unes des règles établies par la loi auxquelles la volonté des parties ne pourrait pas déroger : ce sont celles qui touchent à l'ordre public, notamment la règle que l'usufruit s'éteint par la mort de l'usufruitier.

SECTION PREMIÈRE

DES DROITS DE L'USUFRUITIER

§ I. *Principes généraux.*N° 1. *Du droit de jouissance de l'usufruitier.*

1318. Tous les droits de l'usufruitier se résument dans la jouissance de la chose grevée d'usufruit. La loi détermine l'étendue de ce droit de jouissance dans notre section.

Le droit de jouir comprend, comme nous l'avons vu, le droit d'user de la chose, *jus utendi*, et le droit d'en recueillir les fruits, *jus fruendi*. L'art. 582 ne mentionne que ce dernier : « *L'usufruitier a le droit de jouir de toute espèce de fruits, soit naturels, soit industriels, soit civils, que peut produire l'objet dont il a l'usufruit* ». Quand la loi dit que l'usufruitier a le droit de jouir des fruits, elle n'entend pas exprimer cette idée que l'usufruitier n'a qu'un simple droit de jouissance sur les fruits, ce qui aurait pour conséquence de l'obliger à les restituer au propriétaire lors de la cessation de l'usufruit, mais bien que l'usufruitier a le droit de recueillir et de s'approprier tous les fruits de la chose, ce qui lui permet d'en disposer comme il l'entendra. *Omnis fructus rei ad fructuarium pertinet*, dit la loi romaine.

1319. Les fruits sont tout ce qu'une chose produit et reproduit sans altération de sa substance, *quidquid ex re nasci et renasci solet*. On voit par cette définition que tous les produits d'une chose, indistinctement, ne sont pas des fruits, mais seulement ceux qui se perçoivent périodiquement : tous les ans, comme les céréales, le vin ; tous les trois ans, comme la taille d'une oseraie ; tous les dix, tous les quinze ans, comme la coupe d'un bois taillis... Les produits qui ne se perçoivent pas périodiquement ne sont pas des fruits, et l'usufruitier n'y a aucun droit. Il en est ainsi notamment des matériaux provenant de la démolition d'un édifice, du trésor (art. 598), des arbres d'une haute futaie non aménagée, et des produits d'une mine ou d'une carrière qui n'était pas encore en exploitation lors de l'ouverture de l'usufruit.

1320. La loi distingue trois espèces de fruits : les fruits *naturels*, les fruits *industriels* et les fruits *civils*. Cette distinction, que nous avons déjà indiquée (*supra* n. 1267), présente une très grande importance au point de vue de l'acquisition des fruits par l'usufruitier. Il faut donc y insister.

a. Fruits naturels. « *Les fruits naturels sont ceux qui sont le*

» *produit spontané de la terre. Le produit et le croît des animaux* » sont aussi des fruits naturels » (art. 583 al. 1). Cpr. art. 547. Les fruits naturels sont donc ceux que la chose donne d'elle-même et sans le secours de l'industrie de l'homme, comme l'herbe des prairies naturelles, les roseaux qui croissent dans les marais. Ce sont les enfants naturels du sol, si l'on peut ainsi parler.

b. Fruits industriels. « *Les fruits industriels d'un fonds sont ceux qu'on obtient par la culture* » (art. 583 al. 2). D'une manière plus générale, les fruits industriels sont les produits de la chose fécondée par l'industrie de l'homme.

Aujourd'hui que l'industrie de l'homme pénètre partout, les fruits naturels tendent à disparaître, à tel point qu'on est presque embarrassé pour en citer des exemples. L'herbe des prairies dites naturelles est le plus souvent un fruit industriel, parce qu'il est bien rare que la main de l'homme n'intervienne pas pour améliorer ou augmenter la production du sol. Le *fœtus pecorum* lui-même, que notre article cite comme appartenant à la catégorie des fruits naturels, peut être un fruit industriel : car l'industrie de l'homme intervient aujourd'hui non seulement dans la fécondation du sol, mais aussi dans celle des animaux. Au surplus, la distinction entre les fruits naturels et les fruits industriels ne présente pas d'intérêt, comme nous le verrons tout à l'heure ; aussi n'y insisterons-nous pas davantage.

c. Fruits civils. « *Les fruits civils sont les loyers des maisons, les intérêts des sommes exigibles, les arrérages des rentes. — Les prix des baux à ferme sont aussi rangés dans la classe des fruits civils* » (art. 584).

Les fruits naturels et les fruits industriels sont produits par la chose elle-même. Il en est autrement des fruits civils : on ne les retire pas de la chose, on les obtient seulement à son occasion ; ils sont le plus souvent le produit d'un contrat relatif à la chose. Ce sont des fruits *factifs*, ainsi que le donne à entendre l'expression *fruits civils*, qui est synonyme de *fruits par la détermination de la loi*. Ainsi le loyer d'une maison n'est pas produit par cette maison ; il est payé en exécution du contrat de bail, dont la maison a été l'occasion. La loi déclare que ce loyer est un fruit, parce qu'il est le prix de la jouissance de la chose et qu'il tient lieu par conséquent de cette jouissance.

Outre les loyers des maisons, la loi cite comme appartenant à la catégorie des fruits civils :

Les intérêts des sommes exigibles, c'est-à-dire des sommes dont le créancier peut, à une époque plus ou moins éloignée, exiger le paiement, par opposition aux *rentes*, dont le créancier ne peut jamais exiger le remboursement.

Les arrérages des rentes, perpétuelles ou viagères ; car la loi ne distingue pas.

Les prix des baux à ferme. Ainsi un fonds de terre grevé d'usu-

fruit est affermé moyennant 1,000 fr. par an, ou moyennant 50 hectolitres de froment par chaque année. Cette redevance annuelle fixe et invariable, que paie le fermier, constitue un fruit civil. Il en serait autrement, si le fonds grevé d'usufruit a été donné à bail moyennant une redevance aléatoire consistant dans une quote-part des fruits du fonds, par exemple la moitié. C'est le cas du bail à colonage partiaire. La redevance que paie le colon appartient à la catégorie des fruits industriels et non à celle des fruits civils.

Que dire des produits d'une usine ? Si elle est donnée à bail, il est certain que les loyers payés par le preneur sont des fruits civils. Arg. art. 584. Et la même solution nous paraît devoir être admise si l'usine est exploitée par l'usufruitier. En effet il est certain que les produits que l'usufruitier retire de l'usine ne sont pas des fruits naturels. Il est difficile aussi de les considérer comme des fruits industriels, car la loi paraît n'attribuer ce caractère qu'aux fruits naissant de la *chose elle-même* avec le secours de l'industrie de l'homme. Arg. art. 583 et 585 al. 1; or ce n'est pas l'usine qui donne des produits, c'est l'industrie de l'usufruitier appliquée à cette usine. Donc ce sont des fruits civils.

1321. Intérêt que présente la distinction des diverses espèces de fruits. L'usufruitier acquiert les fruits naturels et les fruits industriels *par la perception* (art. 583); au contraire il acquiert les fruits civils, ou mieux il est *réputé* les acquérir *jour par jour* (art. 586). On voit qu'au point de vue de leur acquisition par l'usufruitier, comme d'ailleurs à tous les autres, la loi met les fruits naturels et les fruits industriels sur la même ligne, il était donc inutile de les distinguer; on aurait dû les confondre dans une même catégorie, sous le nom de *fruits naturels* par exemple, et les opposer aux fruits civils qui sont des fruits *fictifs*. La distinction des fruits naturels et des fruits industriels a pris naissance au sujet du possesseur de bonne foi. On doutait autrefois que le possesseur de bonne foi eût droit aux fruits naturels comme aux fruits industriels qui lui étaient attribués *pro cultura et cura*. Cette controverse est éteinte depuis longtemps, et la distinction qu'elle avait engendrée aurait dû disparaître.

Etudions maintenant la double règle que nous venons de formuler.

1322. PREMIÈRE RÈGLE. *L'usufruitier acquiert les fruits naturels et les fruits industriels par la perception.* L'art. 583 al. 1 dit à ce sujet : « *Les fruits naturels et industriels, pendants par branches ou par racines au moment où l'usufruit est ouvert, appartiennent à l'usufruitier* ». Sous-entendez : *à la condition qu'il les perçoive*. La loi, qui statue toujours *de eo quod plerumque fit*, a supposé, ce qui arrivera en effet presque toujours, que l'usufruit durera assez de temps pour que l'usufruitier perçoive la récolte pendant lors de l'ouverture de l'usufruit; mais il est certain qu'elle appartienn-

drait au propriétaire, si l'usufruit prenait fin avant que l'usufruitier eût pu la percevoir; et c'est au surplus ce que dit en toutes lettres l'alinéa 2 de notre article.

Les fruits soit naturels, soit industriels sont réputés perçus par l'usufruitier dès qu'ils sont détachés du sol, même indépendamment du fait de l'usufruitier, par exemple par un coup de vent, contrairement à ce que décidait la loi romaine. C'est ce qui résulte de l'art. 585 al. 2, ainsi conçu : « *Ceux qui sont dans le même état* » au moment où finit l'usufruit appartiennent au propriétaire ». En décidant que les fruits pendants lors de la cessation de l'usufruit appartiennent au propriétaire, ce texte décide implicitement que ceux qui ne sont plus pendants, c'est-à-dire ceux qui sont séparés du sol par quelque cause que ce soit, ne lui appartiennent pas.

Si l'usufruitier a perçu une partie seulement de la récolte, l'autre partie, qui est encore pendante lors de la cessation de l'usufruit, appartient au nu-propriétaire.

L'usufruitier, étant tenu de jouir en bon père de famille, ne doit percevoir les fruits qu'à l'époque de leur maturité, sauf exception toutefois pour certains fruits qu'il est d'usage de cueillir verts parce qu'ils donnent ainsi un plus grand profit, comme les olives. L'usufruitier, qui ne se serait pas conformé à ces règles, ne deviendra pas propriétaire des fruits qu'il aurait perçus irrégulièrement, si son usufruit prenait fin avant l'époque où la récolte aurait dû être faite : du moins le propriétaire serait en droit de réclamer de ce chef une indemnité.

La règle que l'usufruitier fait siens les fruits naturels et les fruits industriels par la perception, conduit souvent à des résultats singuliers. Ainsi un usufruit, portant sur un vignoble, s'ouvre la veille des vendanges; il prend fin aussitôt après les vendanges de l'année suivante. Pour une jouissance d'une année et quelques jours, l'usufruitier aura perçu et acquis deux récoltes. En sens inverse, il peut se faire qu'il n'en perçoive aucune pour une jouissance de près d'une année; c'est ce qui arrivera, si l'usufruit s'ouvre le lendemain de la récolte et prend fin la veille du jour où la récolte suivante devait être faite. Ce sera bien autre chose, si l'usufruit porte sur un fonds dont les fruits se perçoivent par périodes de dix, quinze années, et plus, comme les bois taillis. En supposant un taillis aménagé pour être coupé tous les dix ans, il pourra arriver que, pour une jouissance de moins de onze années, l'usufruitier fasse deux coupes, qui correspondent à une jouissance de vingt années : il en sera ainsi dans le cas où l'usufruit, s'étant ouvert au moment où la coupe allait être faite, prendra fin quelque temps après la coupe suivante. En sens inverse, si l'usufruit s'est ouvert quelques jours après la coupe, et qu'il ait pris fin quelques jours avant l'époque fixée pour la coupe suivante, l'usufruitier n'aura rien perçu pour une jouissance de près de dix années. L'usufruit est plein de ces incertitudes; c'est un droit aléatoire.

Mais voici qui peut paraître bien plus extraordinaire encore :

1323. Après avoir formulé les deux dispositions que nous venons de développer, l'art. 585 ajoute dans sa partie finale : « *sans récompense de part ni d'autre des labours et des semences,* » mais aussi sans préjudice de la portion des fruits qui pourrait « *être acquise au colon partiaire, s'il en existait un au commence-*

» *ment ou à la cessation de l'usufruit* ». Ainsi l'usufruitier trouve à l'ouverture de l'usufruit une récolte prête à être recueillie; il n'aura pas à rembourser au propriétaire les frais que celui-ci a faits pour préparer cette récolte. Réciproquement le nu propriétaire ne doit aucune indemnité à l'usufruitier, aucune *récompense*, comme dit la loi, pour les frais de la récolte qu'il trouve pendant lors de la cessation de l'usufruit.

La question que résout notre article était très controversée dans notre ancien droit. En la tranchant dans ce sens, notre législateur paraît surtout s'être proposé pour but d'éviter des règlements de compte minutieux entre le nu propriétaire et l'usufruitier.

L'application de notre disposition amènera souvent une compensation entre le nu propriétaire et l'usufruitier. C'est ce qui arrivera si, l'usufruitier ayant recueilli une récolte préparée par les soins du nu propriétaire, celui-ci recueille à la fin de l'usufruit une récolte préparée par les soins de l'usufruitier; ou encore s'il n'existe de récolte pendant ni au commencement ni à la fin de l'usufruit. En dehors de ces deux cas, il est facile de voir que ce sera tantôt l'usufruitier, tantôt le nu propriétaire, qui bénéficiera de la disposition de la loi, sans qu'on puisse dire à l'avance lequel des deux, à cause de l'incertitude qui existe toujours sur l'époque à laquelle l'usufruit prend fin, et le plus souvent sur celle où il s'ouvre. La loi établit entre le nu propriétaire et l'usufruitier un ensemble de chances qui se balancent, et cela répond au reproche d'injustice qu'on a adressé à sa disposition.

Au surplus la loi ne règle ici que les rapports respectifs du nu propriétaire et de l'usufruitier (argument des mots *sans récompense de part ni d'autre*). Il y aurait donc lieu d'appliquer les règles du droit commun, si les frais de la récolte avaient été faits par un tiers. Ainsi l'usufruitier, lors de l'ouverture de l'usufruit, trouve une récolte préparée par les soins d'un tiers possesseur de bonne foi; il faudra appliquer l'art. 548, et par suite l'usufruitier devra rembourser au possesseur ses frais de culture.

On dit partout que l'usufruitier, après avoir payé ces frais au tiers qui les a faits, aura le droit de se les faire rembourser par le nu propriétaire, parce que, dans ses rapports avec celui-ci, il est dispensé de les supporter. Nous croyons que c'est une erreur. Tout ce que dit l'art. 585, c'est que le propriétaire n'a pas droit à une récompense pour les frais qu'il a faits; mais il ne dit pas que le propriétaire doive nécessairement supporter les frais de culture et de semences. D'ailleurs, aux termes de l'art. 600, l'usufruitier prend les choses « dans l'état où elles sont ». S'il n'y avait pas de récolte, le propriétaire ne devrait de ce chef aucune indemnité à l'usufruitier; comment lui en devrait-il une, quand il y a une récolte grevée de certaines charges?

1324. L'art. 585 se termine par ces mots : « *mais aussi sans préjudice de la portion des fruits qui pourrait être acquise au colon partiaire, s'il en existait un au commencement ou à la cessation de l'usufruit* ». Ainsi, lors de l'ouverture de l'usufruit, le fonds était affermé à un colon partiaire, qui avait droit d'après

son bail à la moitié des fruits; l'usufruitier ne pourra réclamer qu'une moitié de la récolte pendante, l'autre moitié revenant au colon partiaire. De même le nu propriétaire devrait respecter les droits qui appartiendraient à un colon partiaire en vertu d'un bail en cours d'exécution à la cessation de l'usufruit.

Tout cela n'est que la conséquence de ce double principe : que l'usufruitier doit respecter les baux consentis par le propriétaire, et celui-ci, dans une certaine mesure au moins, les baux consentis par l'usufruitier (*infra* n. 1329 et 1330).

L'usufruitier a vendu une récolte sur pied quelque temps avant sa maturité; l'usufruit prend fin avant que l'acheteur ait fait la récolte. La vente est-elle valable, et par suite opposable au nu propriétaire? La question est controversée. On peut dire, dans le sens de la négative, que, l'usufruit ayant pris fin avant que la récolte fût recueillie, cette récolte appartient au nu propriétaire (art. 585 al. 2); que par suite la vente consentie par l'usufruitier est nulle comme portant sur la chose d'autrui (arg. art. 1599). — La solution contraire est plus généralement acceptée par les auteurs, et c'est elle qui triomphe en jurisprudence. La vente d'une récolte sur pied est un acte d'administration, elle est donc opposable au nu propriétaire, comme le sont tous les actes d'administration valablement accomplis par l'usufruitier. Obligé de respecter les baux de neuf ans et au-dessous qui ont été consentis par l'usufruitier (art. 595), comment le nu propriétaire pourrait-il avoir le droit de critiquer une simple vente de récoltes? D'ailleurs le préjudice ne sera pas grand pour le nu propriétaire : car c'est lui qui profitera du prix de la récolte, puisque ce prix est la représentation de fruits qui lui appartenaient. Il n'y aura préjudice qu'autant que la vente aura été consentie pour un prix inférieur à la valeur réelle de la récolte; mais alors il existera le plus souvent une fraude concertée entre l'usufruitier et l'acheteur : ce qui autorisera le propriétaire à demander la nullité de la vente, car la fraude fait cesser tous les principes (arg. art. 1167).

. Si la récolte vendue sur pied par l'usufruitier a été perçue en partie par l'acheteur au moment où l'usufruit prend fin, l'usufruitier ou ses ayant cause auront droit à une partie du prix de la vente, proportionnée à la quantité des fruits perçus. Le surplus du prix appartiendrait au propriétaire, comme étant la représentation des fruits non perçus qui lui appartiennent. Ainsi jugé par la cour de cassation au sujet de la vente d'une coupe de bois, effectuée en partie seulement par l'acheteur, au moment de la mort de l'usufruitier. Cass., 9 août 1881, S., 82. 1. 369, D., 82. 1. 365.

1325. DEUXIÈME RÈGLE. *L'usufruitier acquiert les fruits civils jour par jour.* L'art. 586 dit à ce sujet : « *Les fruits civils sont réputés s'acquérir jour par jour, et appartiennent à l'usufruitier, à proportion de la durée de son usufruit. Cette règle s'applique aux prix des baux à ferme, comme aux loyers des maisons et aux autres fruits civils* ». L'acquisition des fruits civils par l'usufruitier est donc exactement proportionnée à la durée de sa jouissance. Chaque jour qui s'écoule fait acquérir à l'usufruitier un trois cent soixantième des fruits civils de l'année. Supposons que l'usufruit porte sur une maison louée 365 fr. par an, ce qui fait juste 1 franc par jour. Si l'usufruit a duré dix ans l'usufruitier aura droit à 3,650 fr.; s'il a duré dix ans et quinze jours, l'usufruitier pourra réclamer 3,665 fr. Rien n'est plus sim-

ple ni plus équitable. On peut regretter que la loi ait cru devoir adopter une règle différente en ce qui concerne les fruits naturels et les fruits industriels.

Notre article ne dit pas que les fruits civils *s'acquièrent*, mais bien qu'ils sont RÉPUTÉS *s'acquérir* jour par jour. C'est là en effet une fiction : il est clair que l'usufruitier ne touchera pas chaque jour la fraction des fruits civils de l'année, correspondant à la journée qui vient de s'écouler; il touchera les fruits civils aux époques fixées par la convention, tous les trois mois, tous les six mois...; puis, quand l'usufruit aura pris fin, on règlera définitivement son compte dans ses rapports avec le nu propriétaire, de manière que l'usufruitier ou ses représentants obtiennent en définitive une portion des fruits civils exactement proportionnée à la durée de l'usufruit, et pour cela on leur allouera, si c'est nécessaire, une portion des fruits civils à échoir. En un mot, l'usufruitier n'*acquiert* les fruits civils que par leur échéance : c'est à cette époque seulement qu'il a le droit de les toucher; mais il est *réputé* les acquérir jour par jour : ce qui lui donne le droit de réclamer, lors de la cessation de l'usufruit, une certaine portion des fruits civils à échoir. La loi on le voit, établit une acquisition *fictive* pour les fruits civils, qui sont des fruits *fictifs*.

L'art. 586 dit dans sa partie finale : « Cette règle s'applique *au prix des baux à ferme*, » comme aux loyers des maisons et aux autres fruits civils ». On ne voit pas bien au premier abord l'utilité de cette disposition, en présence de l'art. 584, qui dispose que les prix des baux à ferme sont des fruits civils. Quel besoin y avait-il de dire qu'une règle, établie pour tous les fruits civils en général, s'applique à une certaine catégorie de fruits civils? Il y en a une explication historique. Dans notre ancien droit, les prix des baux à ferme étaient considérés comme des fruits civils; mais on ne leur appliquait pas, comme aux autres fruits civils, la règle de l'acquisition jour par jour; l'usufruitier les acquérait seulement au fur et à mesure que le fermier percevait les fruits du fonds, probablement parce qu'on les considérait comme étant la représentation de ces fruits. Notre législateur, qui voulait faire disparaître cette particularité, a cru devoir s'en expliquer.

Il y a des fruits civils qui se perçoivent irrégulièrement, comme les bénéfices d'une usine qui chôme pendant une partie de l'année, le prix de location de constructions qui ne se louent que pendant une saison, les droits de péage d'un pont très fréquenté pendant l'été et délaissé en hiver. En pareil cas, lors de l'extinction de l'usufruit, il doit être fait masse de tous les fruits civils, perçus ou à percevoir pendant la dernière année, et on les partage entre le propriétaire et l'usufruitier proportionnellement au temps qu'a duré l'usufruit pendant cette dernière année.

1326. Il peut arriver que les fruits naturels soient transformés en fruits civils, ou réciproquement, pendant la durée de l'usufruit. Ainsi le propriétaire exploitait lui-même son fonds lors de l'ouverture de l'usufruit; après avoir perçu la récolte pendante, l'usufruitier, qui ne veut pas faire valoir le fonds, l'affermé, ainsi qu'il en a le droit. Voilà les fruits naturels transformés en fruits civils, et l'usufruitier les acquerra désormais jour par jour. Toutefois il ne commencera à les acquérir qu'à dater de l'entrée en jouissance du fermier, car les fermages ne sont que le prix de cette jouissance; jusqu'à ce qu'elle ait commencé, il n'y a pas encore de fruits civils, et il ne peut par suite être question pour l'usufruitier de les acquérir. En sens inverse, si le fonds était affermé lors

de l'ouverture de l'usufruit, l'usufruitier pourra, à l'expiration du bail, le cultiver lui-même. A dater de ce moment, le fonds produira des fruits naturels et des fruits industriels, que l'usufruitier acquerra seulement par la perception.

La faculté pour l'usufruitier de transformer les fruits naturels en fruits civils, et réciproquement, augmente encore l'incertitude et les éventualités du droit d'usufruit. Ainsi l'usufruitier, après avoir perçu une récolte pendant lors de l'ouverture de l'usufruit, afferme le fonds, et le fermier entre immédiatement en jouissance. Si l'usufruit prend fin au bout de neuf mois, l'usufruitier se trouvera avoir acquis une récolte entière et les trois quarts des fermages d'une année, le tout pour une jouissance de moins d'une année.

1327. Droits de l'usufruitier sur les accessoires du fonds grevé d'usufruit. Aux termes de l'art. 596 : « *L'usufruitier jouit de l'augmentation survenue par alluvion à l'objet dont il a l'usufruit* ».

Il est difficile de voir dans cette disposition autre chose qu'une application de ce principe que l'usufruit d'une chose s'étend à ses accessoires. S'il en est ainsi, on doit décider que l'usufruit, portant sur un fonds riverain d'un cours d'eau, s'étendrait à l'île ou à la portion d'île que la loi attribue au propriétaire du fonds (art. 561), et aussi à la portion de terrain que la force subite des eaux, *vis repentina fluminis*, serait venue réunir au fonds. Telle était dans notre ancien droit la solution enseignée par Domat.

Et toutefois la question est vivement controversée. On invoque à l'appui de l'opinion adverse l'autorité du droit romain et le silence que garde à cet égard le code civil, qui, en ne parlant que du cas d'alluvion, celui de tous pour lequel il pouvait y avoir le moins de doute, semble bien exclure les autres accroissements que le fonds peut recevoir par suite d'accession.

Il y a controverse aussi sur le point de savoir si l'usufruitier d'un fonds aurait droit, au cas où le fonds serait envahi par un cours d'eau qui change de lit, à la jouissance de la portion du lit abandonné attribuée au propriétaire à titre d'indemnité (art. 563). Le motif d'équité, qui a dicté la disposition de cet article, semble bien devoir conduire à résoudre la question dans le sens de l'affirmative. Rationnellement l'indemnité, allouée par la loi à raison d'un dommage, doit profiter à tous ceux qui en souffrent.

« *Il (l'usufruitier) jouit des droits de servitude, de passage, et généralement de tous les droits dont le propriétaire peut jouir, et il en jouit comme le propriétaire lui-même* » (art. 597). — Ce sont des accessoires du fonds.

== *De tous les droits.* Par exemple du droit de pêche et du droit de chasse. L'usufruitier en jouirait à l'exclusion du nu propriétaire.

Ce n'est pas seulement un droit pour l'usufruitier de jouir des servitudes qui appartiennent au fonds; c'est à certains égards une obligation, en ce sens qu'il serait responsable envers le nu propriétaire, si, faute de les exercer, il les laissait périr par la prescription. L'usufruitier doit en effet jouir en bon père de famille (art. 601).

N° 2. Mode de jouissance de l'usufruitier.

1328. Aux termes de l'art. 595 : « *L'usufruitier peut jouir par lui-même, donner à ferme à un autre, ou même vendre ou céder son droit à titre gratuit. S'il donne à ferme, il doit se conformer, pour les époques où les baux doivent être renouvelés, et pour leur durée, aux règles établies pour le mari à l'égard des biens de la*

» femme, au titre du Contrat de mariage et des droits respectifs des époux ».

L'usufruitier a donc l'administration du bien sur lequel porte son droit d'usufruit. D'un autre côté, la loi l'autorise à céder son droit à titre gratuit ou onéreux. Entrons dans quelques détails sur ces deux points.

A. *Droit d'administration.*

1329. Le droit de jouir implique celui d'administrer; car les actes d'administration concourent tous plus ou moins à l'exercice du droit de jouissance. L'usufruitier a donc le droit d'administrer, par cela seul qu'il a le droit de jouir. La loi a pu se dispenser de formuler cette règle d'une manière générale, parce qu'elle allait de soi.

Les baux sont des actes d'administration; donc l'usufruitier a le droit de faire des baux. Sans cette faculté d'ailleurs, il serait souvent privé de l'exercice de son droit de jouissance; car il peut se faire qu'il soit dans l'impossibilité de jouir par lui-même.

D'après les principes généraux, les baux consentis par l'usufruitier devraient prendre fin avec sa jouissance. Le bail est une délégation de jouissance; or la règle *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* s'oppose à ce que l'usufruitier puisse déléguer sa jouissance pour le temps où elle n'existera plus.

Mais alors l'usufruitier ne trouvera pas de preneur! ou il n'en trouvera que dans de très mauvaises conditions, pour les immeubles surtout, le locataire ou le fermier exigeant ordinairement qu'on lui garantisse une jouissance d'une certaine durée. De sorte que l'usufruitier ne pouvant pas, on le suppose, jouir par lui-même, et ne trouvant pas de preneur, les biens resteront improductifs, au grand détriment de l'usufruitier d'une part, de la société d'autre part, qui est intéressée à ce que les biens produisent le plus possible, et du nu propriétaire lui-même qui a plus à redouter les suites de l'abandon de son bien que celles d'une jouissance régulière.

Quand un principe produit de telles conséquences, le législateur doit les répudier; c'est ce qu'il a fait dans l'art. 595, qui déclare opposables au nu propriétaire *dans une certaine mesure* les baux consentis par l'usufruitier. *Dans une certaine mesure*; car, sous prétexte de favoriser le droit de jouissance de l'usufruitier, il ne fallait pas sacrifier le droit du propriétaire, en l'obligeant à respecter pendant toute leur durée des baux consentis par l'usufruitier pour un temps si long qu'ils équivaudraient presque à une

aliénation. Le législateur a cru concilier équitablement les deux droits rivaux qui se trouvent ici en conflit, en déclarant applicables les règles écrites dans les art. 1429 et 1430.

1330. De là il résulte :

1^o Que les baux de neuf ans et au-dessous, faits par l'usufruitier, doivent dans tous les cas être respectés par le nu propriétaire (arg. art. 1429).

2^o Que les baux d'une durée plus longue ne sont obligatoires pour le nu propriétaire que jusqu'à l'expiration de la période de neuf ans qui est en cours lors de la cessation de l'usufruit. En d'autres termes, on divise le bail en périodes de neuf années; le locataire ou le fermier n'a que le droit d'achever la période de neuf ans, qui est en cours d'exécution lors de la cessation de l'usufruit. Ainsi supposons un bail consenti par l'usufruitier pour vingt-cinq ans. Si l'usufruit prend fin la quatorzième année du bail, le nu propriétaire devra le respecter jusqu'à l'expiration de la deuxième période de neuf ans, qui est actuellement en cours d'exécution, c'est-à-dire pendant quatre ans. Il devrait le subir jusqu'à son terme, si l'usufruit prenait fin après l'expiration de la deuxième période de neuf ans.

Observez que, pendant toute la durée de l'usufruit, nul ne peut critiquer le bail à long terme consenti par l'usufruitier : ni le propriétaire, parce qu'il n'a pas encore d'intérêt; ni l'usufruitier ou le preneur, parce qu'ils sont liés par la convention dans laquelle ils se sont librement engagés, et qui ne peut être rompue que d'un commun accord. C'est donc seulement lors de la cessation de l'usufruit, que le propriétaire peut critiquer le bail s'il y a lieu.

D'ailleurs la loi paraît accorder à cet égard une simple faculté au propriétaire. Il pourrait donc, s'il y trouvait son intérêt, exiger lors de la cessation de l'usufruit l'exécution complète du bail consenti par l'usufruitier. En d'autres mots, le locataire ou le fermier ne peut jamais demander, lorsque l'usufruit prend fin, que le bail en cours d'exécution soit réduit aux limites déterminées par l'art. 1429; le propriétaire seul a ce droit. A ce point de vue comme aux autres, les baux à long terme consentis par l'usufruitier, seraient assimilés à ceux consentis par le mari relativement aux biens de sa femme. Il est vrai que l'art. 595 ne renvoie aux art. 1429 et 1430 qu'en ce qui concerne *le renouvellement des baux et leur durée*; mais la question de la nullité des baux est tellement liée à celle de leur durée qu'en déclarant applicables les règles relatives à la durée des baux, le législateur rend implicitement applicables les règles relatives à la nullité et aux personnes qui peuvent la proposer. La jurisprudence est en ce sens, ainsi que la majorité des auteurs.

3^o Que l'usufruitier peut renouveler les baux en cours d'exécution trois ans ou deux ans avant leur expiration, suivant qu'il s'agit du bail d'un bien *rural*, c'est-à-dire d'un fonds de terre, ou du bail d'un bien *urbain*, autrement dit d'une maison. Les baux ainsi renouvelés sont obligatoires pour le propriétaire dans les limites qui viennent d'être déterminées, de sorte que le temps le plus long, pendant lequel le propriétaire peut être obligé en vertu d'un bail consenti par l'usufruitier, est de douze ans pour les biens ruraux et de onze ans pour les biens urbains; et encore faut-il supposer, pour que ces limites extrêmes soient atteintes, que l'usufruitier ait renouvelé un bail juste trois ans ou deux ans avant son expiration, et que l'usufruit ait pris fin immédiatement après.

Le renouvellement fait par l'usufruitier plus de trois ans ou de deux ans avant l'expiration du bail courant, serait sans effet à l'égard du propriétaire, à moins que l'exécution du nouveau bail ne fût commencée lors de la cessation de l'usufruit (arg. art. 1430).

1331. Dans les explications qui précèdent, nous avons supposé que le droit accordé à l'usufruitier, de faire des baux obligatoires dans une certaine mesure pour le propriétaire, s'applique aux maisons comme aux fonds de terre. L'art. 595, il est vrai, ne parle que des *baux à ferme*, expression qui, dans la rigueur du langage juridique, ne comprend que les baux des fonds de terre, les baux des maisons portant le nom de *baux à loyer*, dénomination qui désigne aussi les baux des biens meubles. Mais comme d'une part, on ne verrait ni raison ni prétexte pour établir ici une distinction entre les baux des fonds de terre et ceux des maisons; comme d'autre part notre texte renvoie aux art.

1429 et 1430 qui s'appliquent aux uns et aux autres; et comme enfin il est arrivé ailleurs à la loi, notamment dans l'art. 450, d'employer *lato sensu* les expressions *donner à ferme*, *bail à ferme*, pour désigner d'une manière générale tous les baux d'immeubles, on doit en conclure sans difficulté que la disposition de la loi comprend tous les baux d'immeubles soit ruraux, soit urbains.

1332. Plus délicate est la question de savoir si l'usufruitier de meubles peut les louer. L'usufruitier étant tenu de jouir en bon père de famille et de modeler sa jouissance sur celle du propriétaire, nous en concluons qu'il n'a le droit de louer les meubles que lorsque telle est leur destination soit d'après leur nature, soit d'après les habitudes du propriétaire.

Mais les baux consentis par l'usufruitier relativement aux meubles ne seraient pas opposables au nu propriétaire lors de la cessation de l'usufruit. Par ses termes, comme par son esprit, la disposition de l'art. 595, relative au renouvellement et à la durée des baux consentis par l'usufruitier, est inapplicable aux baux de biens meubles. On renterait donc, en ce qui concerne ces derniers, dans le droit commun qui ne permet pas à celui qui a une jouissance temporaire d'en disposer pour l'époque où elle aura pris fin.

1333. Observation. — Les baux, consentis par le nu propriétaire avant l'ouverture de l'usufruit, sont obligatoires pour l'usufruitier quelle que soit leur durée, mais sous la condition qu'ils aient date certaine, et en outre qu'ils aient été transcrits s'il s'agit de baux de plus de dix-huit ans. Arg. de l'art. 1743 C. civ. et des art. 2 et 3 de la loi du 23 mars 1855.

B. *Faculté pour l'usufruitier de céder son droit à titre gratuit ou onéreux.*

1334. On dit quelquefois que le droit d'usufruit est personnel à l'usufruitier. Cette proposition signifie, comme nous l'avons vu, que l'usufruit n'est pas héréditairement transmissible; mais elle ne veut pas dire que l'usufruit soit incessible. Une semblable disposition n'aurait eu aucune raison d'être.

Ce que l'usufruitier peut céder, c'est *son droit*, c'est-à-dire l'usufruit tel qu'il lui appartient. Le droit cédé ne changera donc pas de nature entre les mains du cessionnaire; il restera après la cession ce qu'il était avant, et notamment il s'éteindra par la mort du cédant. La mort du cessionnaire serait indifférente; si elle survient avant l'extinction de l'usufruit, son droit passera à ses héritiers. Il en serait autrement, si, au lieu de céder son droit d'usufruit, l'usufruitier l'avait seulement grevé d'usufruit, s'il avait établi au profit d'une personne un usufruit sur son usufruit. Il y aurait alors un usufruit greffé sur un autre, ou si l'on veut deux usufruits superposés, et le second serait menacé dans son existence, non seulement par toute cause qui mettrait fin au premier, mais aussi par les causes d'extinction qui lui sont propres: notamment il prendrait fin par la mort du deuxième usufruitier, auquel cas, l'usufruit se trouvant affranchi de la charge dont il était grevé, le premier usufruitier reprendrait son droit de jouissance.

Ce n'est pas seulement l'*exercice de son droit*, comme on l'a prétendu, mais bien *son droit lui-même*, que l'usufruitier peut céder, son droit tel qu'il lui appartient, avec les diverses chances qui y sont attachées. L'art. 595 est formel; il dit que l'usufruitier peut céder son *droit*. Et ce n'est pas là simplement une affaire de mots. Le cessionnaire, acquérant le droit même d'usufruit, pourrait l'hypothéquer quand il porte sur des immeubles (arg. art. 2118), ou le céder à une autre personne, ses créanciers pourraient le saisir; le droit passerait à ses héritiers: toutes conséquences qui ne se produiraient pas si le cessionnaire n'acquerrait que l'exercice du droit.

* En cédant son droit, l'usufruitier ne se libère pas de ses obligations à l'égard du nu propriétaire; il continue à être tenu envers celui-ci, sauf son recours contre le cessionnaire. En effet, si on peut céder ses droits, on ne peut pas céder ses obligations. Ainsi l'usufruitier serait responsable envers le nu propriétaire des abus de jouissance que commettrait le cessionnaire. Les obligations de l'usufruitier ne peuvent prendre fin que par l'extinction de l'usufruit, et l'usufruit n'est pas éteint quand il est cédé. On objecte que le cédant n'est plus usufruitier; ce titre, dit-on, appartient désormais au cessionnaire; c'est donc lui qui doit être tenu envers le nu propriétaire. — En fait, il est vrai que le cédant n'est plus usufruitier, mais il continue de l'être en droit. La preuve en est que l'usufruit cédé s'éteindra par sa mort. En un mot, l'usufruitier qui cède son usufruit transmet son droit au cessionnaire, mais il ne lui transmet pas son titre et il ne se décharge pas des obligations qui y sont attachées.

N° 3. Des actions qui appartiennent à l'usufruitier.

* 1335. *a.* L'usufruitier a une action *personnelle*, dite *en délivrance*, contre le nu propriétaire, pour se faire mettre en possession de la chose sur laquelle porte son droit d'usufruit.

b. En outre, l'usufruit constituant un droit réel, un droit par conséquent qui est opposable à tous, l'usufruitier a, contre tout possesseur de la chose sur laquelle porte son droit une action réelle, dite *confessoire*, par laquelle il peut exiger que le possesseur lui remette la chose afin qu'il puisse exercer sur elle son droit de jouissance. Toutefois, si l'usufruit porte sur une chose mobilière corporelle, le possesseur pourra paralyser l'action confessoire en invoquant la maxime *En fait de meubles la possession vaut titre* (art. 2279).

Au fond, l'action confessoire d'usufruit est identique à l'action en revendication quant à son objet, qui est la possession de la chose. Seulement, dans l'action en revendication, le demandeur réclame cette possession en qualité de *propriétaire*, tandis que, dans l'action *confessoire* d'usufruit, il la réclame en qualité d'*usufruitier*. C'est donc quant à leur cause seulement que les deux actions diffèrent.

c. L'usufruitier peut exercer pendant la durée de sa jouissance les actions *possessoires*. On a objecté que l'une des conditions requises pour l'exercice des actions possessoires, est la possession à titre non précaire (C. pr., art. 23), et qu'aux termes de l'art. 2236 l'usufruitier possède à titre précaire. Mais nous avons déjà dit (*supra* n. 1310) que si l'usufruitier est possesseur à titre précaire quant à la nue propriété, il possède à titre de propriétaire quant à son droit d'usufruit. Il peut donc exercer les actions possessoires en ce qui concerne son droit d'usufruit, comme le nu propriétaire peut les exercer en ce qui concerne son droit de nue propriété.

N° 4. Droits et obligations du nu propriétaire envers l'usufruitier.

1336. Aux termes de l'art. 599 : « *Le propriétaire ne peut, par son fait, ni de quelque manière que ce soit, nuire aux droits de*

» l'usufruitier. — De son côté, l'usufruitier ne peut, à la cessation de l'usufruit, réclamer aucune indemnité pour les améliorations qu'il prétendrait avoir faites, encore que la valeur de la chose en fût augmentée. — Il peut cependant, ou ses héritiers, enlever les glaces, tableaux et autres ornements qu'il aurait fait placer, mais à la charge de rétablir les lieux dans leur premier état ».

Nous connaissons déjà le principe formulé par l'alinéa 1 de ce texte. Le nu propriétaire n'est pas tenu de faire jouir l'usufruitier, mais seulement de le laisser jouir, c'est-à-dire de ne pas mettre obstacle à l'exercice de son droit de jouissance. *Tenetur in non faciendo, non in faciendo.*

La disposition de l'alinéa 2, qui refuse à l'usufruitier tout droit à une indemnité pour les améliorations qu'il pourrait avoir faites, a été écrite, d'une part en vue d'éviter des comptes minutieux entre le nu propriétaire et l'usufruitier (on a ainsi tari par avance une source féconde de procès), et d'autre part pour empêcher que le nu propriétaire pût être grevé contre son gré, par le fait de l'usufruitier, d'obligations peut-être fort lourdes.

Comme exemple d'améliorations à raison desquelles l'usufruitier n'aurait droit à aucune indemnité, on peut citer le défrichement d'une lande, l'amendement des terres, leur assainissement par le creusement de fossés ou par le drainage.

Et toutefois, en refusant à l'usufruitier toute indemnité à raison des améliorations qui proviennent de son fait, la loi lui accorde le droit d'enlever « les glaces, tableaux et autres ornements qu'il aurait fait placer, mais à la charge de rétablir les lieux dans leur premier état ». C'est le *jus tollendi*. Le nom dit assez que l'usufruitier n'a que le droit de prendre ce qui est susceptible d'enlèvement. Ainsi l'usufruitier, qui aurait fait des peintures à la fresque sur les murs de la maison, n'aurait pas le droit de les gratter. *Malitiis non est indulgendum.*

1337. L'usufruitier a fait des constructions sur le fonds grevé d'usufruit. Le propriétaire a-t-il le droit de les conserver sans payer d'indemnité? Ou bien l'usufruitier peut-il, lors de la cessation de l'usufruit, demander une indemnité au propriétaire, et, pour le cas où celui-ci refuserait de la payer, démolir la maison et rétablir les lieux dans leur ancien état?

D'après une première opinion, on ne devrait pas considérer les constructions comme comprises parmi les améliorations, au sujet desquelles l'art. 599 refuse toute indemnité à l'usufruitier. En effet, dit-on, construire, c'est créer une valeur nouvelle, et non améliorer; l'amélioration suppose une simple modification qui rend la chose plus utile, plus agréable ou plus productive. L'art. 599 se trouvant ainsi écarté, on prétend que la situation de l'usufruitier à l'égard du nu propriétaire doit être régie par l'art. 555 al. 1 et 2, relatif au constructeur de mauvaise foi. L'usufruitier pourra donc, si le propriétaire

refuse de lui rembourser son impense, exercer le *jus tollendi*, c'est-à-dire démolir les constructions et faire son profit des matériaux, à la charge de rétablir les lieux dans leur premier état. En ce sens, Cass., Belg., 27 janvier 1887, S., 87. 4. 29, D., 88. 2. 256.

Une seconde opinion arrive au même résultat par une autre voie. On reconnaît que les constructions sont comprises parmi les améliorations dont parle l'art. 599 (arg. art. 861, 1437, 1634, 2175 et surtout 2133, dans lesquels le mot *amélioration* comprend les constructions, d'après l'avis à peu près unanime des auteurs). Mais on accorde à l'usufruitier le *jus tollendi* par argument de l'art. 599, *in fine* où on lit : « Il peut cependant, » ou ses héritiers, enlever les glaces, tableaux et autres ornements..., à la charge de rétablir les lieux dans leur premier état ».

Enfin, dans une troisième opinion, qui nous paraît préférable, on admet que les constructions sont comprises parmi les améliorations dont parle l'alinéa 2 de l'art. 599; mais on refuse à l'usufruitier qui les a faites, le *jus tollendi* que lui accorde l'alinéa suivant. Les exemples que donne la loi prouvent, en effet, que le *jus tollendi*, ne s'applique qu'aux objets mobiliers attachés au fonds par l'usufruitier, et qui, s'ils avaient été placés par le propriétaire, seraient devenus immeubles par destination (le texte cite les glaces, tableaux et autres ornements), mais non aux choses qui, par leur incorporation au sol, sont devenues immeubles par leur nature, comme les constructions. L'usufruitier devra donc les laisser au nu propriétaire sans indemnité. Ce qui fortifie singulièrement cette opinion, c'est qu'elle était adoptée dans notre ancien droit par Pothier et Domat, qui s'inspirant des dispositions de la loi romaine, considéraient l'usufruitier comme ayant voulu faire donation des constructions au nu propriétaire, *donasse videtur*. Il est vrai que ces auteurs, toujours fidèles aux traditions du droit romain, admettaient la même présomption en ce qui concerne les constructions faites par un possesseur de mauvaise foi; ils considéraient encore ici le constructeur comme ayant voulu faire donation des constructions au propriétaire, *donasse videtur*, et ils lui refusaient à ce titre, comme à l'usufruitier, le *jus tollendi* et le droit à une indemnité. On dit que notre législateur, ayant rejeté la présomption *donasse videtur* en ce qui concerne le possesseur de mauvaise foi (art. 555 al. 1 et 2), n'a pas pu vouloir la maintenir en ce qui concerne l'usufruitier. Mais pourquoi donc? En droit romain, la présomption *donasse videtur* avait sa raison d'être quant au possesseur de mauvaise foi, qui ne pouvait pas usucaper. Chez nous elle serait un nonsens, appliquée à ce même possesseur auquel notre loi permet d'usucaper par trente ans. Comment présumer qu'un semblable possesseur, qui se comporte comme propriétaire et qui espère bien le devenir en réalité par la prescription, puisse avoir l'intention quand il construit sur le fonds de faire cadeau des constructions au propriétaire? Cette présomption, au contraire, peut se justifier en ce qui concerne l'usufruitier : il ne possède point *animo domini*; son titre implique même la reconnaissance du droit du propriétaire; on peut donc facilement supposer qu'il construit avec l'intention de jouir des constructions pendant la durée de l'usufruit et de les abandonner ensuite au propriétaire. La jurisprudence est en ce sens. Cass., 4 novembre 1885, S., 86. 1. 113, D., 86. 1. 361; Besançon, 5 avril 1887, S., 89. 2. 62, D., 88. 2. 223; Dijon, 1^{er} mai 1891, D., 91. 2. 332.

§ II. Hypothèses particulières.

N° 1. De l'usufruit des choses fongibles, ou quasi-usufruit.

1338. « Si l'usufruit comprend des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer, comme l'argent, les grains, les liqueurs, l'usufruitier a le droit de s'en servir, mais à la charge d'en rendre de pareille quantité, qualité et valeur, ou leur estimation, à la fin de l'usufruit » (art. 587).

Ainsi qu'on l'a vu plus haut, les choses qui se consomment par le premier usage ne sont pas susceptibles d'un véritable usufruit.

Il est impossible en effet d'en jouir en conservant leur substance, conformément à la définition donnée par l'art. 578, puisqu'il s'agit de choses dont on ne peut se servir sans les consommer, *quarum usus in abusu consistit*. Jouissance et conservation de la substance sont ici deux idées incompatibles. Mais on a admis *utilitatis causa* la possibilité d'établir sur ces choses un droit analogue à l'usufruit, *quasi usufructus* : c'est le *quasi-usufruit*. L'usufruitier aura le droit de consommer la chose, puisqu'il est impossible d'en jouir autrement, et à la fin de l'usufruit il restituera, non la chose elle-même, qui probablement n'existera plus, mais son équivalent.

En quoi consistera cet équivalent ? La loi dit que l'usufruitier rendra des choses « de pareille quantité, qualité et valeur, ou » leur estimation », à la fin de l'usufruit ». Commençons par supprimer le mot *valeur*. La valeur des choses consommables est essentiellement variable, et, en restituant, lors de la cessation de l'usufruit, des choses de même qualité et en même quantité, l'usufruitier restituera souvent une valeur différente. Ainsi, l'usufruit portant sur cent hectolitres de froment, qui, à raison de 20 fr. l'hectolitre, valaient 2,000 fr. lors de l'ouverture de l'usufruit, il est clair que, si le blé de la même qualité vaut 25 fr. lors de la cessation de l'usufruit, l'usufruitier, en restituant cent hectolitres de ce blé, restituera une valeur de 2,500 fr. A moins qu'on ne dise que le mot *valeur* est pris ici comme synonyme de *bonté* ; mais alors il ferait double emploi avec le mot *qualité*.

Maintenant, l'usufruitier a-t-il le choix entre les deux termes de l'alternative établie par la loi : restitution en nature (choses de pareille quantité et qualité) ou restitution en argent (prix d'estimation). On pourrait le croire à première vue ; car, dans l'obligation alternative, le choix appartient en général au débiteur, c'est-à-dire ici à l'usufruitier (art. 1190). Mais on arriverait ainsi à un résultat fort injuste : les bonnes chances seraient laissées à l'usufruitier, et les mauvaises au nu propriétaire. L'usufruitier restituerait des choses semblables à celles qu'il a reçues, lorsque le prix de ces choses aurait baissé depuis l'ouverture de l'usufruit ; au cas contraire, il restituerait leur estimation. On ferait, il est vrai, disparaître, cette injustice, en admettant que l'estimation dont parle la loi doit être faite d'après la valeur des choses *lors de la cessation de l'usufruit* : l'usufruitier restituerait alors, à son choix, ou des choses semblables à celles qu'il a reçues, ou l'estimation de ces choses au moment où la restitution doit être faite,

ce qui serait équivalent pour le propriétaire. Mais les mots à la fin de l'*usufruit*, qui terminent l'art. 587, sont séparés par une virgule du mot *estimation*, et ne peuvent pas par conséquent avoir été écrits en vue de déterminer l'époque à laquelle l'estimation doit être faite.

L'art. 587 doit être interprété à la lueur de la tradition, car sa disposition n'est pas de droit nouveau. En droit romain (L. 7 D., *De usufr. ear. rer.*, VII, 5) et sous notre ancienne législation le quasi-usufruitier ne jouissait d'aucune alternative pour la restitution à faire au nu propriétaire. On établissait à cet égard la distinction suivante. Les choses grevées du droit d'usufruit avaient-elles été estimées lors de la constitution de l'usufruit ? on appliquait la règle *Estimatio facit venditionem* : l'usufruitier devenait propriétaire des choses grevées de l'usufruit, comme il le serait devenu en vertu d'une vente, et devait par suite restituer le *prix d'estimation*. Si au contraire aucune estimation n'avait été faite lors de la constitution de l'usufruit, l'usufruitier devenait encore propriétaire, mais sous l'obligation de restituer des choses de pareille quantité et qualité. Tout porte à croire que notre législateur a entendu consacrer ce système si rationnel et si équitable. Les termes de l'art. 587 favorisent cette interprétation. La loi ne dit pas en effet : des choses de pareille quantité et qualité *ou leur valeur*, elle dit : *ou leur estimation*, ce qui suppose qu'une estimation a été faite ; et sa disposition semble ainsi signifier que l'usufruitier doit le prix d'estimation quand il y a eu estimation, et, dans le cas contraire, des choses de pareille quantité et qualité.

Bien entendu, la question que nous venons d'agiter ne s'élèverait pas, si le titre constitutif de l'usufruit s'expliquait sur le mode de la restitution.

1339. Parmi les choses consommables auxquelles s'applique le quasi-usufruit, la loi cite l'argent, les grains, les liqueurs. On ne voit guère dans la pratique d'exemples d'usufruit constitué à titre particulier sur des choses consommables autres que de l'argent. Ainsi on concevrait difficilement qu'un testateur léguât l'usufruit d'une barrique de vin, de cent hectolitres de froment... Mais, au contraire, on voit fréquemment des choses de cette nature, comprises dans une constitution d'usufruit faite à titre universel, comme il arrivera si un mari lègue à sa femme la moitié de ses biens en usufruit. Aussi la loi, qui statue toujours de *eo quod plerumque fit*, fait-elle allusion dans l'art. 587 à un usufruit constitué de cette façon : « Si l'usufruit, dit cet article, comprend des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer... »

* **1340.** Le quasi-usufruit est généralement défini : celui qui porte sur des choses consommables. On en donnerait une notion plus exacte, au moins quand il est établi par la volonté de l'homme, en disant que c'est celui qui porte sur des choses *fongibles* (on se souvient que c'est la nature de la chose qui fait qu'elle est *consommable*, tandis que c'est la volonté des parties qui la rend *fongible* [*supra* n. 1206]). En effet, d'une part, on conçoit à la rigueur que des choses consommables puissent être l'objet d'un véritable usufruit,

d'un usufruit proprement dit : comme si un testateur a légué à un changeur l'usufruit de pièces de monnaie d'un certain type (de pièces d'or de cent francs, par exemple, qui sont devenues rares) pour les mettre en montre dans son comptoir, *ad pompam et ostentationem* et à la charge de les restituer *in specie* à la fin de l'usufruit. En sens inverse, on conçoit que des choses qui ne se consomment pas par le premier usage puissent être l'objet d'un *quasi-usufruit* ; comme si j'ai légué l'usufruit d'un cheval, en autorisant l'usufruitier à en disposer, et en l'obligeant à rendre, lors de la cessation de l'usufruit, un cheval semblable. En définitive, la question de savoir si l'usufruitier est tenu d'une restitution *in specie* ou d'une restitution par équipollent, ou si l'on veut la question de savoir s'il y a usufruit ou quasi-usufruit, dépend, non de la nature de la chose, mais de la volonté des parties ou du constituant, et on exprime cette idée en disant que le quasi-usufruit est l'usufruit de choses *fongibles*, tandis qu'on exprime l'idée contraire en disant que c'est l'usufruit de choses *consumptibles*. La nature de la chose ne peut servir qu'à faire découvrir la volonté des parties, quand elles ne l'ont pas manifestée : dans le doute on supposera que l'usufruit établi sur des choses consommables est un quasi-usufruit ; de même qu'en sens inverse on supposerait que l'usufruit établi sur des choses non consommables est un véritable usufruit. Mais, sur l'un comme sur l'autre point, la volonté des parties peut décider le contraire.

1341. Comparaison du quasi-usufruit avec le prêt de consommation. — Aux termes de l'art. 1892 : « Le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité ». On voit par cette définition que le prêt de consommation présente une très grande analogie avec le quasi-usufruit. Mais il y a des différences :

1° Le quasi-usufruitier doit fournir caution, à moins qu'il n'en soit dispensé par la loi ou par le titre constitutif de l'usufruit. Au contraire l'emprunteur à consommation ne doit pas de caution, à moins qu'il ne se soit obligé à en fournir une.

2° De même que l'usufruit, le quasi-usufruit peut être légal, testamentaire ou conventionnel ; le prêt de consommation est toujours conventionnel.

3° Dans le quasi-usufruit, l'obligation de restituer prend naissance par la mort du quasi-usufruitier et par tout événement qui met fin à l'usufruit ; tandis que, dans le prêt de consommation, l'emprunteur ne doit restituer qu'à l'époque fixée par la convention.

1342. Différences entre le quasi-usufruit et l'usufruit — 1° L'usufruit n'est qu'un démembrement de la propriété ; le quasi-usufruit est un droit de propriété pleine et entière. Le quasi-usufruitier peut donc aliéner, tandis que l'usufruitier ne le peut pas.

2° Le quasi-usufruitier étant propriétaire, les risques sont pour son compte, *casum sentit dominus*. Si les choses sur lesquelles porte son droit périssent par cas fortuit, il n'en sera pas moins tenu à restitution envers le nu propriétaire. Au contraire, l'usufruitier n'étant pas propriétaire, les risques ne sont pas à sa charge : si la chose périt par cas fortuit, il sera libéré de toute restitution.

3° L'usufruitier doit restituer à la fin de l'usufruit la chose même qu'il a reçue ; le quasi-usufruitier doit restituer des choses semblables.

* **1343. De l'usufruit d'un fonds de commerce.** — Quelques auteurs enseignent qu'un fonds de commerce, étant composé de marchandises destinées à être vendues et par suite de choses fongibles, l'usufruit qui porte sur un semblable fonds doit être considéré comme un quasi-usufruit, et régi à ce titre par l'art. 587 : ce qui entraînerait notamment cette conséquence que l'usufruitier pourrait vendre le fonds de commerce. C'est confondre le fonds de commerce avec les marchandises qu'il comprend. Un fonds de commerce est une sorte d'universalité, *nomen juris sicut hereditas*, se composant de marchandises destinées à être vendues et remplacées par d'autres, et comprenant aussi l'enseigne commerciale et la clientèle, *l'achalandage*, comme on disait autrefois. Or, ainsi envisagé, le fonds de commerce n'est certainement pas une chose fongible.

Faut-il alors appliquer au fonds de commerce la disposition de l'art. 589 relative aux meubles qui se détériorent peu à peu par l'usage ? On ne peut guère y songer. Loin de se détériorer peu à peu par l'usage, un fonds de commerce est au contraire susceptible d'augmenter de valeur s'il est bien géré.

Voici, dans le silence de la loi, la solution qui nous semblerait devoir être adoptée. L'usufruitier a le droit d'exploiter le fonds de commerce, et par suite de vendre les marchandises dont il se compose, à la charge de les remplacer par d'autres; c'est la seule manière en effet de jouir du fonds de commerce. Il vendra les marchandises, non pas comme propriétaire (car il ne l'est pas, n'y ayant pas ici de quasi-usufruit), mais comme administrateur. Non seulement l'usufruitier peut exploiter le fonds de commerce, mais il le doit; car il est tenu de conserver la substance de la chose, et il l'altérerait s'il laissait périr la clientèle faute d'exploitation. A la fin de l'usufruit, l'usufruitier devra restituer le fonds de commerce dans l'état où il l'a pris. Il sera tenu à une indemnité, si, faute d'une exploitation intelligente, il n'a pas su conserver la clientèle, ou s'il ne laisse pas une quantité de marchandises égale à celle qu'il a reçue (arg. art. 587). Mais aucune indemnité ne lui sera due pour les améliorations (arg. art. 599).

Il peut se faire que le fonds de commerce ait été estimé lors de la création de l'usufruit; quel sera l'effet de l'estimation? Si le titre constitutif de l'usufruit s'explique sur ce point, il fera la loi des parties. Dans le cas contraire, il faut distinguer. Si l'estimation porte seulement sur les marchandises existant au moment de l'ouverture de l'usufruit, elle devra être considérée comme faite en vue de déterminer l'étendue de la restitution dont sera tenu l'usufruitier. Si au contraire l'estimation porte sur le *fonds de commerce*, c'est-à-dire sur le *nomen juris* comprenant, outre les marchandises, l'enseigne commerciale et la clientèle, l'estimation devra être considérée comme faite en vue de servir de base au règlement de l'indemnité que l'usufruitier sera condamné à payer à la fin de l'usufruit s'il a laissé dépérir le fonds de commerce faute d'une exploitation active et intelligente.

1344. De l'usufruit d'une créance. — L'usufruitier d'une créance a certainement le droit d'en toucher les intérêts. Peut-il toucher aussi le capital quand il devient remboursable? Il est difficile de ne pas admettre l'affirmative en présence de l'art. 39 de la loi du 3 mai 1841, qui permet à l'usufruitier d'un immeuble exproprié pour cause d'utilité publique de toucher l'indemnité d'expropriation, sauf au propriétaire à exiger une caution. La solution contraire priverait l'usufruitier de son droit de jouir. Il est vrai que le droit de l'usufruitier va ainsi se trouver transformé: l'usufruit va dégénérer en quasi-usufruit. Mais cette transformation est indépendante du fait de l'usufruitier; elle résulte de la nature même du droit de créance, qui était temporaire. D'ailleurs le nu propriétaire peut se mettre à l'abri des dangers qu'elle lui fait courir en exigeant une caution (arg. art. 601 C. civ. et art. 39 de la loi du 3 mai 1841). Si l'usufruitier n'en trouve pas, le tribunal peut lui imposer un placement déterminé offrant toutes garanties pour le nu propriétaire. Cass., 8 novembre 1881, S., 85. 1. 11, D., 83. 1. 174.

Mais l'usufruitier d'une créance n'en est pas propriétaire, et de là il résulte: 1° qu'il ne peut pas l'aliéner; 2° qu'il ne peut pas la nover; 3° que ses créanciers ne peuvent pas la saisir; 4° enfin que si le débiteur devient insolvable, l'usufruitier ne sera tenu à aucune restitution envers le nu propriétaire, à moins cependant que, l'insolvabilité du débiteur étant survenue postérieurement à l'époque fixée pour le remboursement de la créance, l'usufruitier n'ait négligé d'exercer des poursuites en temps utile: auquel cas, la perte de la créance pouvant être imputée à l'usufruitier, il en serait responsable.

* **1345.** Il existe dans certaines sociétés ou compagnies des obligations dites à *prime*. On les appelle ainsi parce que, outre un intérêt annuel, elles donnent droit à une prime lorsque le sort les appelle au remboursement. Ainsi une obligation émise à 300 fr. sera remboursable à 500 fr., par conséquent avec une prime de 200 fr. Il y a aussi des obligations à *lots*, très recherchées aujourd'hui; elles donnent l'espoir de gagner des lots attribués périodiquement par voie de tirage au sort. Primes et lots sont obtenus par le moyen de retenues opérées sur les intérêts des obligations. Ainsi, au lieu de toucher chaque année deux coupons de 7 fr. 50 par chaque obligation, les obligataires verront le coupon réduit à 7 fr., et subiront ainsi chaque année une retenue de 1 fr. par obligation. C'est l'ensemble de ces retenues, nous le répétons, qui sert à composer les primes de remboursement et les lots. Les primes et les lots sont donc des intérêts réservés et payables en bloc. Telle était certainement la pensée du législateur, lorsqu'il a assujéti ces primes et

ces lots à la taxe de 3 % établie par la loi du 29 juin 1872 sur les intérêts des obligations (loi du 21 juin 1875, art. 5).

Cela posé, quel sera le droit de l'usufruitier d'une semblable obligation, sur la prime de remboursement ou sur le lot échu à cette obligation ?

On pourrait dire : La prime de remboursement ou le lot n'est pas un fruit ; c'est un *donum fortunæ*, comme le trésor ; l'usufruitier n'y a donc aucun droit, pas plus qu'au trésor (arg. art. 598 *in fine*). En ce sens, Lyon, 29 mai 1884, S., 85. 2. 79.

Sans doute la prime de remboursement ou le lot est, dans une certaine mesure, un *donum fortunæ*, puisque c'est un gain fait à la loterie. Mais il y a cette différence avec le trésor qu'on ne paie rien pour acquérir ce dernier, tandis qu'on paie quelque chose pour acquérir la chance de gagner la prime de remboursement ou le lot : on paie une somme égale à la retenue faite chaque année sur les intérêts de l'obligation. Voilà une obligation de 500 fr. qui, au lieu de donner 25 fr. de revenu annuel, ce qui représenterait son intérêt à 5 %, ne rapporte que 20 fr. ; mais elle donne chaque année la chance de gagner un lot de 100,000 fr. qui est formé avec les 5 fr. retenus sur les intérêts de chaque obligation. Eh bien ! cette obligation reçoit chaque année 20 fr. d'intérêt plus un billet de loterie qui coûte 5 fr. Si l'obligation gagne un lot, à qui devra-t-il profiter ? A celui qui a payé le billet de loterie, ce nous semble, c'est-à-dire à l'usufruitier, puisqu'il a subi la retenue qui forme le prix du billet. Donc le lot lui appartient, et il en serait de même de la prime de remboursement.

Enfin d'après une troisième opinion, qui compte d'assez nombreux suffrages, le lot ou la prime de remboursement appartiendrait au propriétaire pour la nue propriété et à l'usufruitier pour la jouissance. Mais il est peut-être plus facile de trouver en faveur de cette solution des raisons d'équité que de véritables raisons de droit. C'est celle qu'a adoptée la cour de cassation dans un arrêt du 14 mars 1877 (D., 77. 1. 353, S., 78. 1. 1). La cour dit pour tout motif : « Attendu que cette prime (la prime de remboursement) forme un surcroît de capital, qui appartient au nu propriétaire de l'obligation et dont la jouissance seule peut être réclamée par l'usufruitier. Voyez aussi Paris, 13 avril 1878, S., 78. 2. 134.

N° 2. Usufruit portant sur des meubles corporels qui se détériorent peu à peu par l'usage.

1346. Aux termes de l'art. 589 : « *Si l'usufruit comprend des choses qui, sans se consommer de suite, se détériorent peu à peu par l'usage, comme du linge, des meubles meublants, l'usufruitier a le droit de s'en servir pour l'usage auquel elles sont destinées, et n'est obligé de les rendre, à la fin de l'usufruit, que dans l'état où elles se trouvent, non détériorées par son dol ou par sa faute* ».

La jouissance prolongée des meubles dont parle notre article leur enlève souvent toute valeur ; il en est ainsi notamment du linge et des vêtements. Mais l'usufruitier ne sera pas responsable envers le nu propriétaire des détériorations ni même de la perte résultant d'une jouissance régulière. *Neminem lædit qui suo jure utitur*. Il sera rare toutefois que l'usage régulier de la chose puisse avoir pour résultat de l'anéantir. L'usufruitier agira toujours prudemment en conservant les débris de la chose, fussent-ils sans valeur, pour les représenter au nu propriétaire à la fin de l'usufruit ; autrement, on pourrait l'accuser d'avoir vendu la chose, alors qu'elle était encore en bon état, et lui demander la restitution du prix.

N° 3. **Usufruit d'une rente viagère.**

1347. A tort ou à raison, la loi considère les arrérages d'une rente viagère comme constituant exclusivement des fruits, et à ce titre elle les attribue pour le tout à l'usufruitier de la rente. « *L'usufruit d'une rente viagère donne aussi à l'usufruitier, pendant la durée de son usufruit, le droit d'en percevoir les arrérages, sans être tenu à aucune restitution* », dit l'art. 588.

La question de savoir quels sont les droits de l'usufruitier d'une rente viagère était très controversée dans notre ancien droit. La difficulté vient de ce que les arrérages d'une rente viagère comprennent en réalité un mélange de capital et d'intérêts. J'aliène un capital de 100,000 fr. moyennant une rente viagère de 10,000 fr.; les 10,000 fr. que je toucherai chaque année jusqu'à ma mort représentent non seulement les intérêts du capital que j'ai aliéné pour la constitution de la rente, mais aussi une portion de ce capital lui-même que je perçois ainsi sous forme d'annuités. Aussi la plupart de nos anciens auteurs pensaient-ils qu'il n'y avait pas lieu d'attribuer à l'usufruitier d'une rente viagère la totalité des arrérages sans restriction; mais ils n'étaient pas d'accord entre eux sur le point de savoir comment devaient être réglés les droits respectifs de l'usufruitier et du nu propriétaire.

La solution la plus satisfaisante, au point de vue rationnel, serait peut-être celle qui consisterait à laisser au nu propriétaire le droit de toucher les arrérages, sauf à payer à l'usufruitier l'intérêt annuel, au taux ordinaire, non des arrérages de la rente, mais bien du capital moyennant lequel elle a été constituée, ou du capital qu'il aurait fallu aliéner pour la créer, s'il s'agit d'une rente constituée à titre gratuit. Notre législateur, on vient de le voir, a admis un autre système. Il regarde les arrérages d'une rente viagère comme constituant exclusivement des fruits, et les attribue à ce titre à l'usufruitier pour le tout. A ses yeux, la substance de la chose, le capital, c'est ici l'être juridique que l'on appelle la rente; les arrérages n'en sont que le produit. C'est cette rente seulement que l'usufruitier devra restituer, si elle existe encore lors de la cessation de l'usufruit.

La décision que donne l'art. 588 relativement à l'usufruit d'une rente viagère, doit être appliquée par voie d'analogie à l'usufruit d'un usufruit; car l'usufruit et la rente viagère sont deux droits de même nature. L'usufruitier d'un usufruit aura donc droit à tous les produits de l'usufruit, sans être tenu à aucune restitution (arg. art. 1568).

* Le cas d'un usufruit portant sur une rente viagère ou sur un usufruit se présente fréquemment dans la pratique par suite de l'adoption de certains régimes matrimoniaux (communauté, non-communauté, régime dotal) et par suite de l'application de l'art. 384.

La loi ne parle nulle part de l'usufruit d'une rente perpétuelle; mais ce cas ne peut soulever aucune difficulté. L'usufruitier d'une rente perpétuelle a le droit d'en toucher les arrérages; il peut même recevoir le remboursement de la rente, quand il est offert par le débi-rentier dans les conditions où la loi permet de l'imposer au crédi-rentier (arg. art. 39 de la loi du 3 mai 1841). Cpr. *supra* n. 1341.

N° 4. **Usufruit portant sur des bois.**

1348. Nous n'avons pas à nous préoccuper du cas, assez rare d'ailleurs, où les bois soumis au droit d'usufruit seraient affermés;

car alors le prix de ferme serait acquis à l'usufruitier jour par jour ; conformément à l'art. 586.

La loi distingue si l'usufruit porte sur des bois taillis ou s'il porte sur des bois de haute futaie. Les bois taillis, *silva cædua*, sont ceux qui poussent par cépées, et qui sont destinés à être coupés, *taillés* périodiquement, tous les dix ans, tous les quinze ans... Les arbres de haute futaie sont ceux qu'on laisse arriver à un âge très avancé et qui, une fois coupés, ne repoussent plus. On voit par cette définition que la coupe des bois taillis constitue un produit périodique, par conséquent un fruit (*supra* n. 1319). Ce caractère ne se retrouve plus dans les arbres de haute futaie, que la loi considère comme un *capital* mis en réserve pour l'avenir. Aussi allons-nous voir que l'usufruitier a droit à la coupe des bois taillis, tandis qu'en principe il ne peut pas toucher aux arbres de haute futaie.

I. *Usufruit portant sur des bois taillis.*

1349. « *Si l'usufruit comprend des bois taillis, l'usufruitier est tenu d'observer l'ordre et la quotité des coupes, conformément à l'aménagement ou à l'usage constant des propriétaires; sans indemnité toutefois en faveur de l'usufruitier ou de ses héritiers, pour les coupes ordinaires, soit de taillis, soit de baliveaux, soit de futaie, qu'il n'aurait pas faites pendant sa jouissance* » (art. 590 al. 1).

L'usufruitier a le droit d'exploiter les bois taillis, qu'ils soient ou non aménagés lors de l'ouverture de l'usufruit.

Un bois taillis est aménagé, lorsqu'il est soumis à une exploitation méthodique et régulière. Ainsi le propriétaire d'un taillis de dix hectares l'a divisé en dix cantons d'un hectare chacun ; tous les ans il coupe un hectare. Le taillis est dit *aménagé*, parce que, à chaque coupe, le propriétaire réserve, *ménage* une partie du taillis pour les années suivantes. Eh bien ! l'usufruitier d'un bois taillis aménagé devra se conformer à l'aménagement qu'il trouve établi, car il doit modeler sa jouissance sur celle du propriétaire ; il devra, comme le dit notre article, observer l'*ordre* et la *quotité* des coupes : l'*ordre*, c'est-à-dire la série, la *quotité*, c'est-à-dire le nombre et l'étendue.

Le plus souvent l'aménagement auquel le taillis était soumis au moment de l'entrée en jouissance de l'usufruitier, sera conforme à celui qu'avaient établi les propriétaires antérieurs : c'est ce que suppose notre article qui statue *de eo quod plerumque fit*. Au cas contraire, l'usufruitier doit prendre pour règle l'aménagement adopté par le propriétaire actuel ; car telle était la loi du fonds au moment de son entrée en jouissance, et il est tenu de la respecter. A moins cependant que ce propriétaire n'ait joui d'une manière abusive, auquel cas l'usufruitier n'aurait pas le droit de l'imiter, puisqu'il doit jouir en

bon père de famille. D'ailleurs, c'est à peine si on peut dire alors que le dernier propriétaire avait établi un aménagement; car un aménagement ne peut être que le résultat d'une jouissance régulière. Une jouissance abusive viole un aménagement antérieur, mais elle n'en fonde pas un nouveau. Il y aurait lieu dans cette hypothèse d'observer les règles qui gouvernent le cas où il n'existe pas d'aménagement établi lors de l'ouverture de l'usufruit, ce qui arrive notamment lorsque le bois est jeune : l'usufruitier devra alors se conformer pour l'exploitation à l'usage constant des propriétaires du bien grevé d'usufruit, s'ils ont d'autres bois taillis, et, à défaut, aux usages des autres propriétaires de la contrée.

1350. Lorsqu'on coupe un bois taillis, on réserve ordinairement un certain nombre d'arbres, qui paraissent de belle venue, pour les laisser croître. Ces arbres portent le nom de *baliveaux*; après la deuxième coupe, ils prennent le nom de *modernes*; après la troisième, on les appelle *anciens*, ou encore *jeunes futaies*; après la quatrième, *hautes futaies*.

L'usufruitier, étant tenu de modeler sa jouissance sur celle des propriétaires, devra se conformer à leurs usages pour la réserve des *baliveaux*, laisser par exemple lors de chaque coupe cent baliveaux par hectare, si tel est l'usage établi par les propriétaires. En revanche, l'usufruitier a le droit de suivre l'usage des propriétaires pour la coupe des baliveaux ou des futaies : par exemple les propriétaires étaient dans l'usage d'abattre à chaque coupe dix arbres de haute futaie par hectare; l'usufruitier aura le droit d'agir de même.

1351. C'est par la perception que l'usufruitier devient propriétaire des produits d'un bois taillis (*supra* n. 1322). Si donc il a négligé de faire une coupe à l'époque fixée, tout le bois qui se trouve sur pied au moment de la cessation de l'usufruit appartient au nu propriétaire sans aucune indemnité (art. 590). Cette disposition détournera l'usufruitier de l'idée de retarder les coupes pour les avoir plus belles.

En sens inverse, il peut arriver que l'usufruitier ait devancé l'époque fixée pour une coupe. Il devra de ce chef être condamné à des dommages et intérêts envers le propriétaire *s'il y a lieu*.

* Nous disons *s'il y a lieu*, c'est-à-dire si l'anticipation cause un préjudice au propriétaire, ce qui n'arrivera pas toujours. Ainsi l'usufruitier a coupé à dix ans un bois taillis, qui ne devait être coupé qu'à quinze; l'usufruit a pris fin six ans après la coupe. Aucune indemnité ne sera due au propriétaire, car il n'éprouve aucun préjudice. En effet, si l'usufruitier avait fait la coupe à l'époque fixée, le propriétaire trouverait à la fin de l'usufruit un taillis âgé d'un an, tandis qu'il en trouve un âgé de six ans; l'usufruitier n'a donc fait tort qu'à lui-même. Si au contraire, dans l'espèce proposée, l'usufruit a pris fin trois ans après la coupe, une indemnité sera due au propriétaire. En effet il se trouve que l'usufruitier a fait une coupe à laquelle il n'avait aucun droit, puisque l'usufruit a pris fin avant l'époque où la coupe aurait dû normalement être faite. Par suite de cette anticipation, le propriétaire, qui aurait dû, à la fin de l'usufruit, trouver un taillis âgé de treize ans, en trouve un âgé de trois ans seulement. Il éprouve donc un préjudice, et, comme il lui est

causé par la faute de l'usufruitier, celui-ci est tenu d'en fournir la réparation. L'indemnité due au propriétaire se calculera d'après l'étendue du préjudice qu'il souffre, c'est-à-dire qu'elle sera égale à la valeur qu'aurait eue le bois, si l'usufruitier n'avait pas fait la coupe, déduction faite de la valeur de la nouvelle recrue suivant son âge.

Ce que la loi dit des bois taillis devrait être appliqué par voie d'analogie aux roseaux et aux oseraies susceptibles d'aménagement.

Aux termes de l'art. 590 al. 2 : « *Les arbres qu'on peut tirer d'une pépinière sans la dégrader, ne font aussi partie de l'usufruit qu'à la charge par l'usufruitier de se conformer aux usages des lieux pour le remplacement* ».

— *Aux usages des lieux.* Ou plutôt peut-être des propriétaires.

II. *Usufruit portant sur des bois de haute futaie.*

1352. La loi défend à l'usufruitier de toucher aux arbres de haute futaie (art. 592), parce qu'elle les considère comme destinés à l'ornement du fonds, ou comme constituant un capital mis en réserve pour l'avenir.

Cette règle souffre exception, lorsque la haute futaie était *en coupe réglée* lors de l'ouverture de l'usufruit. Le produit des coupes devient alors un fruit à cause de sa périodicité; l'usufruitier pourra donc en faire son profit, en observant l'aménagement établi par les anciens propriétaires. C'est ce qui résulte de l'art. 591, ainsi conçu : « *L'usufruitier profite encore, toujours en se conformant aux époques et à l'usage des anciens propriétaires, des parties de bois de haute futaie qui ont été mises en coupes réglées, soit que ces coupes se fassent périodiquement sur une certaine étendue de terrain, soit qu'elles se fassent d'une certaine quantité d'arbres pris indistinctement sur toute la surface du domaine* ».

On voit qu'une haute futaie est mise en coupe réglée, lorsqu'elle a été soumise par les propriétaires à une exploitation régulière et périodique. Des coupes faites sans ordre et sans méthode, pour satisfaire des fantaisies ou des besoins extraordinaires, ne constitueraient pas un aménagement.

En principe l'usufruitier ne peut, en l'absence d'un aménagement, couper aucun arbre de haute futaie. « *Dans tous les autres cas, l'usufruitier ne peut toucher aux arbres de haute futaie : il peut seulement employer, pour faire les réparations dont il est tenu, les arbres arrachés ou brisés par accident : il peut même, pour cet objet, en faire abattre, s'il est nécessaire, mais à la charge d'en faire constater la nécessité avec le propriétaire* » (art. 592).

— *Aux arbres de haute futaie.* La rédaction primitive portait : « *aux bois de haute futaie* ». Le mot *arbres* a été, sur la demande du tribunal, substitué au mot *bois*, afin que la disposition devint applicable aux arbres *épars* qui servent d'ornement ou d'avenue.

= *Pour faire les réparations dont il est tenu.* Donc l'usufruitier n'aurait pas ce droit en ce qui concerne les grosses réparations qu'il voudrait faire : car il n'en est pas tenu (art. 605), et, s'il les fait, c'est volontairement et à ses frais. En ce sens, Toulouse, 23 mai 1881, D., 82. 2. 178, S., 81. 2. 141.

= *Les arbres arrachés ou brisés par accident.* On les appelle des *chablis*. L'usufruitier n'y a droit que pour les réparations dont il est tenu ; il ne pourrait pas les employer pour son chauffage.

On voit que les droits de l'usufruitier d'une haute futaie non aménagée se réduisent à fort peu de chose : droit de chasse, droit de parcours, droit de recueillir les fruits produits par les arbres, par exemple les pommes sauvages et les glands. Les charges dépasseront peut-être le profit ; car il faut payer les impôts comme prix de cette maigre jouissance (art. 608). Souvent l'usufruitier sera tenté de renoncer à son usufruit pour s'exonérer de cette charge. Le peut-il ? Sans nul doute. Mais à la condition de renoncer à son droit tout entier. Si l'usufruit porte sur un domaine comprenant une haute futaie, l'usufruitier ne pourra donc pas renoncer à son droit sur la haute futaie et le conserver sur le reste du domaine, abandonnant ainsi le mauvais et gardant le bon. A ce point de vue, son droit présente une sorte d'indivisibilité ; il ne peut pas le scinder au préjudice du propriétaire.

1353. L'usufruitier, qui aurait, sans droit, coupé des bois de haute futaie, devrait de ce chef une indemnité. Le propriétaire ne serait pas obligé, comme on l'a prétendu, d'attendre l'extinction de l'usufruit pour en obtenir le paiement ; il a le droit de l'exiger de suite (Bourges, 15 juillet 1873, s. cass., S., 75. 1. 265). La solution contraire aurait pour résultat de permettre à l'usufruitier de jouir indirectement de la haute futaie, puisqu'il profiterait pendant toute la durée de l'usufruit du prix qu'il a retiré des arbres coupés. D'ailleurs, le propriétaire perdant en pareil cas l'augmentation de valeur que les arbres auraient acquise s'ils étaient restés sur pied jusqu'à la fin de l'usufruit, l'équité exige qu'à titre de compensation il touche immédiatement l'indemnité qui lui est due. Le cas est bien différent de celui où l'usufruitier a coupé un taillis avant l'époque fixée. Il se peut que cette anticipation ne cause aucun préjudice au propriétaire ; si par l'événement elle se trouve lui en causer un, il est impossible d'en apprécier dès à présent l'importance (*supra* n. 1351) ; on conçoit donc que, dans ce cas, la demande formée par le propriétaire du paiement immédiat d'une indemnité doive être repoussée. Tandis que la coupe indûment faite, d'arbres de haute futaie, cause au propriétaire un préjudice certain, et dont il est facile de déterminer dès à présent l'étendue ; de quel droit l'usufruitier demanderait-il donc un délai pour fournir la réparation de ce préjudice ?

Il faut même aller plus loin. Le nu propriétaire pourrait réclamer les arbres abattus par l'usufruitier s'ils existent encore en nature ; car celui-ci les a coupés sans droit, et n'a pu en devenir propriétaire ; le tout sans préjudice des dommages et intérêts. Toutefois l'action en revendication du propriétaire ne serait plus recevable, si l'usufruitier avait disposé des arbres au profit d'un tiers de bonne foi qui en aurait pris possession (arg. art. 2279).

1353 bis. Si l'usufruitier ne peut pas toucher aux arbres de haute futaie, le propriétaire de son côté n'a pas le droit de les abattre ; car il priverait ainsi l'usufruitier de son droit de jouissance sur la haute futaie. On admet toutefois une exception à ce principe pour les arbres qui se couronnent, signe qui annonce leur fin prochaine.

1354. Disposition commune aux bois taillis et aux bois de haute futaie. — « Il [l'usufruitier] peut prendre, dans les bois, des » *échalas pour les vignes ; il peut aussi prendre, sur les arbres, des » produits annuels ou périodiques ; le tout suivant l'usage du pays » ou la coutume des propriétaires »* (art. 593).

= *Pour les vignes.* Il s'agit, à n'en pas douter, des vignes faisant partie du domaine grevé d'usufruit, et non des vignes appartenant en propre à l'usufruitier. On admet généralement par analogie que l'usufruitier aurait le droit de prendre dans les bois des perches à houblon, et des tuteurs pour les arbres.

= *Des produits annuels ou périodiques* : tels que pommes et cerises sauvages, olives, feuilles des mûriers, écorces des chênes-liège... Cette disposition n'était guère utile, et en tout cas elle n'est pas à sa place dans notre article.

Enfin, aux termes de l'art. 594 : « *Les arbres fruitiers qui meurent, ceux même qui sont arrachés ou brisés par accident, appartiennent à l'usufruitier, à la charge de les remplacer par d'autres* ». La raison en est que, presque toute la valeur des arbres fruitiers consistant dans les fruits qu'ils produisent, on ne pouvait guère craindre que l'usufruitier fût tenté de les faire mourir ou de les arracher frauduleusement pour en profiter. Au contraire cette crainte n'eût peut-être pas été chimérique pour les arbres de haute futaie. De là les décisions différentes des art. 592 et 594.

N° 5. De l'usufruit d'un fonds contenant une mine, une minière, une carrière ou une tourbière.

1355. « *Il [l'usufruitier] jouit aussi, de la même manière que le propriétaire, des mines et carrières qui sont en exploitation à l'ouverture de l'usufruit; et néanmoins s'il s'agit d'une exploitation qui ne puisse être faite sans une concession, l'usufruitier ne pourra en jouir qu'après en avoir obtenu la permission du Roi. — Il n'a aucun droit aux mines et carrières non encore ouvertes, ni aux tourbières dont l'exploitation n'est point encore commencée, ni au trésor qui pourrait être découvert pendant la durée de l'usufruit* » (art. 598).

L'usufruitier doit se conformer au mode de jouissance qu'il trouve établi lors de l'ouverture de l'usufruit. De là résultent deux conséquences :

1° L'usufruitier n'a aucun droit au produit des mines, minières, carrières ou tourbières qui n'étaient pas encore en exploitation lors de l'ouverture de l'usufruit.

Toutefois, les mines constituant une richesse sociale, on conçoit que l'usufruit, dont est grevé le fonds où elles gisent, ne doit pas être un obstacle à leur exploitation. La loi, dans l'intérêt public, autorise le gouvernement à concéder l'exploitation d'une mine malgré l'opposition du propriétaire; à plus forte raison, malgré celle de l'usufruitier. Supposons qu'une mine soit concédée pendant la durée de l'usufruit. L'usufruitier, n'ayant aucun droit au produit de la mine, ne profitera pas de la redevance due par le concessionnaire; il n'aurait droit qu'à une indemnité pour le préjudice que lui causerait l'ouverture de la mine. Si c'est lui qui a obtenu la concession, il devra payer la redevance au propriétaire.

2° L'usufruitier a le droit de jouir, comme le propriétaire lui-même, pendant la durée de l'usufruit, des mines, minières, car-

rières ou tourbières qui étaient en exploitation lors de l'ouverture de l'usufruit.

En ce qui concerne les mines, ce principe conduit aux applications suivantes :

a. Le propriétaire exploitait la mine par lui-même en vertu d'une concession. — L'usufruitier continuera l'exploitation. Devra-t-il obtenir à cet effet une autorisation spéciale du chef de l'Etat? D'après la législation en vigueur à l'époque où l'art. 598 a été décrété (loi du 28 juillet 1791), les concessions de mines étaient personnelles. L'art. 598 n'a fait que déduire une conséquence de ce principe, en déclarant que, « s'il s'agit d'une exploitation » qui ne puisse être faite sans une concession, l'usufruitier ne pourra en jouir qu'après en « avoir obtenu la permission du Roi ». Mais cette disposition se trouve modifiée par la législation actuellement en vigueur sur les mines. En effet, d'après l'art. 7 de la loi du 21 avril 1810, l'acte de concession « donne la propriété perpétuelle de la mine, laquelle » est dès lors disponible et transmissible comme tous les autres biens ». L'usufruitier n'a donc plus besoin d'une autorisation spéciale pour continuer l'exploitation commencée par le propriétaire.

b. La mine était exploitée lors de l'ouverture de l'usufruit par un concessionnaire autre que le propriétaire. — L'usufruitier touchera, pendant la durée de l'usufruit, la redevance payée par le concessionnaire; cette redevance représente la jouissance de la mine.

1356. Remarque. — En ce qui concerne les carrières et tourbières, le propriétaire ne pourrait les ouvrir pendant la durée de l'usufruit qu'avec le consentement de l'usufruitier. Arg. art. 599 al. 1. La loi décide le contraire pour les mines, ainsi que nous venons de le voir; mais c'est une exception au droit commun, et les exceptions ne s'étendent pas.

1357. Disposition relative au trésor. — L'usufruitier « n'a » aucun droit... au trésor qui pourrait être découvert pendant la « durée de l'usufruit », dit l'art. 598 *in fine*.

= *Qui pourrait être découvert.* Ces termes indiquent qu'il s'agit d'un trésor qui serait découvert par un autre que l'usufruitier. Si l'usufruitier avait lui-même trouvé un trésor, il aurait certainement droit à la moitié que la loi attribue à l'inventeur (art. 716). Notre disposition doit donc être entendue en ce sens, que l'usufruitier n'a aucun droit *en cette qualité* au trésor qui serait découvert par un autre que lui dans le fonds grevé d'usufruit; il ne peut réclamer ni la propriété ni même la jouissance de la moitié du trésor qui est attribuée au propriétaire *jure soli*. Mais il peut, comme tout autre, avoir droit à la moitié attribuée à l'inventeur.

Notre disposition prouve deux choses : 1^o que le trésor n'est pas un fruit; 2^o qu'il ne doit pas être considéré comme faisant fictivement partie du fonds où il est découvert, même pour la portion attribuée au propriétaire *jure soli*.

SECTION II

DES OBLIGATIONS DE L'USUFRUITIER

1358. L'usufruitier doit, lors de la cessation de l'usufruit, restituer la chose au nu propriétaire dans l'état où il l'a reçue. C'est là son obligation principale; les autres n'ont guère pour but que d'en assurer l'exécution.

Nous parlerons successivement des obligations dont l'usufruitier

est tenu avant son entrée en jouissance, de celles qui lui sont imposées pendant la durée de sa jouissance et enfin de celles qui lui incombent au moment où l'usufruit prend fin.

§ I. *Des obligations de l'usufruitier avant son entrée en jouissance.*

1359. L'usufruitier doit, avant d'entrer en jouissance : 1° faire dresser un inventaire des meubles et un état des immeubles sujets à l'usufruit; 2° fournir caution.

1. *De l'inventaire et de l'état.*

1360. « *L'usufruitier prend les choses dans l'état où elles sont; mais il ne peut entrer en jouissance qu'après avoir fait dresser, en présence du propriétaire, ou lui dûment appelé, un inventaire des meubles et un état des immeubles sujets à l'usufruit* » (art. 600).

Le premier alinéa de ce texte formule un principe qui nous est déjà connu : le nu propriétaire n'est pas tenu, sauf convention contraire, de délivrer la chose en bon état à l'usufruitier; celui-ci doit la prendre dans l'état où elle est. Autre est la situation du locataire ou du fermier : il a toujours le droit, sauf convention contraire, d'exiger que la chose lui soit délivrée en bon état de réparations. La raison de cette différence est que le locataire ou le fermier a un droit *personnel* de jouissance, qui lui permet d'exiger que le bailleur le fasse jouir, tandis que l'usufruitier n'a qu'un droit *réel*, en vertu duquel le propriétaire est seulement tenu de le laisser jouir.

L'usufruitier devant, lors de la cessation de l'usufruit, restituer tout ce qu'il a reçu et dans l'état où il l'a reçu, il importe au nu propriétaire, qui a droit à cette restitution, qu'un titre régulier constate ce que l'usufruitier reçoit et dans quel état il le reçoit. Tel est le but de l'*inventaire* en ce qui concerne les meubles, et de l'*état* en ce qui concerne les immeubles.

La loi n'ayant pas déterminé les formes de l'inventaire et de l'état, rien ne s'opposerait à ce qu'il y fût procédé par acte sous seings privés, si les parties sont majeures et capables; dans le cas contraire, l'opinion générale exige un acte notarié.

Les frais de l'inventaire et de l'état sont à la charge de l'usufruitier, soit parce que ces mesures sont une condition de son entrée en jouissance, soit parce qu'en principe les frais d'un acte sont à la charge de celui auquel la loi impose l'obligation de le faire dresser.

* Il n'est pas nécessaire que l'inventaire contienne l'estimation des meubles sujets à l'usufruit. S'il la contient, on devra la considérer comme ayant été faite en vue de déterminer le montant de l'indemnité due au propriétaire pour les meubles qui ne seraient pas représentés en nature lors de la cessation de l'usufruit, et non en vue de transférer à l'usufruitier la propriété des meubles estimés, par application de la règle *Æstimatio*

venditio est; à moins que les parties n'aient manifesté soit expressément, soit tacitement une volonté contraire.

1361. Sanction du défaut d'inventaire ou d'état. — Le propriétaire peut s'opposer à ce que l'usufruitier *entre en jouissance* (art. 600), c'est-à-dire à ce qu'il prenne possession des meubles non inventoriés ou des immeubles dont il n'a pas été dressé d'état; mais le seul défaut d'inventaire ou d'état ne ferait pas perdre à l'usufruitier son droit aux fruits, ni à plus forte raison son droit d'usufruit lui-même, sauf dans l'hypothèse toute spéciale prévue par l'art. 1442. On doit assimiler sur ce point le retard dans la confection de l'inventaire ou de l'état au retard de fournir caution. Voyez art. 604.

* Si en fait l'usufruitier est entré en jouissance des meubles sujets à l'usufruit avant d'avoir fait dresser inventaire, le propriétaire pourra, le cas échéant, prouver par tous les moyens possibles la consistance et la valeur du mobilier non inventorié, même, suivant l'opinion générale, par la commune renommée (arg. art. 1415 et 1504. Pau, 28 mars 1887, S., 88. 2. 117, D., 87. 2. 166) : ce qui toutefois ne va pas sans difficulté, la commune renommée étant un mode de preuve tout à fait exceptionnel, qu'il semble difficile d'admettre en dehors des cas où la loi l'autorise formellement.

* Que si l'usufruitier était entré en jouissance des immeubles sujets à son droit sans en avoir fait dresser un état, il serait, suivant l'opinion générale, *présumé* les avoir reçus en bon état (arg. art. 1731). A quoi M. Laurent objecte, non sans raison, que les présomptions légales ne s'étendent pas d'un cas à un autre.

* **1362.** On rencontre fréquemment dans les dispositions testamentaires établissant des droits d'usufruit, une clause qui dispense l'usufruitier de faire inventaire; quelle en est la valeur? Il est certain qu'une semblable clause serait nulle en tant qu'elle pourrait porter atteinte au droit de réserve de certains héritiers. Même en dehors de cette hypothèse nous inclinierions à la déclarer nulle encore, par argument de l'art. 6, en ce sens du moins que, quels que soient les termes dans lesquels elle est conçue, elle ne priverait pas les héritiers du testateur du droit de faire procéder à l'inventaire à leurs frais, contradictoirement avec l'usufruitier. En effet, si cette clause pouvait avoir pour résultat de mettre le nu propriétaire dans l'impossibilité de se procurer un titre régulier pour établir la consistance des biens grevés d'usufruit, elle favoriserait la mauvaise foi de l'usufruitier, en lui permettant de ne restituer, lors de l'extinction de son droit, qu'une partie du mobilier sujet à usufruit, et sous cet aspect la clause est contraire à l'ordre public. En outre, au cas où l'usufruit prendrait fin, comme il arrive le plus souvent, par la mort de l'usufruitier, elle mettrait le nu propriétaire dans une situation très difficile à l'égard des héritiers de l'usufruitier, qui pourraient, de très bonne foi, contester le droit du nu propriétaire sur certains objets. Aussi est-il remarquable que la loi, qui autorise la dispense de fournir caution (art. 601), n'autorise nulle part celle de dresser inventaire. Tout ce que peut faire valablement le constituant, c'est d'affranchir l'usufruitier de l'obligation de supporter les frais de l'inventaire, et la clause qui le dispense de y faire procéder, pourrait, suivant les circonstances, être interprétée dans ce sens.

Si l'on admet la nullité de la clause, qui dispense l'usufruitier de faire inventaire, il faut déclarer nulle aussi toute clause pénale, qui aurait pour but d'assurer son exécution (arg. art. 1227).

2. De la caution.

1363. La caution est une tierce personne qui vient garantir l'obligation contractée par le débiteur, en s'engageant à l'exécuter en son lieu et place, pour le cas où il ne l'exécuterait pas lui-même.

Aux termes de l'art. 601 : « *Il [l'usufruitier] donne caution de jouir en bon père de famille, s'il n'en est dispensé par l'acte constitutif de l'usufruit; cependant, les père et mère ayant l'usufruit légal du bien de leurs enfants, le vendeur ou le donateur, sous réserve d'usufruit, ne sont pas tenus de donner caution* ».

L'usufruitier, dit la loi, donne caution de jouir *en bon père de famille*, c'est-à-dire comme un propriétaire soigneux et diligent, *sicut bonus paterfamilias*. La caution fournie par l'usufruitier est donc responsable envers le propriétaire des abus de jouissance commis par l'usufruitier. On doit la déclarer responsable aussi de la restitution des biens soumis au droit d'usufruit.

* La loi le dit implicitement pour le cas où le défaut de restitution est la conséquence d'un abus de jouissance de l'usufruitier, par exemple s'il a détruit la chose ou s'il l'a aliénée; et, comme elle statue toujours *de eo quod plerumque fit*, elle a pu croire inutile de le dire formellement pour les cas, assez rares d'ailleurs, où le défaut de restitution ne peut pas être rattaché à un abus de jouissance, comme il arrive dans l'hypothèse du quasi-usufruit.

La caution que doit l'usufruitier est une caution légale, car elle est imposée par la loi; elle devrait donc satisfaire aux conditions exigées par les art. 2018 et 2019. Voyez l'art. 2040.

La solvabilité de la caution doit être appréciée eu égard à l'importance des obligations dont elle garantit l'exécution : ce qui est une question de fait.

Le cautionnement peut être remplacé par des garanties équivalentes, c'est-à-dire par le dépôt d'une somme d'argent suffisante dans une caisse publique, par un gage en nantissement suffisant (arg. art. 2041) et même par une hypothèque, ainsi que l'a jugé la cour de cassation à la date du 7 août 1882 (D., 83. 1. 220, S., 82. 1. 457).

1364. Tout usufruitier doit en principe fournir caution. Le quasi-usufruitier en est tenu comme l'usufruitier ordinaire; le besoin s'en fait même sentir plus vivement dans ce cas.

Mais cette règle souffre plusieurs exceptions.

1365. PREMIÈRE EXCEPTION. L'usufruitier peut être dispensé de fournir caution par le titre constitutif de l'usufruit (art. 601). Cette dispense, qui peut être tacite aussi bien qu'expresse (Cass., 28 oct. 1889, D., 90. 1. 67), est fréquente dans l'usufruit testamentaire. Le constituant aurait pu disposer de la pleine propriété de son bien; à plus forte raison peut-il disposer de l'usufruit en dispensant l'usufruitier de fournir caution. Qui peut le plus peut le moins.

* Ce motif ne pouvant plus être donné lorsque l'usufruit est établi sur des biens dont la nue propriété est réservée à certains héritiers du constituant, par exemple s'il s'agit d'un mari qui a légué à sa femme l'usufruit de la réserve de ses ascendants (art. 1094 al. 1), il semble qu'alors la dispense de fournir caution ne pourrait pas être valablement accordée; elle serait en effet de nature à compromettre les droits de l'héritier réservataire. La jurisprudence de la cour de cassation est en sens contraire; elle invoque principalement les termes absolus dans lesquels l'art. 601 autorise le constituant à dispenser l'usufruitier de la caution. Cass., 5 juillet 1876, D., 77. 1. 277, S., 77. 1. 345, et Toulouse,

1^{er} février 1877, D., 78. 2. 166, S., 78. 2. 261. Les cours d'appel sont divisées, ainsi que la doctrine.

1365 bis. Quand l'usufruitier a été dispensé de fournir caution par le titre constitutif, le propriétaire peut exceptionnellement en exiger une pendant la durée de l'usufruit dans les cas suivants :

a. Si l'usufruitier commet des abus de jouissance. Il pourrait alors être déclaré déchu de son droit (art. 618) ; à plus forte raison, le juge peut-il ne l'y maintenir qu'en l'obligeant à fournir caution. Il en est de même, d'après la jurisprudence, si un changement survenu dans la situation personnelle de l'usufruitier donne lieu de craindre que les droits du nu propriétaire ne soient compromis (Cass., 22 octobre 1889, D., 90. 1. 82, S., 90. 1. 53) et à plus forte raison si l'usufruitier agit en fraude des droits du nu propriétaire, par exemple en vendant tous ses biens pour rendre le recours du nu propriétaire illusoire. Cass., 26 mars 1889, D., 89. 1. 463, S., 89. 1. 206. La jurisprudence de la cour de cassation paraît se former en ce sens que la caution peut être réclamée de l'usufruitier qui en a été dispensé toutes les fois que, par sa faute et même par son simple fait, l'usufruitier met en péril les droits du propriétaire, et à cet égard l'appréciation du juge du fait est souveraine. Arrêt précité. *Adde* Cass., 11 juillet 1888, S., 88. 1. 368, D., 89. 1. 463, et 7 déc. 1891, D., 92. 1. 68, S., 92. 1. 353.

b. En cas d'expropriation pour cause d'utilité publique de tout ou partie du bien grevé d'usufruit. L'usufruitier a le droit de toucher l'indemnité d'expropriation, pour en jouir pendant toute la durée de l'usufruit, mais à la charge de fournir caution *même s'il en est dispensé*. Il n'y a d'exception à cette règle que pour le père ou la mère ayant la jouissance légale de l'art. 384. V. loi du 3 mai 1841, art. 39 al. 2 et 3.

La plupart des auteurs généralisent cette disposition, et décident que l'usufruitier, dispensé de la caution par le titre, peut être obligé d'en fournir une pendant la durée de l'usufruit, lorsque quelque circonstance particulière et imprévue vient mettre en péril la nue propriété. Ainsi l'usufruitier d'une rente perpétuelle pourrait, malgré la dispense contenue dans le titre, être obligé de fournir caution pour toucher le capital de la rente, qui serait remboursée pendant la durée de l'usufruit. M. Laurent objecte que l'art. 39 de la loi du 3 mai 1841 déroge au droit commun, et qu'à ce titre sa disposition ne peut pas être étendue d'un cas à un autre. *Exceptio est strictissimæ interpretationis*. En pratique, le juge pourra dans bien des cas échapper à cette objection, en imposant à l'usufruitier l'obligation de fournir caution, par interprétation de la clause du titre constitutif de l'usufruit qui l'en dispense. En effet le constituant n'a peut-être accordé la dispense de fournir caution qu'en vue de l'état de choses existant lors de la constitution de l'usufruit, et il a pu vouloir que la dispense cessât au cas où cet état de choses changerait. Il y a là évidemment place pour une appréciation de la part du juge. Voyez sur cette question, Besançon, 8 février 1875, S., 77. 2. 36.

1365 ter. La cour de Nancy avait jugé que la dispense de fournir caution ne fait pas obstacle à ce que le propriétaire requière, dès l'ouverture de l'usufruit, l'application de mesures destinées à assurer la conservation de la chose, et cela, même quand l'usufruitier offre des garanties d'honorabilité et de solvabilité. En conséquence elle avait décidé que l'usufruitier pouvait être contraint de convertir à ses frais les valeurs au porteur soumises à son droit d'usufruit en titres nominatifs, immatriculés en son nom pour l'usufruit et au nom du nu propriétaire pour la propriété, ou à déposer les titres à la Banque de France, par l'entremise de laquelle il en toucherait les revenus. L'arrêt de Nancy a été cassé à la date du 11 juillet 1888 (S., 88. 1. 368, D., 89. 1. 463). Un arrêt de la cour de Poitiers rendu dans le même sens a été cassé également. Cass., 7 déc. 1891, S., 92. 1. 353, D., 92. 1. 68. D'après la cour de cassation, la dispense de fournir caution donne à l'usufruitier le droit de jouir des choses dans l'état où elles sont au moment de l'ouverture de l'usufruit, sans que le nu propriétaire puisse réclamer l'application d'aucune mesure conservatoire soit à l'origine, soit pendant le cours de l'usufruit, à moins cependant que l'usufruitier ne mette les droits du nu propriétaire en péril par ses actes ou par un changement survenu dans sa situation personnelle de fortune.

1366. DEUXIÈME EXCEPTION. Sont dispensés de fournir caution « les père et mère ayant l'usufruit légal du bien de leurs enfants » (art. 601). L'affection paternelle ou maternelle est considérée par la loi comme une garantie suffisante. Et remarquez que la dispense n'est pas accordée à tout usufruitier légal, mais seulement à celui de l'art. 384. Les autres devraient donc la caution, notamment l'usufruitier de l'art. 754.

1367. TROISIÈME EXCEPTION. L'art. 601 dispense également de l'obligation de fournir caution « le vendeur ou le donateur sous » réserve d'usufruit », c'est-à-dire celui qui vend ou donne la nue propriété d'un bien et en garde l'usufruit. Cette double exception nous paraît avoir été admise par interprétation de la volonté des parties. La loi suppose qu'il a été sous-entendu dans le contrat que le vendeur ou le donateur ne fournirait pas de caution. Et en effet, la jouissance restant là où elle était avant le contrat, il est naturel d'admettre que l'acheteur ou le donataire, qui a pu se rendre compte de la manière dont jouissait antérieurement le vendeur ou le donateur, l'a dispensé de fournir caution, par cela seul qu'il n'a pas exigé cette garantie. A quoi l'on peut ajouter, en ce qui concerne le donataire, que la dette de reconnaissance dont il est tenu semble s'opposer à ce qu'il puisse avoir le droit d'exiger une caution du donateur, et que d'ailleurs celui-ci dictant les clauses du contrat, il est naturel de supposer qu'il a sous-entendu à son profit une dispense de fournir caution.

Quel que soit le motif sur lequel est fondée la dispense qui nous occupe, par cela seul qu'elle constitue une exception au droit commun, elle doit être sévèrement restreinte au cas prévu par la loi; on ne devrait donc pas l'étendre à l'acheteur ou au donataire d'usufruit, puisque le texte ne l'établit qu'au profit du vendeur ou du donateur sous réserve d'usufruit. *Et alias non est eadem ratio.*

1367 bis. QUATRIÈME EXCEPTION. La règle que l'usufruitier doit fournir caution, reçoit une dernière exception en ce qui concerne l'usufruit marital, c'est-à-dire celui qui existe au profit du mari sur les biens de sa femme, sous les divers régimes matrimoniaux (art. 1550 et arg. de cet article).

En dehors des exceptions qui viennent d'être indiquées, tout usufruitier doit fournir caution. Le propriétaire peut s'opposer à ce que l'usufruitier entre en jouissance jusqu'à ce qu'il ait satisfait à cette obligation.

1368. Mais, ne trouve pas de caution qui veut. Ce n'est chose facile que pour ceux auxquels on ne songera guère à demander cette garantie, parce qu'ils sont d'une solvabilité à toute épreuve. Que fera-t-on, si l'usufruitier ne peut pas trouver de caution? Le privera-t-on de son droit d'usufruit? Cette sanction dépasserait la juste mesure, et elle atteindrait précisément les usufruitiers qui

auraient le plus à souffrir de la perte de leur droit, ceux qui sont nécessaires. Comme le dit fort bien Demante, « la caution ayant pour unique objet de garantir le propriétaire contre les abus de jouissance, l'impossibilité de la fournir ne doit point priver entièrement l'usufruitier de son droit; il convient seulement dans ce cas de lui en ôter le libre exercice en lui réservant l'émolument ». C'est en effet à ce parti que la loi s'est arrêtée. Les art. 602 et 603 indiquent une série de mesures destinées à sauvegarder les droits respectifs du nu propriétaire et de l'usufruitier. Il suffira presque de les transcrire.

ART. 602. *Si l'usufruitier ne trouve pas de caution, les immeubles sont donnés à ferme ou mis en séquestre; — Les sommes comprises dans l'usufruit sont placées; — Les denrées sont vendues, et le prix en provenant est pareillement placé; — Les intérêts de ces sommes et les prix des fermes appartiennent en ce cas à l'usufruitier.*

— *Mis en séquestre.* C'est-à-dire confiés à un gardien qui administrera l'immeuble et rendra compte des produits (art. 1956). Le salaire dû au gardien viendra en déduction des fruits qui seront remis à l'usufruitier.

— *Les sommes sont... placées.* Si, par suite d'un mauvais placement, ces sommes se trouvaient perdues, la perte serait pour le nu propriétaire et pour l'usufruitier : l'un perdrait son droit de nue propriété, l'autre son droit de jouissance.

ART. 603. *A défaut d'une caution de la part de l'usufruitier, le propriétaire peut exiger que les meubles qui dépérissent par l'usage soient vendus, pour le prix en être placé comme celui des denrées; et alors l'usufruitier jouit de l'intérêt pendant son usufruit : cependant l'usufruitier pourra demander, et les juges pourront ordonner, suivant les circonstances, qu'une partie des meubles nécessaires pour son usage lui soit délaissée, sous sa simple caution juratoire, et à la charge de les représenter à l'extinction de l'usufruit.*

— *Peut exiger.* C'est donc une faculté pour le propriétaire. Notre disposition n'est pas impérative, comme l'est celle de l'article précédent pour les denrées. Il peut y avoir en effet certains meubles que le propriétaire tient à conserver en nature, et la loi n'a pas voulu qu'il pût être obligé de les vendre.

Que fera-t-on des meubles dont le propriétaire ne demandera pas la vente? Sauf l'exception prévue par la partie finale de l'article, le propriétaire a le droit d'en refuser la délivrance à l'usufruitier tant qu'il ne fournit pas caution, et par conséquent de les garder. Mais il les gardera à titre de dépositaire ou séquestre, et par suite il n'aura pas le droit de s'en servir (arg. art. 1930). Aussi doit-on décider, mais il y a quelques difficultés sur ce point, que le propriétaire n'aurait pas à payer à l'usufruitier une somme représentative de la jouissance de ces meubles.

— *Sous sa simple caution juratoire.* Ces mots désignent la promesse, faite sous la foi du serment par l'usufruitier, de jouir en bon père de famille; la conscience de l'usufruitier lui tiendra lieu de caution.

— *A la charge de les représenter.* Ne concluez pas de là, comme l'a fait un auteur, que les cas fortuits qui feraient périr les meubles seraient pour le compte de l'usufruitier *Nemo præstat casus fortuitos.*

1368 bis. Aux termes de l'art. 604 : « *Le retard de donner cau-*

» *tion ne prive pas l'usufruitier des fruits auxquels il peut avoir droit; ils lui sont dus au moment où l'usufruit a été ouvert* ».

Ce texte doit être entendu en ce sens que le retard de donner caution ne différera pas l'époque à dater de laquelle l'usufruitier a droit aux fruits. A ce point de vue donc, le retard de donner caution ne nuira pas à l'usufruitier. Mais le bon sens dit assez que ce retard ne saurait lui profiter; il ne pourra donc pas avoir pour conséquence d'avancer l'époque à partir de laquelle l'usufruitier a droit aux fruits. Il importe peu que, pris à la lettre, notre article paraisse dire le contraire pour un cas particulier, celui de l'usufruit établi par testament.

* Ce point demande quelques explications. En principe, l'usufruitier a droit aux fruits aussitôt que l'usufruit est ouvert. Alors notre article s'appliquera à la lettre : le retard de donner caution n'empêchera pas que les fruits soient dus à l'usufruitier dès l'ouverture de l'usufruit; c'est ce qui aurait lieu par exemple pour un usufruit constitué par donation entre vifs. Exceptionnellement, l'usufruitier ne peut pas réclamer les fruits dès l'ouverture de son droit, quand il s'agit d'un usufruit constitué par testament. Le droit de l'usufruitier s'ouvre en pareil cas au jour du décès du testateur (art. 1014) : ce qui signifie que le droit d'usufruit existe, qu'il est né à dater de ce moment; mais le légataire n'a droit aux fruits qu'à compter du jour de sa demande en délivrance, qui sera nécessairement postérieure à l'ouverture (même article). Supposons que le légataire d'usufruit soit en retard de donner caution; à partir de quelle époque aura-t-il droit aux fruits? Toujours à dater de sa demande en délivrance, et non, comme le dit notre article, à dater du « moment où l'usufruit a été ouvert » : ce qui aurait pour conséquence d'avancer l'époque de sa jouissance. On ne doit pas ici tenir compte du texte, parce qu'il ne faut pas chercher dans une loi la décision de questions qu'elle n'a pas entendu décider. Evidemment notre article n'a pas pour but de déterminer l'époque à partir de laquelle l'usufruitier a droit aux fruits. D'ailleurs la partie finale de l'art. 604 n'est qu'une application du principe formulé par la première partie; c'est donc à cette première partie surtout qu'il faut s'attacher. Or la loi dit que le retard de donner caution ne prive pas l'usufruitier des fruits *auxquels il peut avoir droit*.

§ II. *Des obligations de l'usufruitier pendant la durée de sa jouissance.*

1369. Les obligations assez nombreuses, que la loi impose à l'usufruitier pendant la durée de sa jouissance, peuvent toutes se rattacher à l'obligation de *jouir en bon père de famille*. Ainsi la loi impose à l'usufruitier l'obligation d'entretenir la chose en bon état, parce que c'est ainsi que doit agir un bon père de famille; de même elle lui impose l'obligation de supporter les contributions et autres charges annuelles du fonds grevé d'usufruit, parce qu'un bon père de famille prélève ces charges, non sur son capital mais sur le revenu du fonds; or l'usufruitier absorbe tout ce revenu. Aussi la loi, quand elle veut exprimer cette idée que l'usufruitier doit fournir une caution qui garantisse l'exécution de toutes les obligations dont il est tenu envers le propriétaire pen-

dant la durée de sa jouissance, nous dit-elle, condensant sa pensée dans un mot, que l'usufruitier doit donner caution « de *jouir en bon père de famille* » (art. 601).

* L'usufruitier étant tenu de jouir en bon père de famille, on doit en conclure qu'il est responsable à l'égard du nu propriétaire de la *culpa levis in abstracto*, c'est-à-dire de la faute que ne commet pas un bon père de famille. D'ailleurs c'est le droit commun. Cpr. art. 1137.

1370. Il nous faut maintenant étudier successivement les diverses obligations secondaires, dans lesquelles se décompose l'obligation de jouir en bon père de famille. En voici d'abord l'énumération. L'usufruitier doit 1° faire les réparations d'entretien; 2° supporter les charges annuelles du fonds grevé d'usufruit; 3° contribuer dans une certaine mesure aux charges qui sont établies sur la propriété pendant la durée de l'usufruit; 4° participer au paiement des dettes qui grevaient le patrimoine du constituant ou qui formaient des charges de son hérédité; 5° contribuer aux frais des procès concernant la jouissance; 6° dénoncer au propriétaire les usurpations qui seraient commises pendant la durée de sa jouissance sur le fonds grevé d'usufruit.

1. *L'usufruitier doit entretenir la chose en bon état.*

1371. Pour satisfaire à cette première obligation, l'usufruitier doit faire les réparations dites *d'entretien*. On oppose les réparations d'entretien aux grosses réparations. Les premières sont une charge de la jouissance, un bon père de famille ayant l'habitude de prélever sur le revenu de la chose, les sommes nécessaires pour effectuer ces réparations : voilà pourquoi la loi les met à la charge de l'usufruitier, qui, ayant la jouissance active, doit naturellement supporter la jouissance passive. Les autres sont charge de la propriété, et demeurent par conséquent au compte du propriétaire, qui les exécute ordinairement aux dépens de son capital. C'est ce qui résulte de l'art. 605, ainsi conçu : « *L'usufruitier n'est tenu qu'aux réparations d'entretien. — Les grosses réparations demeurent à la charge du propriétaire, à moins qu'elles n'aient été occasionnées par le défaut de réparations d'entretien, depuis l'ouverture de l'usufruit; auquel cas l'usufruitier en est aussi tenu* ».

Ainsi donc l'usufruitier est tenu des réparations d'entretien; il n'est pas tenu des grosses réparations. La loi formule ce double principe dans les termes les plus généraux, et il est applicable par conséquent quelle que soit la nature de la chose grevée d'usufruit, pourvu, bien entendu, qu'elle soit susceptible de réparations.

1372. Reste à savoir quelles réparations doivent être considérées comme *d'entretien*, quelles autres comme *grosses*. Ce point est capital, puisque, suivant que telle réparation appartiendra à la première ou à la seconde catégorie, elle sera à la charge de l'usufruitier ou à celle du propriétaire. La loi ne s'est expliquée sur ce point que pour un seul cas, celui d'un usufruit portant sur un bâtiment. Aux termes de l'art. 606 : « *Les grosses réparations* » sont celles des gros murs et des voûtes, le rétablissement des poutres et des couvertures entières; — Celui des digues et des murs de soutènement et de clôture aussi en entier. — Toutes les autres réparations sont d'entretien ».

= *Des gros murs*. La loi ne dit pas, comme le faisait l'art. 262 de la coutume de Paris, auquel notre article a été emprunté, « des quatre gros murs ». Il en résulte qu'on doit considérer comme grosses, non seulement les réparations des quatre murs qui forment la cage du bâtiment, mais aussi celles des murs dits de *refend*, c'est-à-dire des murs intérieurs, qui, partant des fondations de l'édifice, s'élèvent jusqu'à son sommet.

Au surplus, toute réparation à faire aux gros murs n'est pas une grosse réparation; il faut qu'il s'agisse d'une réfection totale ou partielle. Ainsi un simple recrépissage serait une réparation d'entretien (*modica refectio*).

= *Le rétablissement des poutres et des couvertures entières*. Le mot *entières* ne se rapporte qu'aux couvertures, et non aux poutres. On n'en peut guère douter, quand on compare notre texte avec l'art. 262 de la coutume de Paris, qui lui a servi de patron et qui portait *entières toitures*. C'est pour rajeunir le style, mais non pour changer l'idée, que notre législateur a dit *couvertures entières*. De là il résulte que le rétablissement d'une seule poutre constituerait une grosse réparation, et on devrait considérer comme poutres même les grosses pièces de bois de la charpente, bien qu'on ne les désigne pas ordinairement sous ce nom. *Secus* des solives ou chevrons.

Si une partie seulement de la toiture était à refaire, même en entier, par exemple à la suite d'un accident, tel qu'un ouragan ou la chute d'une cheminée, la réparation serait d'entretien.

= *Celui des digues et des murs de soutènement et de clôture aussi en entier*. — En ce qui concerne les murs de clôture, nous estimons qu'ils sont à rétablir en entier *hoc sensu*, lorsqu'ils sont à refaire dans toute leur hauteur, fût-ce sur une partie seulement de leur périphérie. Les murs de clôture peuvent avoir plusieurs kilomètres de développement, et il n'arrivera guère en pareil cas que le mur ait besoin d'être rétabli à un moment donné dans toute sa longueur.

Telles sont les grosses réparations en ce qui regarde les bâtiments. La loi en donne une liste limitative; toutes les autres sont donc d'entretien, notamment le curage des puits et des fosses d'aisances, le rétablissement des portes, des fenêtres, des parquets, des planchers, des plafonds, etc.

1373. Maintenant, si l'usufruit porte sur une chose autre qu'un bâtiment, par exemple sur une usine, un navire ou une machine, quelle règle faudra-t-il suivre pour savoir si telle réparation est ou non d'entretien, et doit par suite être à la charge de l'usufruitier ou du propriétaire? A défaut d'une disposition expresse de la loi, l'interprète doit se laisser guider par l'analogie des dispositions que nous venons d'analyser. D'après ce principe, on doit considérer comme grosses réparations celles qui consistent dans la

réfection ou rétablissement d'une partie importante de la chose, et qui sont faites par conséquent, comme le disait l'avocat général de Lamoignon, *ad perpetuam rei utilitatem*; elles sont rares et font époque dans l'histoire de la propriété. Tandis qu'on devrait considérer comme étant de simple entretien les réparations périodiques, peu coûteuses en général, superficielles le plus souvent, qui ont pour objet de maintenir la chose dans son état primitif sans la transformer.

1374. L'usufruitier n'est tenu que des réparations d'entretien qui sont une charge de sa jouissance, par conséquent il n'est pas obligé d'exécuter les réparations dont le besoin s'était déjà fait sentir à l'époque de l'ouverture de l'usufruit; elles sont en effet une charge de la jouissance antérieure. Faut-il dire alors que le nu propriétaire sera tenu de les faire? Non, car il n'est pas obligé de faire jouir l'usufruitier. D'ailleurs l'art. 600 dit que l'usufruitier prend les choses *dans l'état où elles sont*, donc en mauvais état si elles sont telles. C'était la décision de Pothier.

1375. Les réparations d'entretien sont une charge de l'usufruit plutôt qu'une obligation de l'usufruitier. De là il suit que l'usufruitier pourrait s'en exonérer en faisant l'abandon de son droit d'usufruit. Et toutefois il ne se libérerait ainsi que des réparations qui sont une charge de la jouissance à laquelle il renonce, mais non de celles qui sont une charge de sa jouissance antérieure, c'est-à-dire de celles dont le besoin s'était déjà fait sentir au moment de l'abandon. Il paraît même fort douteux que l'usufruitier puisse, conformément à l'opinion générale, se libérer de ces dernières en offrant la restitution de tous les fruits qu'il a antérieurement perçus. D'abord cette restitution pourrait ne pas représenter l'équivalent exact de la jouissance de l'usufruitier; car la jouissance ne comprend pas seulement le *fructus*, mais aussi l'*usus*. Et puis l'usufruitier est tenu d'une véritable obligation quant aux réparations correspondant à sa jouissance passée. Ce qui était auparavant une charge de l'usufruit est devenu désormais une obligation de l'usufruitier, obligation qui a sa source dans la loi; il ne doit pas dépendre de lui de s'y soustraire. *Nemo potest proprio facto se ab obligatione liberare.*

1376. L'usufruitier n'est tenu que des réparations d'entretien. « Les grosses réparations », dit l'art. 605 al. 2, « demeurent à la charge du propriétaire ». S'ensuit-il que le nu propriétaire soit obligé de les faire? On l'a prétendu, mais à tort selon nous. Cette solution tout d'abord semble impossible à justifier relativement aux grosses réparations qui étaient nécessaires lors de l'ouverture de l'usufruit; car l'art. 600 dit que l'usufruitier « prend les choses *dans l'état où elles sont* ». Et maintenant, si le propriétaire n'est pas tenu de faire les grosses réparations dont le besoin s'était fait sentir lors de l'ouverture de l'usufruit, comment pourrait-il être tenu de faire celles qui deviennent nécessaires pendant son cours? L'art. 605 dit, il est vrai, que ces réparations *demeurent à la charge du propriétaire*, mais par là il entend simplement exprimer cette pensée que l'usufruit ne change rien à la situation du propriétaire en ce qui concerne les grosses réparations: après comme avant, il faudra qu'il les fasse, s'il veut qu'elles soient faites; car l'usufruitier n'en est pas tenu; mais après comme avant aussi il est libre de ne pas les faire. Cette solution, qui est celle du droit romain, était admise dans notre ancien droit par la majorité des auteurs; c'est la seule qui soit conforme aux principes de la matière. Le propriétaire n'est pas tenu de faire jouir l'usufruitier, mais seulement de le laisser jouir, *tenetur in non faciendo, non in faciendo*. C'est violer ce principe que d'obliger le propriétaire à faire les grosses réparations. Cpr. Alger, 29 mai 1886, s. cass., S., 89. 1. 217, D., 91. 1. 413.

On objecte qu'aux termes de l'art. 607 : « *Ni le propriétaire, ni l'usufruitier, ne sont » tenus de rebâtir ce qui est tombé de vétusté, ou ce qui a été détruit par cas fortuit* ». Cet article, dit-on, est complètement inutile dans l'opinion suivant laquelle le nu propriétaire n'est pas tenu de faire les grosses réparations. Tel n'est pas notre avis. La reconstruction d'un bâtiment tombé de vétusté n'est pas une grosse réparation : on ne répare pas une chose qui est détruite. L'article signifie : Le nu propriétaire et l'usufruitier, qui ne sont pas tenus des grosses réparations, ne sont pas tenus non plus des réfections totales ou reconstructions, et il ne fait guère ainsi que traduire ce passage de la loi 7 § 2 D. *De usuf. et quem.*, VII, I : *si qua tamen vetustate corruissent, neutrum cogi reficere*. En tout cas, mieux vaut encore prêter au législateur une disposition inutile qu'une disposition contraire aux principes.

Remarquons en terminant que l'art. 607 n'est pas relatif au cas d'un usufruit portant exclusivement sur un bâtiment (car alors la perte totale de ce bâtiment par l'une des causes qu'indique l'article aurait pour conséquence l'extinction de l'usufruit), mais bien au cas où l'usufruit porte sur un domaine comprenant un bâtiment qui tombe de vétusté ou périt par cas fortuit.

1377. Résumé. En résumé, l'usufruitier n'est tenu que des réparations d'entretien, dont le besoin se fait sentir pendant la durée de sa jouissance. Quant aux autres réparations quelles qu'elles soient, ni le propriétaire ni l'usufruitier ne sont tenus de les faire; elles demeurent à la charge du propriétaire, en ce sens que la situation du propriétaire relativement à ces réparations continue d'être pendant l'usufruit ce qu'elle était auparavant; il aura donc le droit de faire ou de ne pas faire ces réparations, sauf à voir la chose périr s'il ne les fait pas. — D'ailleurs le titre constitutif de l'usufruit pourrait déroger à ces principes, soit en mettant les réparations d'entretien à la charge du nu propriétaire, soit en mettant les grosses réparations à la charge de l'usufruitier. D'un autre côté, l'usufruitier serait tenu des grosses réparations qui seraient occasionnées par le défaut de réparations d'entretien depuis l'ouverture de l'usufruit (art. 605), et généralement de toutes les grosses réparations qui seraient devenues nécessaires par sa faute.

2. *L'usufruitier doit supporter toutes les charges imposées sur le revenu du bien soumis à l'usufruit.*

1378. « *L'usufruitier est tenu, pendant sa jouissance, de toutes » les charges annuelles de l'héritage, telles que les contributions et » autres qui dans l'usage sont censées charges des fruits* » (art. 608).

= *Telles que les contributions.* L'usufruitier est personnellement débiteur envers l'Etat des contributions dues à raison du fonds grevé d'usufruit (contribution foncière, contribution des portes et fenêtres). Aussi est-ce son nom qui doit figurer sur les rôles, et non celui du propriétaire. Il en est autrement du fermier, qui ne peut être tenu de payer les contributions qu'en vertu d'une clause du bail : cette clause le rend débiteur des contributions envers le propriétaire, et non envers l'Etat; aussi est-ce le nom du propriétaire qui figure alors sur les rôles, et le fermier paie pour le compte de celui-ci.

= *Et autres qui sont censées charges des fruits.* Telles sont les dépenses relatives au passage des troupes, à la réparation des chemins, au curage des cours d'eau non navigables (L. 14 floréal an XI)...

Le plus souvent les charges qui sont imposées sur le revenu sont *annuelles*, et c'est pour cela que la loi, statuant *de eo quod plerumque fit*, les désigne ici sous ce nom. Mais l'usufruitier devrait les supporter, alors même qu'elles n'auraient pas ce caractère, comme il arriverait pour les frais du curage d'un cours d'eau non navigable qui borde ou traverse le fonds grevé d'usufruit.

Les contributions et autres charges qui leur sont assimilées, constituent des fruits civils passifs dont l'usufruitier devient débiteur jour par jour, de même qu'il acquiert jour par jour les fruits

civils actifs. C'est ce qui résulte par argument de ces mots *pendant la durée de sa jouissance*, qui signifient : proportionnellement à cette durée.

3. *L'usufruitier doit contribuer avec le propriétaire aux charges qui sont établies sur la propriété pendant la durée de l'usufruit.*

1379. Comme exemple de ces charges on peut citer un emprunt forcé, une contribution de guerre prélevée par une armée ennemie en cas d'invasion (c'est une rançon imposée à la propriété), l'indemnité due aux entrepreneurs pour prix de dessèchements de marais insalubres, ordonnés par le gouvernement (L. 16 sept. 1807). Ces charges et autres semblables, par cela seul qu'elles sont imposées à la propriété, doivent nécessairement nuire au nu propriétaire et à l'usufruitier, puisqu'ils ont l'un et l'autre une partie de la propriété, l'usufruit étant *pars quædam dominii*.

Reste à savoir comment ces charges seront réparties entre le propriétaire et l'usufruitier, ou en d'autres termes dans quelles proportions chacun devra *y contribuer*. L'usufruitier en supportera pendant la durée de l'usufruit la jouissance passive (représentée par les intérêts du capital qu'il faut sacrifier pour acquitter la charge); c'est la contre-partie de son droit de jouissance active. Le surplus sera au compte du propriétaire. Maintenant l'art. 609 indique un double moyen pour arriver, au point de vue pratique, à cette contribution ou répartition : « *A l'égard des charges qui peuvent être imposées sur la propriété pendant la durée de l'usufruit, l'usufruitier et le propriétaire y contribuent ainsi qu'il suit : — Le propriétaire est obligé de les payer et l'usufruitier doit lui tenir compte des intérêts. — Si elles sont avancées par l'usufruitier, il a la répétition du capital [sans intérêts] à la fin de l'usufruit* ».

Sur quoi trois observations :

a. Le nu propriétaire seul est *obligé* de payer les charges dont il s'agit : l'avance dont parle notre article est facultative pour l'usufruitier.

b. Le nu propriétaire étant seul débiteur, les biens de l'usufruitier ne pourront pas être saisis pour le paiement de la charge. L'usufruitier pourrait donc s'opposer à ce qu'une partie de la pleine propriété fût vendue; car on vendrait ainsi son bien (son usufruit) pour le paiement d'une dette qui n'est pas la sienne. La nue propriété seule pourra être saisie et vendue. Et toutefois l'art. 612 fait naître des doutes sérieux sur l'exactitude de cette solution.

c. L'usufruitier ne serait pas obligé de contribuer aux charges qui auraient été imposées à la propriété avant l'ouverture de l'usufruit (arg. des mots *pendant la durée de l'usufruit*).

4. *L'usufruitier universel ou à titre universel doit supporter, pendant toute la durée de l'usufruit et proportionnellement à l'importance de son droit, les revenus passifs du patrimoine sur lequel porte son droit de jouissance. — Cette charge n'est imposée en aucun cas à l'usufruitier à titre particulier.*

1380. L'usufruit *universel* ou à titre universel est celui qui porte sur le patrimoine considéré comme universalité, *universum patrimonium, universæ res*. Ainsi un testateur a légué l'usufruit de tous ses biens, c'est un *usufruit universel*. S'il a légué l'usufruit d'une partie aliquote de son patrimoine, comme la moitié ou le tiers, nous sommes en présence d'un usufruit à *titre universel*, et il en est de même si l'usufruit légué porte sur tous les immeubles du testateur, ou sur tous ses meubles, ou sur une quote-part de ses immeubles ou de ses meubles (arg. art. 1010). Tout autre usufruit est à *titre particulier*, par exemple l'usufruit d'un immeuble déterminé, d'une somme d'argent...

Cela posé, l'usufruitier universel ou à titre universel doit supporter, proportionnellement à l'importance de son droit, les revenus passifs du patrimoine sur lequel porte son usufruit. Ainsi un testateur a légué l'usufruit de tous ses biens à Paul (c'est un cas d'usufruit universel, comme on vient de le voir); il laisse à sa mort un patrimoine de 100,000 fr., et il se trouve débiteur d'une rente perpétuelle dont les arrérages sont de mille francs par an. Paul, qui va jouir de tous les biens du défunt, paiera pendant toute la durée de son usufruit les arrérages de la rente. Ce sont des revenus passifs; ils doivent tout naturellement être à la charge de celui qui recueille tous les revenus actifs. Si Paul, au lieu d'être légataire de l'usufruit de tous les biens n'est légataire que de l'usufruit de la moitié, auquel cas il est usufruitier à *titre universel*, il devra payer pendant toute la durée de l'usufruit les arrérages de la rente pour la moitié.

Au contraire, l'usufruitier à titre particulier demeure complètement étranger aux dettes, qui grèvent le patrimoine dont fait partie le bien soumis à l'usufruit. Ainsi un testateur a légué l'usufruit de sa maison ou bien encore l'usufruit d'une somme de 20,000 fr. Le légataire ne supportera pour aucune part, même quant aux intérêts, les dettes de la succession du testateur.

La double proposition, que nous venons de formuler, est sous-entendue dans les art. 610 à 612 qui en contiennent des applications. Elle n'est d'ailleurs qu'une conséquence de la règle *Æs alienum universi patrimonii, non certarum rerum, onus est*, qui signifie que les dettes sont une charge du patrimoine considéré comme univer-

salité (*universum patrimonium, universæ res*), mais non des objets particuliers qui le composent (*certæ res*). De là il résulte que les dettes doivent être supportées par ceux qui recueillent le patrimoine, qui succèdent à l'universalité en tout ou en partie, par les successeurs *universels* ou à titre *universel*, comme on dit, et non pas les successeurs à titre *particulier*, c'est-à-dire par ceux qui succèdent à des objets particuliers dépendant du patrimoine, *certæ res*. La loi, qui fait ailleurs l'application de cette règle à ceux qui recueillent le patrimoine en propriété, l'applique ici à ceux qui le recueillent en jouissance seulement. Et logiquement il devait en être ainsi. Le droit de l'usufruitier universel ou à titre universel porte sur l'universalité juridique qui constitue le patrimoine, c'est-à-dire sur les biens diminués des dettes : *non sunt bona nisi deducto ære alieno*. L'usufruitier universel ou à titre universel ne doit donc pas demeurer étranger aux dettes; autrement il jouirait de plus que ne comprend le patrimoine ou la portion de patrimoine sur laquelle porte son droit.

* D'ailleurs les parties majeures et maîtresses de leurs droits peuvent déroger aux dispositions de la loi sur ce point, et leurs conventions à cet égard sont souverainement interprétées par le juge du fait. Cass., 20 oct. 1890, D., 91. 1. 271.

Entrons maintenant dans les détails, et parcourons les diverses applications que la loi a faites des principes qui viennent d'être exposés, soit à l'usufruitier universel ou à titre universel, soit à l'usufruitier à titre particulier.

A. Usufruitier universel ou à titre universel.

1381. Nous répétons que l'usufruitier universel supporte *pour le tout* les revenus passifs du patrimoine dont il a l'usufruit, et l'usufruitier à titre universel *proportionnellement à l'importance de son droit*. Nous trouvons deux applications de ce principe dans les art. 610 et 612.

1382. PREMIÈRE APPLICATION. « *Le legs fait par un testateur d'une rente viagère ou pension alimentaire, doit être acquitté par le légataire universel de l'usufruit dans son intégrité, et par le légataire à titre universel de l'usufruit dans la proportion de sa jouissance, sans aucune répétition de leur part* » (art. 610) (1).

Un testateur a légué à Pierre l'usufruit de tous ses biens, et à Paul une rente viagère de 1,000 fr. ou une pension alimentaire de pareille somme. Pierre, usufruitier universel, paiera, pendant toute la durée de son usufruit, les arrérages de la rente ou de la pension, sans pouvoir exercer aucune répétition de ce chef contre le nu propriétaire. Il les paierait pour la moitié ou pour le tiers, s'il n'était légataire que de l'usufruit de la moitié ou du tiers des biens. En effet les arrérages d'une rente viagère ou d'une pension alimentaire sont des revenus passifs, qui doivent venir en déduction des revenus actifs et proportionnellement à la part pour laquelle ils les recueillent. — Notre article, qui considère les arrérages des rentes viagères passives comme des revenus passifs, des fruits civils passifs,

(1) La loi appelle à tort légataire *universel* celui auquel a été fait un legs d'usufruit portant sur l'universalité des biens du testateur, et légataire à titre *universel* celui auquel a été légué l'usufruit d'une quote-part de cette même universalité. On verra sous l'art. 1010 que tout legs d'un usufruit même universel est à titre *particulier*. L'art. 612 s'exprime en termes plus exacts, quand il parle d'un usufruitier universel ou à titre universel, qualifiant ainsi l'usufruitier et non le legs qui lui est fait.

est la contre-partie de l'art. 588, qui considère les arrérages des rentes viagères actives comme des revenus actifs.

* Par application de l'art. 610, la cour de cassation a jugé avec raison qu'un mari, donataire par contrat de mariage d'une rente viagère de 15,000 fr. et légataire de l'usufruit du quart des biens de sa femme, doit en cette dernière qualité supporter le paiement du quart des arrérages de la rente viagère qui se trouve ainsi éteinte par confusion pour un quart. Cass., 14 août 1889, S., 91. 1. 372.

1383. SECONDE APPLICATION. — Elle est contenue dans l'art. 612, qui règle la portion contributive de l'usufruitier universel ou à titre universel dans les dettes *exigibles* dont est grevé le patrimoine soumis à son droit d'usufruit. Ce règlement est un peu plus compliqué que celui des dettes non exigibles, dont nous venons de parler.

Avant de donner le texte de l'art. 612, qui serait difficilement compris sans quelques explications préalables, prenons une espèce qui permettra de mieux saisir l'application qu'il formule. Un testateur a légué l'usufruit de tous ses biens; il laisse 100,000 fr. d'actif et 20,000 fr. de passif. La jouissance active de l'usufruitier s'appliquant à tous les biens, il doit, comme contre-partie, supporter la jouissance passive de toutes les dettes. Pour arriver à ce résultat, on aperçoit trois moyens.

Premier moyen. L'usufruitier fera de ses deniers l'avance de la somme de 20,000 fr., nécessaire au paiement des dettes, et ce capital lui sera remboursé sans intérêts par le propriétaire à la fin de l'usufruit; de telle sorte que, en déduisant le capital dont l'usufruitier se prive momentanément, et dont il supporte par conséquent la jouissance passive, du capital dont il conserve la jouissance active, on trouve qu'en définitive il lui reste la jouissance nette d'un capital de 80,000 fr. (100,000 — 20,000 = 80,000) : ce qui est très juste, car autrement l'usufruitier jouirait de plus que n'a laissé le défunt, puisque celui-ci ne possédait que 80,000 fr. d'actif net.

Deuxième moyen. Le propriétaire paiera les dettes, et l'usufruitier lui servira pendant toute la durée de l'usufruit les intérêts de la somme de 20,000 fr. qui en représente le montant : ce qui revient au même que de priver l'usufruitier, comme dans l'hypothèse précédente, d'un capital de 20,000 fr., dont il fait l'avance et dont il est remboursé sans intérêts à la fin de l'usufruit. On conçoit en effet que si l'usufruitier possède personnellement un capital de 20,000 fr., c'est la même chose pour lui de placer ce capital à 5 % et de payer chaque année au propriétaire pendant toute la durée de l'usufruit les 1,000 fr. d'intérêts qu'il retirera de ce placement, ou de sacrifier ce capital pour payer les dettes et de n'en être remboursé qu'à la fin de l'usufruit sans intérêts.

Troisième moyen. On emploiera jusqu'à due concurrence les biens soumis au droit d'usufruit, ou leur prix, pour payer les dettes; il restera 80,000 fr. dont l'usufruitier jouira pendant toute la durée de l'usufruit. Ce qui revient quant au résultat final au même que les deux premiers procédés.

Modifions un peu l'espèce précédente. Comme tout à l'heure, le testateur laisse un actif de 100,000 fr. et un passif de 20,000 fr., mais il a légué seulement l'usufruit de tous ses immeubles : ce qui est un cas particulier d'usufruit à titre universel. Par hypothèse, les immeubles de la succession valent 50,000 fr., et les meubles par conséquent par mille somme. Les immeubles grevés d'usufruit représentent donc en valeur la moitié des biens de la succession, et le cas est le même que si le testateur avait légué l'usufruit de la moitié de ses biens. Par suite l'usufruitier devra, pendant toute la durée de son usufruit, supporter la jouissance passive de la moitié des dettes, égale à 10,000 fr., résultat que l'on obtiendra à l'aide de l'un des trois moyens indiqués tout à l'heure. Il faudrait répéter tout ce que nous venons de dire, en abaissant tous les chiffres de moitié.

On va comprendre maintenant l'art. 612, dont la rédaction est défectueuse à plus d'un point de vue. « *L'usufruitier, ou universel, ou à titre universel, doit contribuer avec le propriétaire au paiement des dettes, ainsi qu'il suit : — On estime la valeur du fonds sujet à usufruit; on fixe ensuite la contribution aux dettes à raison de cette valeur. — Si l'usufruitier veut avancer la somme pour laquelle le fonds doit contribuer, le capital lui en est restitué à la fin de l'usufruit, sans aucun intérêt. Si l'usufruitier ne veut pas faire cette avance, le propriétaire a le choix, ou de payer cette somme, et, dans ce*

» cas, l'usufruitier lui tient compte des intérêts pendant la durée de l'usufruit, ou de
 » faire vendre jusqu'à due concurrence une portion des biens soumis à l'usufruit ».

Notre article s'exprime en termes fort inexacts, quand, voulant indiquer comment se détermine la part contributive de l'usufruitier dans les dettes, il nous dit dans son alinéa 2 : « On estime la valeur du fonds sujet à usufruit; on fixe ensuite la contribution aux dettes à raison de cette valeur ».

D'abord les mots du *fonds sujet à usufruit* semblent faire allusion au cas où l'usufruit porterait sur un fonds déterminé, ce qui serait le cas d'un usufruit à titre particulier, tandis qu'il s'agit d'un usufruit universel ou à titre universel. A moins qu'on ne dise, avec Demante, que le mot *fonds* n'est pas ici la traduction du mot *fundus*, mais qu'il désigne la masse des biens sur laquelle l'usufruit s'établit.

Ensuite l'estimation dont parle notre texte ne sera pas nécessaire, comme il paraît le dire, dans toutes les hypothèses. Elle sera toujours inutile au cas d'usufruit universel; et au cas d'usufruit à titre universel, elle le sera également si l'usufruit porte sur une partie aliquote des biens, telle qu'un tiers, un quart. Il n'y aura lieu de procéder à une estimation que lorsque l'usufruit portera sur tous les immeubles ou sur tous les meubles ou sur une quote-part des uns ou des autres, et alors l'estimation ne devra pas porter seulement, comme le dit notre article, sur le fonds sujet à usufruit, mais aussi sur tous les autres biens du patrimoine, ainsi qu'on l'a vu tout à l'heure, afin de pouvoir comparer la valeur des biens grevés d'usufruit à la valeur de la masse totale qui compose l'universalité. Cette opération s'appelle une *ventilation*. — Voilà presque autant d'inexactitudes que de mots.

* **1384.** Les règles qui viennent d'être établies s'appliquent à tout usufruit universel ou à titre universel (arg. de ces mots de l'art. 612 : « l'usufruitier universel ou à titre universel »). Elles reçoivent donc leur application :

1° Au légataire d'usufruit universel ou à titre universel. C'est à cette hypothèse que nous avons emprunté les exemples fournis au numéro précédent ;

2° A celui auquel un usufruit universel ou à titre universel a été donné par institution contractuelle (art. 1082) ;

3° A l'héritier qui ne conserve que l'usufruit des biens de la succession, parce que le défunt en a légué la nue propriété ;

4° Au père et à la mère ayant la jouissance légale de l'art. 384 ;

5° A l'usufruit légal de l'art. 754.

6° A l'usufruit du conjoint survivant (nouvel art. 767, loi du 9 mars 1891).

B. Usufruitier à titre particulier.

1385. Nous savons que l'usufruitier à titre particulier ne doit jamais contribuer aux dettes ni pour le capital, ni pour les intérêts. Ce principe s'applique même quant aux dettes hypothéquées sur le fonds soumis au droit d'usufruit. Toutefois il pourra arriver que l'usufruitier soit en pareil cas forcé de payer la dette hypothécaire pour conserver la possession de l'immeuble; car l'hypothèque est armée d'un droit de suite, qui permet au créancier de saisir l'immeuble et de le faire vendre, quel qu'en soit le détenteur. Le seul moyen pour celui-ci d'échapper à l'expropriation est de payer; mais alors il aura son recours contre qui de droit. C'est ce que dit l'art. 611, ainsi conçu : « *L'usufruitier à titre particulier n'est pas tenu des dettes auxquelles le fonds est hypothéqué : s'il est forcé de les payer, il a son recours contre le propriétaire, sauf ce qui est dit à l'article 1020 au titre des Donations entre-vifs et des Testaments* ».

* = *Contre le propriétaire.* Ce recours pourra avoir lieu immédiatement, si, comme il arrivera le plus souvent, le nu propriétaire est débiteur personnel de la dette. S'il ne l'est pas, ce qui arriverait au cas où l'immeuble aurait été hypothéqué pour la dette d'autrui, l'usufruitier n'a fait l'affaire du nu propriétaire que quant à la nue propriété, qu'il a soustraite à l'expropriation. Mais il pourrait recourir immédiatement contre le débiteur de la dette.

* = *Sauf ce qui sera dit à l'article 1020.* Ce renvoi, qui était inutile, signifie que le nu propriétaire n'est pas tenu de dégager l'immeuble, soumis au droit d'usufruit, de

l'hypothèque qui le grève, à moins qu'il n'en ait été chargé par une disposition expresse du testateur.

5. *L'usufruitier doit contribuer aux frais des procès concernant la jouissance.*

1386. « *L'usufruitier n'est tenu que des frais des procès qui concernent la jouissance, et des autres condamnations auxquelles ces procès pourraient donner lieu* » (art. 613).

Les procès, qui ne concernent que la nue propriété n'intéressent pas l'usufruitier; il ne devra donc jamais contribuer aux frais de ces procès. Ceux relatifs à la jouissance l'intéressent exclusivement; par conséquent il devra seul en supporter les frais. Quant aux procès qui concernent la pleine propriété, ils intéressent à la fois le nu propriétaire et l'usufruitier, et les frais qu'ils occasionnent doivent en principe être répartis entre eux comme il a été dit sous l'art. 609, c'est-à-dire que le propriétaire les supportera pour le capital, et l'usufruitier pour les intérêts pendant la durée de l'usufruit.

6. *L'usufruitier doit dénoncer au propriétaire les usurpations qui pourraient porter atteinte à son droit.*

1387. « *Si, pendant la durée de l'usufruit, un tiers commet quelque usurpation sur le fonds ou attente autrement aux droits du propriétaire, l'usufruitier est tenu de le dénoncer à celui-ci : faute de ce, il est responsable de tout le dommage qui peut en résulter pour le propriétaire, comme il le serait de dégradations commises par lui-même* » (art. 614).

Le nu propriétaire, n'étant pas sur les lieux, peut ignorer les usurpations commises sur son fonds. Voilà pourquoi la loi oblige l'usufruitier à les lui dénoncer, le constituant ainsi gardien de la chose dans l'intérêt du nu propriétaire.

§ III. *Des obligations imposées à l'usufruitier quand l'usufruit prend fin.*

1388. Quand l'usufruit a pris fin, l'usufruitier est tenu de l'obligation de restituer la chose au nu propriétaire. Cette obligation dérive de la loi, ou de la convention des parties au cas d'usufruit conventionnel. Sauf l'hypothèse du quasi-usufruit, l'usufruitier doit restituer la chose même qu'il a reçue. Il est donc débiteur d'un corps certain. D'où il suit notamment que l'usufruitier sera dispensé de toute restitution si la chose a péri par cas fortuit. *Debitor rei certæ rei interitu liberatur* (art. 1302). L'usufruitier doit prouver le cas fortuit qu'il allègue à l'appui de sa libération. Arg. art.

1315. Cass., 4 juillet 1887, D., 87. 1. 321, S., 87. 1. 465 et la note. Cpr. *infra* n. 1396.

La chose doit être restituée dans l'état où elle a été reçue. Et toutefois, ici encore, l'usufruitier ne serait pas responsable des détériorations qu'il prouverait être le résultat d'un cas fortuit, *nemo præstat casus fortuitos*, mais seulement de celles qui auraient été occasionnées par sa faute ou son fait.

Nous trouvons une double application de ces principes dans les art. 615 et 616.

PREMIÈRE APPLICATION. « Si l'usufruit n'est établi que sur un animal » qui vient à périr sans la faute de l'usufruitier, celui-ci n'est pas » tenu d'en rendre un autre, ni d'en payer l'estimation (art. 615).

Mais le propriétaire a droit à la dépouille de l'animal, si elle a quelque valeur. L'usufruitier ne pourrait pas prétendre qu'il a le droit d'en jouir jusqu'à la cessation de l'usufruit; car, la substance de la chose étant périée, l'usufruit est éteint (art. 617 al. 6). Par où l'on voit que le droit de propriété est plus résistant que le droit d'usufruit. Le propriétaire peut dire : *Quod ex re mea superest meum est*; tandis que l'usufruitier ne peut élever aucune prétention sur les débris de la chose, quand elle est périée.

DEUXIÈME APPLICATION. « Si le troupeau sur lequel un usufruit a été » établi, périt entièrement par accident ou par maladie, et sans la » faute de l'usufruitier, celui-ci n'est tenu envers le propriétaire » que de lui rendre compte des cuirs ou de leur valeur. — Si le » troupeau ne périt pas entièrement, l'usufruitier est tenu de rem- » placer jusqu'à concurrence du croît, les têtes des animaux qui ont » péri » (art. 616).

Quand le troupeau périt partiellement par accident ou par maladie, le droit de l'usufruitier subsiste sur ce qui en reste, le troupeau fût-il réduit à deux ou trois têtes, contrairement à ce que décidait la loi romaine. Cpr. art. 623. Mais alors l'usufruitier est tenu de remplacer les têtes des animaux qui ont péri, *jusqu'à concurrence du croît*.

La loi entend vraisemblablement parler du croît futur, c'est-à-dire des nouvelles têtes qui naîtront après l'accident, et non du croît qui a été antérieurement perçu et probablement consommé par l'usufruitier. En effet, tout d'abord, le mot *croît* désigne ce dont le troupeau s'accroîtra plutôt que ce dont il s'est accru. Et puis, en ce qui concerne les têtes perçues par l'usufruitier, et dont il a disposé, ainsi qu'il en avait le droit puisqu'elles étaient *in fructu*, il ne pourrait être question d'employer que leur prix à la reconstitution du troupeau; or la loi ne dit pas : jusqu'à concurrence du prix du croît, ou de la valeur du croît, mais bien : « jusqu'à concurrence du croît ». Il y a toutefois controverse sur ce point.

SECTION III

COMMENT L'USUFRUIT PREND FIN

1389. La nue propriété serait un titre sans valeur, si l'usufruit devait durer indéfiniment, car il absorbe toute l'utilité de la chose. Il fallait donc limiter la durée de l'usufruit. Pour cela on aurait pu songer à lui assigner un nombre d'années fixe, comme on l'a fait pour les personnes morales (art. 619). Mais notre législateur a préféré en mesurer la durée sur celle de la vie de l'usufruitier, parce que la plupart du temps l'usufruit est établi en considération de la personne de l'usufruitier et pour pourvoir aux besoins de sa propre existence.

Les art. 617, 618 et 622 énumèrent sept causes d'extinction de l'usufruit, que nous allons étudier successivement : 1° la mort de l'usufruitier ; 2° l'expiration du terme pour lequel l'usufruit a été accordé ; 3° la consolidation ; 4° le non-usage pendant trente ans ; 5° la perte totale de la chose sur laquelle l'usufruit est établi (art. 617) ; 6° l'abus de jouissance de l'usufruitier (art. 618) ; 7° la renonciation de l'usufruitier à son droit (arg. art. 622). Il y a lieu d'ajouter : 8° la résolution du droit du constituant ; 9° la prescription acquisitive.

1. *Mort de l'usufruitier.*

1390. Cette cause d'extinction, ainsi que les quatre suivantes, est prévue par l'art. 617, ainsi conçu : « *L'usufruit s'éteint, — Par la mort naturelle [et par la mort civile] de l'usufruitier ; — Par l'expiration du temps pour lequel il a été accordé ; — Par la consolidation ou la réunion sur la même tête, des deux qualités d'usufruitier et de propriétaire ; — Par le non-usage du droit pendant trente ans ; — Par la perte totale de la chose sur laquelle l'usufruit est établi* ».

La mort de l'usufruitier éteint l'usufruit, de quelque manière qu'elle survienne, fût-ce par un assassinat dont le nu propriétaire serait l'auteur, et à quelque époque qu'elle ait lieu, alors même que ce serait le lendemain du jour où l'usufruit a pris naissance, sans qu'il y ait lieu d'appliquer par analogie, au cas d'usufruit constitué à titre onéreux, l'art. 1975, qui contient une disposition d'exception écrite en vue des rentes viagères.

L'existence des personnes morales pouvant se prolonger indéfiniment (*supra* n. 106), la loi a dû assigner un terme à la durée de l'usufruit qui peut leur appartenir ; autrement la propriété grevée d'un semblable usufruit aurait pu devenir un droit illusoire. Aux

termes de l'art. 619 : « *L'usufruit qui n'est pas accordé à des particuliers ne dure que trente ans* ». En droit romain, une opinion très accréditée assignait à cet usufruit une durée de cent années, *quia is est finis vitæ longævi hominis*. Mais pourquoi donc prendre pour limite le terme le plus long de la vie humaine ? il paraît bien plus rationnel de s'en tenir au terme moyen. C'est sans doute cette idée qui a inspiré à notre législateur la fixation du délai de trente années.

La disposition de l'art. 619 ne doit pas être étendue aux rentes. Aucune limitation ne s'impose à la durée d'une rente établie au profit d'une personne morale. Rien ne s'oppose même à ce que la rente soit perpétuelle.

La combinaison de la règle qui limite à trente années l'usufruit établi au profit des personnes morales avec le principe que l'usufruit est susceptible de s'établir par la prescription de trente ans peut engendrer une conséquence singulière, à savoir qu'un usufruit s'éteint au moment même où il se trouve établi. Une personne morale, une commune par exemple, se prétend usufruitière d'un bien ; elle soutient avoir acquis l'usufruit par la prescription de trente ans. Son adversaire pourra lui répondre. Soit ! Mais vous reconnaissez par cela même que vous jouissez depuis trente ans, votre usufruit est donc éteint aux termes de l'art. 619.

Les personnes morales meurent difficilement ; mais cependant elles meurent quelquefois. On peut citer comme exemple le cas d'une congrégation religieuse qui se verrait retirer l'autorisation à laquelle elle doit son existence légale ; ce serait une *mort civile*, qui certainement aurait pour conséquence l'extinction de l'usufruit appartenant à la personne morale.

Si l'on admet que la volonté de l'homme ne peut pas faire survivre l'usufruit à l'usufruitier (*supra* n. 1307), il faut décider aussi que cette même volonté ne pourrait pas assigner à l'usufruit établi au profit d'une personne morale une durée plus longue que celle fixée par l'art. 619. *Eadem est ratio*.

2. Expiration du temps pour lequel l'usufruit a été établi.

1391. L'usufruit s'éteint « *par l'expiration du temps pour lequel il a été accordé* » (art. 617 al. 2). — Il s'agit d'un usufruit constitué *ad diem*, c'est-à-dire pour un certain temps, pour dix ans par exemple. Le terme fixé forme alors un *maximum*, que l'usufruit ne peut jamais dépasser, mais qu'il n'atteindra pas nécessairement ; car il peut prendre fin avant cette époque soit par la mort de l'usufruitier, soit par une autre cause d'extinction.

L'art. 620 prévoit un cas particulier d'usufruit constitué à terme, qui aurait pu donner lieu à des difficultés si la loi ne s'était pas expliquée : « *L'usufruit accordé jusqu'à ce qu'un tiers ait atteint un âge fixe, dure jusqu'à cette époque, encore que le tiers soit mort avant l'âge fixé* ». Un testateur a légué l'usufruit d'un immeuble à Pierre jusqu'à ce que Paul ait atteint l'âge de trente ans ; ce dernier a vingt ans au moment de l'ouverture du legs, c'est-à-dire de la mort du testateur. Ce sera comme si le testateur avait dit : Je lègue l'usufruit pour dix années. Il importera donc peu que Paul meure avant l'âge fixé : l'usufruit n'en durera pas moins jusqu'à l'époque où il aurait atteint cet âge s'il eût vécu. La loi suppose que le disposant *non ad vitam hominis respexit, sed ad certa temporum curricula*. Mais cette présomption tomberait devant une volonté contraire manifestée par le constituant. Et il ne serait même pas nécessaire que cette volonté fût manifestée expressément ; il suffirait qu'elle fût clairement démontrée par les faits ; notamment elle pourrait s'induire des termes de la disposition. Ainsi un testateur a dit : Je lègue à Pierre

l'usufruit de tel bien jusqu'à ce que son fils ait atteint sa majorité, *afin qu'il puisse, avec les revenus, subvenir aux frais qu'entraînera l'éducation de son fils*. Il est clair que, dans l'intention du testateur, l'usufruit ne doit durer que pendant la vie du fils, puisqu'il est établi en vue de son éducation : il prendrait donc fin par la mort du fils, survenue avant sa majorité, et en outre bien entendu par celle de l'usufruitier.

Du terme il faut rapprocher la condition résolutoire. L'usufruit établi sous condition résolutoire prend fin lorsque la condition résolutoire se réalise.

3. Consolidation.

1392. La consolidation est la « réunion sur la même tête, des » deux qualités d'usufruitier et de propriétaire » (art. 617 al. 4). L'usufruitier par exemple acquiert la nue propriété comme unique héritier du nu propriétaire, ou bien il achète à celui-ci la nue propriété. Désormais le droit de l'usufruitier est *consolidé* (1) sur sa tête; car, de temporaire qu'il était, son droit de jouissance est devenu perpétuel, comme le droit de propriété auquel il est joint : il ne sera plus désormais soumis aux nombreuses chances d'extinction de l'usufruit, notamment il ne prendra pas fin par la mort de l'usufruitier.

Cela posé, comment la loi peut-elle nous présenter la consolidation comme une cause d'extinction de l'usufruit, puisque, loin d'éteindre le droit de l'usufruitier, elle le fortifie et le rend inextinguible? Il faut s'entendre. La consolidation éteint l'usufruit *comme servitude*, en vertu de la règle que nul ne peut avoir de servitude sur sa propre chose : *nemini res sua servit jure servitutis, sed prodest jure dominii*. Mais en réalité, le droit de l'usufruitier est transformé et développé, plutôt qu'éteint par la consolidation. L'usufruitier devenu propriétaire continuera à jouir; mais il jouira désormais comme propriétaire, et non comme usufruitier. En tant que servitude le droit est éteint.

1393. La consolidation peut s'opérer non seulement dans la personne de l'usufruitier, qui acquiert la nue propriété, mais aussi dans celle du nu propriétaire, qui acquiert l'usufruit. En effet la loi définit la consolidation : « la réunion *sur la même tête* des deux qualités... » Elle ne distingue pas si la réunion a lieu sur la tête du nu propriétaire ou sur celle de l'usufruitier; il peut donc y avoir consolidation dans l'un et l'autre cas. Ainsi il y a consolidation aussi bien lorsque le nu propriétaire achète l'usufruit que lorsque l'usufruitier achète la nue propriété. Il pourrait y avoir consolidation aussi sur la tête d'un tiers, qui acquerrait du même coup, à titre de vente par exemple, la nue propriété et l'usufruit.

(1) Consolidation paraît venir de *solidum*. Tous les éléments du *dominium, solidum jus*, se trouvent désormais réunis sur la tête de l'usufruitier.

Mais remarquez que, pour qu'il y ait consolidation dans la personne du nu propriétaire, il faut que l'usufruit se soit, comme dit l'art. 617, *réuni* à la nue propriété sur sa tête : ce qui suppose que l'usufruit est transmis au nu propriétaire, qu'il en fait l'acquisition; l'extinction de l'usufruit est alors une conséquence de sa réunion à la nue propriété. Il n'y aurait donc pas consolidation, lorsque l'usufruit s'éteint par la mort de l'usufruitier ou par toute autre cause. C'est très improprement qu'on dit en pareil cas que l'usufruit *fait retour à la nue propriété* : ce qui donnerait à entendre que le droit de l'usufruitier est transmis au propriétaire. Le droit de l'usufruitier est éteint; comment pourrait-il être transmis? La vérité est que le propriétaire reprend en pareille circonstance la jouissance de sa chose en vertu de son droit de propriété, qui est désormais affranchi de la charge dont il était grevé, et non comme ayant cause de l'usufruitier, à la différence de ce qui a lieu quand il fait l'acquisition de l'usufruit. En un mot, il y a consolidation dans la personne du nu propriétaire, lorsque le droit d'usufruit lui est *transmis*, mais non lorsque ce droit *s'éteint*; ou, pour employer une formule, qui, bien que pouvant être critiquée à certains points de vue exprime cependant une pensée exacte, il n'y a consolidation dans la personne du nu propriétaire que lorsque l'extinction de l'usufruit est une conséquence de son acquisition par le nu propriétaire, mais non lorsque son acquisition est une conséquence de son extinction.

Les développements, dans lesquels nous venons d'entrer, réfutent suffisamment l'opinion de quelques auteurs, qui admettent que la consolidation ne peut pas se produire dans la personne du nu propriétaire, et qui en donnent pour principale raison que, s'il en était autrement, toutes les causes d'extinction de l'usufruit pourraient être ramenées à la consolidation, parce que toutes ont pour conséquence la réunion de l'usufruit à la propriété sur la tête du nu propriétaire.

* **1394.** La consolidation n'est qu'un cas particulier de la *confusion* : c'est la *confusion* de la propriété et de la jouissance : les jurisconsultes romains la désignent positivement sous ce nom. La confusion est une cause d'extinction des droits soit réels, soit personnels. Elle consiste dans la réunion sur une même tête de deux qualités incompatibles : celles de créancier et de débiteur d'une même obligation (art. 1300), c'est la confusion des droits personnels ; ou de nu propriétaire et d'usufruitier (art. 617), de propriétaire du fonds dominant et du fonds servant (art. 705) : ce qui constitue la confusion des droits réels. Dans l'un et l'autre cas, il y a plutôt obstacle matériel à l'exercice du droit qu'extinction véritable de ce droit. La consolidation, comme la confusion, n'éteint le droit qu'à raison de l'impossibilité qu'elle apporte à son exercice, et par suite dans les limites mêmes de cette impossibilité. Cpr. Cass., 7 nov. 1887, S., 90. 1. 442, D., 88. 5. 522.

De là résultent plusieurs conséquences :

a. L'hypothèque, dont l'usufruitier aurait grevé son droit d'usufruit (art. 2118), subsistera malgré la consolidation, et cela que la consolidation se soit opérée dans la personne du nu propriétaire ou dans celle de l'usufruitier. Dans l'un et l'autre cas, le créancier hypothécaire pourra, agissant comme si la confusion ne s'était pas produite, saisir et faire vendre aux enchères le droit d'usufruit, qui, par rapport à lui, n'est pas éteint.

b. Si l'obstacle qui a produit la consolidation disparaît, avec ou sans rétroactivité, le droit d'usufruit revivra ; car il sommeillait plutôt qu'il n'était véritablement éteint. Ainsi on m'a donné la nue propriété d'un bien grevé d'usufruit au profit de Paul ; j'achète de celui-ci l'usufruit. Il y a consolidation, et par suite extinction de l'usufruit. Mais voilà que la donation qui m'a été faite de la nue propriété est révoquée pour cause de survenance d'enfant au donateur, auquel cas la révocation opère avec rétroactivité, ou même pour ingratitude, cause qui opère sans rétroactivité (art. 958). L'obstacle qui avait produit la consolidation ayant disparu, mon droit d'usufruit revivra, ou plutôt il se réveillera, car il n'était qu'assoupi.

c. Si la consolidation cesse, l'engagement de la caution revivra de plein droit. La consolidation n'éteignant pas définitivement l'usufruit ne peut pas éteindre définitivement l'obligation de la caution.

4. *Non-usage pendant trente ans.*

1395. L'usufruit s'éteint « par le non-usage du droit pendant trente ans », dit l'art. 617 al. 5. Ce n'est qu'une application particulière de ce principe général que tout droit soit personnel, soit réel, qui n'est pas exercé pendant trente années, est éteint par la prescription (art. 2262) : la loi considère le titulaire comme ayant renoncé à son droit, lorsqu'il est resté pendant un aussi long temps sans l'exercer. Nous sommes donc en face d'une prescription *extinctive*, et il y aurait lieu par conséquent d'appliquer les règles qui gouvernent cette espèce de prescription.

Ce principe conduit aux conséquences suivantes :

1^o Le non-usage doit avoir été continu pendant les trente années ; un seul acte de jouissance, accompli pendant la durée de ce délai soit par l'usufruitier, soit par ses ayant cause, par exemple par un fermier, suffirait pour interrompre le cours de la prescription. En d'autres termes, le délai de trente ans ne court qu'à compter du dernier acte de jouissance accompli par l'usufruitier ou ses ayant cause.

L'exercice même partiel du droit d'usufruit empêcherait la prescription pour le tout. Ainsi l'usufruitier, qui ne cultive qu'une partie du domaine grevé d'usufruit, conservera son droit, même sur la partie du domaine dont il a négligé de jouir pendant trente ans. Il en serait autrement si un usufruit portait sur plusieurs biens distincts, par exemple sur une maison de ville et sur une maison de campagne. Il y a en pareil cas autant d'usufruits distincts que de biens, et l'usufruitier, qui n'exercerait son droit que sur l'un, le perdrait sur l'autre après l'expiration du temps fixé par la loi.

2^o Il suffit, pour que la prescription s'accomplisse, que l'usufruitier ait cessé d'exercer son droit pendant trente ans ; il n'est nullement nécessaire que le nu propriétaire, ou tout autre, l'ait exercé à sa place. A ce point de vue, comme à bien d'autres, le droit de propriété est plus résistant que le droit d'usufruit : il ne peut pas, comme celui-ci, périr par une simple prescription *extinctive*, mais seulement par une prescription *acquisitive*. En d'autres termes, pour que la prescription puisse atteindre le droit d'un propriétaire, il ne suffit pas qu'il soit resté pendant trente ans sans user de son droit, il faut qu'un autre l'ait exercé à sa place, qu'il ait possédé le bien comme propriétaire pendant le temps requis par la loi. D'où vient cette différence ? L'usufruit est une charge, une servitude, une sorte de dette de la chose ; au bout de trente ans de non-usage, la chose en sera affranchie, comme un débiteur est affranchi de sa dette après trente ans d'inaction de la part du créancier. On n'en peut pas dire autant du droit de propriété. En supposant qu'au bout de trente ans de non-usage, le propriétaire fût dépouillé de son droit, sans que personne l'eût exercé à sa place, où irait le droit éteint par la prescription ? On ne pourrait l'attribuer qu'à l'Etat en vertu de l'art. 713, et cette solution serait extrêmement rigoureuse. Voilà pourquoi il faut ici, outre l'inaction du propriétaire, l'intervention active d'un tiers qui vient exercer à sa place le droit de propriété qu'il abandonne. On peut dire encore que la loi, qui favorise le droit de propriété, voit par cela même avec défaveur les charges qui la grèvent, et qu'elle a dû par suite en faciliter l'extinction, en se montrant moins exigeante pour les conditions de la prescription.

3^o La prescription de l'usufruit ne courrait pas contre un usufruitier mineur ou interdit (arg. art. 2252).

5. *Perte totale de la chose.*

1396. L'usufruit s'éteint « par la perte totale de la chose sur laquelle il est établi » (art. 617 al. 6). Les Instituts de Justinien nous en donnent la raison : *Est enim jus in corpore, quo sublato et ipsum jus tolli necesse est.*

La loi dit : *par la perte totale*. En cas de perte partielle, l'usufruit subsisterait donc sur la partie qui a été conservée. « *Si une partie seulement de la chose soumise à l'usufruit est détruite, l'usufruit se conserve sur ce qui reste* », dit l'art. 623. Ainsi nous avons vu que, lorsque l'usufruit porte sur un troupeau, si ce troupeau périt partiellement, l'usufruit subsistera sur la partie du troupeau qui a été épargnée, quelque minime qu'elle soit (*supra* n. 1388).

Au cas de perte totale, l'usufruitier n'a aucun droit sur les débris de la chose; il doit les restituer au nu propriétaire. Ainsi, l'usufruit portant sur un troupeau, si le troupeau périt totalement, l'usufruitier doit rendre compte des cuirs au propriétaire (art. 616 al. 1 et *supra* n. 1388). De même, aux termes de l'art. 624 : « *Si l'usufruit n'est établi que sur un bâtiment, et que ce bâtiment soit détruit par un incendie ou autre accident, ou qu'il s'écroule de vétusté, l'usufruitier n'aura le droit de jouir ni du sol ni des matériaux* ».

= *Par un incendie*. Il faut supposer que cet incendie constitue un cas fortuit par rapport à l'usufruitier, c'est-à-dire qu'il ne lui est pas imputable. Autrement l'usufruitier serait tenu de reconstruire, et alors on ne pourrait pas sans une choquante injustice lui refuser le droit de jouir du sol et des matériaux.

La loi ajoute : « *Si l'usufruit était établi sur un domaine dont le bâtiment faisait partie, l'usufruitier jouirait du sol et des matériaux* ». On peut induire de cette disposition qu'au cas de perte partielle, l'usufruitier a le droit de jouir des débris de la portion périée, et cette induction est fortifiée par l'art. 616 qui n'oblige l'usufruitier d'un troupeau à rendre compte des cuirs au propriétaire qu'au cas de perte totale.

1397. Il importe donc beaucoup de savoir quand il y a perte totale ou perte partielle, puisque la perte totale éteint le droit de l'usufruitier, tandis que la perte partielle ne fait que le diminuer. Or il y a des cas dans lesquels on peut concevoir sur ce point un grave embarras. L'usufruit d'un étang sera-t-il éteint lorsque, l'eau s'étant définitivement retirée, l'étang sera transformé en terre arable? ou l'usufruit d'une terre arable, lorsqu'elle aura été transformée en un lac? ou l'usufruit d'une vigne, lorsqu'elle aura été transformée en un pré? Généralisant la question, le changement de forme de la chose grevée d'usufruit doit-il être considéré comme équivalant à sa perte totale, et entraîner à ce titre l'extinction de l'usufruit?

La loi s'est expliquée sur deux cas particuliers, qui peuvent servir de *criterium* pour résoudre la question. Ces deux cas nous sont déjà connus. Le premier est celui de la perte d'un animal ou d'un troupeau (art. 615 et 616, *supra* n. 1388). Le second est celui de la perte d'une maison (art. 624). En combinant ces diverses dispositions, on peut arriver à formuler la règle suivante : *Pour que le changement de forme subi par la chose entraîne l'extinction de l'usufruit, comme équivalant à une perte totale, il faut que ce changement ait rendu la chose complètement impropre à l'usage auquel elle était destinée*. D'après cela, on devrait décider que l'usufruit d'un étang sera perdu, quand l'étang

sera définitivement transformé en terre arable, ou l'usufruit d'un champ, quand il sera définitivement transformé en lac, mais non l'usufruit d'une vigne quand elle sera transformée en terre labourable, ou réciproquement. La question toutefois est controversée.

1398. Mentionnons ici la disposition de l'art. 39 de la loi du 3 mai 1841, de laquelle il résulte qu'au cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, l'usufruitier a droit à la jouissance de l'indemnité d'expropriation. Cette disposition était nécessaire; autrement on aurait fort bien pu soutenir que, la chose expropriée étant juridiquement périe, l'usufruitier n'avait pas droit à la jouissance de l'indemnité qui en est la contre-valeur.

Il ne faudrait pas assimiler à l'expropriation pour cause d'utilité publique la vente que ferait le nu propriétaire de la chose grevée d'usufruit; elle ne porterait aucun préjudice aux droits de l'usufruitier (art. 621).

Tout ce qui vient d'être dit relativement à la perte de la chose grevée d'usufruit, n'est applicable qu'à la perte par cas fortuit. En cas de perte par la faute de l'usufruitier, du nu propriétaire ou d'un tiers, il y aurait lieu d'appliquer les règles du droit commun.

6. Abus de jouissance de l'usufruitier.

1399. Aux termes de l'art. 618 al. 1 : « *L'usufruit peut aussi cesser par l'abus que l'usufruitier fait de sa jouissance, soit en commettant des dégradations sur le fonds, soit en le laissant dépérir faute d'entretien* ».

Il y a abus de jouissance, dès que l'usufruitier manque à l'obligation qui lui est imposée de jouir en bon père de famille. L'abus de jouissance implique donc une faute, mais il n'implique pas nécessairement un dol de la part de l'usufruitier.

1400. L'extinction de l'usufruit par l'abus de jouissance de l'usufruitier n'a jamais lieu de plein droit (arg. des mots « peut aussi cesser ») : elle ne peut résulter que d'une décision judiciaire, qui la prononce sur la demande du nu propriétaire. L'intervention du juge était nécessaire pour apprécier la gravité de l'abus; car il va de soi qu'un manquement quelconque de l'usufruitier à ses obligations ne saurait entraîner la déchéance de son droit.

1401. La loi d'ailleurs donne un pouvoir discrétionnaire au juge. C'est ce qui résulte de l'alinéa 3 de l'art. 618, ainsi conçu : « *Les juges peuvent, suivant la gravité des circonstances, ou prononcer l'extinction absolue de l'usufruit, ou n'ordonner la rentrée du propriétaire dans la jouissance de l'objet qui en est grevé, que sous la charge de payer annuellement à l'usufruitier ou à ses ayant-cause une somme déterminée, jusqu'à l'instant où l'usufruit aurait dû cesser* ».

= *Prononcer l'extinction absolue de l'usufruit.* C'est-à-dire déclarer l'usufruitier déchu de son droit, sans lui accorder aucune compensation. Cette mesure est infiniment grave, et semble en conséquence ne pouvoir être motivée que par des abus criants, comme si par exemple l'usufruitier a coupé des bois de haute futaie ou démoli des bâtiments; l'extinction absolue de l'usufruit pourrait alors être considérée comme une juste réparation du préjudice causé au nu propriétaire, surtout au cas où il ne serait possible de lui procurer qu'une satisfaction illusoire par l'allocation d'une indemnité pécuniaire, à raison de l'insolvabilité de l'usufruitier. En dehors de cette hypothèse, les juges agiront

conformément au vœu de la loi en adoptant le tempérament indiqué par le texte précité, ou tout autre équivalent, par exemple la nomination d'un séquestre qui sera chargé d'administrer les biens et de rendre compte des revenus à l'usufruitier ou à ses *ayant-cause*, expression qui désigne, non les héritiers de l'usufruitier, mais ses *créanciers*.

Effectivement l'extinction de l'usufruit par suite de l'abus de jouissance de l'usufruitier peut être préjudiciable à ses créanciers; car ils seront d'autant moins facilement payés que leur débiteur sera moins riche (arg. art. 2092). Aussi ne sont-ils pas obligés de rester spectateurs passifs d'une lutte où leurs intérêts sont si gravement engagés. Aux termes de l'art. 618 al. 2 : « *Les créanciers de l'usufruitier peuvent intervenir dans les contestations, pour la conservation de leurs droits; ils peuvent offrir la réparation des dégradations commises, et des garanties pour l'avenir* » : par exemple une caution, si l'usufruitier était dispensé d'en fournir une. Les offres que les créanciers sont autorisés à faire pourraient également être faites par l'usufruitier. Mais en aucun cas le tribunal n'est obligé de les accepter; la loi, nous l'avons vu, lui donne un pouvoir discrétionnaire. Le juge sera surtout ici un ministre d'équité.

La déchéance du droit d'usufruit peut être restreinte à un seul des biens compris dans l'usufruit, si l'abus de jouissance n'a porté que sur ce bien. Pau, 11 mars 1893, S., 93. 2. 119.

La déchéance du droit d'usufruit pour cause d'abus de jouissance a été empruntée à notre ancien droit français, où elle ne s'était introduite que par suite d'une fausse interprétation des mots *non utendo per modum et tempus*, qu'on lit dans le § 3 du titre *De usufructu*, II, 4, aux Institutes de Justinien.

7. Renonciation de l'usufruitier.

1402. Chacun peut renoncer à son droit. L'usufruitier peut donc renoncer à son usufruit.

Il s'agit, qu'on le remarque bien, d'une renonciation *unilatérale* de l'usufruitier : il renonce à son droit parce qu'il n'en veut plus. Cette renonciation est efficace indépendamment du concours du nu propriétaire auquel elle doit profiter, et elle n'est assujettie à aucune condition particulière de forme (Cass., 23 janvier 1877, S., 79. 1. 444). Il en serait autrement, si l'usufruitier faisait donation de son droit au nu propriétaire : nous ne serions plus alors en face d'une renonciation au droit d'usufruit, mais d'une cession à titre gratuit de ce droit, opérant consolidation dans la personne du nu propriétaire, et les formes solennelles de la donation devraient être observées.

1403. La renonciation de l'usufruitier peut être expresse ou tacite.

Expresse, quand elle est faite *expressis verbis*.

Tacite, lorsqu'elle s'induit de certains actes accomplis par l'usufruitier et qui la font nécessairement supposer. On lit à ce sujet dans l'art. 621 : « *La vente de la chose sujette à usufruit ne fait aucun changement dans le droit de l'usufruitier; il continue de jouir de son usufruit, s'il n'y a pas formellement renoncé* ».

Que la vente, faite par le nu propriétaire, de la chose soumise au droit d'usufruit, ne puisse pas préjudicier à l'usufruit, cela est d'évidence, et avait à peine besoin d'être dit. Le nu propriétaire ne peut disposer que de ce qui lui appartient, c'est-à-dire de la nue propriété, et non de l'usufruit qui est par rapport à lui bien d'autrui (arg. art. 1599).

Mais voilà l'usufruitier qui a participé à la vente consentie par le nu propriétaire; devra-t-on le considérer à raison de ce fait comme ayant renoncé à son droit? Oui, si le rôle qu'il a joué implique nécessairement renonciation à son usufruit; il sera vrai de dire alors qu'il a *formellement* renoncé à son droit : *formellement* n'est pas synonyme d'*expressément*. Non dans le cas contraire. Ainsi l'usufruitier, qui figure comme témoin instrumentaire à

la vente consentie par le propriétaire et signe l'acte à ce titre, ne renonce pas à son droit d'usufruit. Si au contraire il est expliqué dans l'acte de vente que c'est la pleine propriété qui est vendue, et qu'il soit évident par les termes employés que l'usufruitier n'est intervenu que pour rassurer l'acquéreur qui entendait acquérir la pleine propriété, l'usufruitier, qui a signé l'acte de vente, pourra être considéré comme ayant renoncé à son droit. Tout ce que la loi veut, c'est que la renonciation de l'usufruitier soit *formelle*, c'est-à-dire qu'il ne puisse pas s'élever le moindre doute sur sa volonté à cet égard.

Au cas où l'usufruit porterait sur un immeuble, la renonciation de l'usufruitier à son usufruit ne serait efficace à l'égard des tiers que par la transcription de l'acte qui la contient (loi du 23 mars 1855, art. 1-2^o et art. 3).

1404. Aux termes de l'art. 622 : « *Les créanciers de l'usufruitier peuvent faire annuler la renonciation qu'il aurait faite à leur préjudice* ». Nous aurons à examiner sous l'art. 1167, si la renonciation doit avoir été faite frauduleusement, pour que les créanciers puissent la faire annuler.

8. Résolution du droit du constituant.

1405. La constitution d'usufruit est une aliénation; or le propriétaire seul peut aliéner; si donc le droit de propriété du constituant est résolu avec effet rétroactif, la constitution d'usufruit devra être considérée comme émanant *a non domino*, et par suite comme non avenue. Ainsi j'achète un immeuble, puis je constitue un droit d'usufruit sur cet immeuble. Plus tard la vente consentie à mon profit est résolue pour défaut de paiement du prix (art. 1654). Cette résolution produisant effet rétroactif, je suis censé n'avoir jamais été propriétaire de l'immeuble, et par suite le droit d'usufruit que j'ai constitué est considéré comme non avenue. On applique la règle *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*, qui n'est qu'une conséquence de ce principe que nul ne peut conférer à autrui plus de droits qu'il n'en a.

9. Prescription acquisitive.

* **1406.** L'usufruit peut s'éteindre en dernier lieu par la *prescription acquisitive ou usucapion, de dix à vingt ans*. J'achète de quelqu'un que je crois propriétaire et qui ne l'est pas, *a non domino quem dominum esse credideram*, un immeuble dont la nue propriété appartient à *Primus* et l'usufruit à *Secundus*. La vente n'a pu me transférer ni la nue propriété de l'immeuble ni l'usufruit, puisque ni l'un ni l'autre droit n'appartenait à mon vendeur; mais, comme j'ai entendu acquérir l'un et l'autre et que j'ai juste titre et bonne foi quant à l'un et quant à l'autre, je pourrai prescrire par dix à vingt ans la nue propriété à l'égard du nu propriétaire et l'usufruit à l'égard de l'usufruitier. Quand cette double prescription sera accomplie, je serai plein propriétaire, et par suite le droit d'usufruit sera éteint, bien qu'il n'y ait pas trente ans de non-usage. Remarquons que la prescription ne sera pas nécessairement acquise à l'égard de l'usufruitier lorsqu'elle le sera à l'égard du nu propriétaire, soit parce qu'elle court entre absents à l'égard l'usufruitier tandis qu'elle courait entre présents à l'égard du nu propriétaire (arg. art. 2265), soit parce que la prescription a été suspendue ou interrompue au profit de l'usufruitier sans l'être au profit du nu propriétaire.

1407. Telles sont les causes d'extinction de l'usufruit : la liste, on le voit en est longue. Il y en a trois seulement qui sont applicables au quasi-usufruit : 1^o la mort de l'usufruitier; 2^o l'arrivée

du terme assigné à la durée de l'usufruit ou l'événement de la condition résolutoire; 3° la consolidation; 4° la résolution du droit du constituant.

Quand l'usufruit a pris fin, la jouissance fait de plein droit retour à la propriété. L'usufruitier ou ses ayant cause doivent donc immédiatement restituer la chose au propriétaire, sans que celui-ci ait à intenter une demande contre eux ou à les mettre en demeure par un autre moyen; et, s'ils en retenaient la possession, ils devraient compte des fruits qu'ils percevraient, sans préjudice des dommages et intérêts.

CHAPITRE II

DE L'USAGE ET DE L'HABITATION

1408. Définitions. — D'après le droit romain, l'usage *usus* ne conférait en principe que le droit de se servir de la chose, mais non celui d'en percevoir les fruits, *jus utendi, non fruendi*.

Chez nous, l'usage confère, comme l'usufruit, à la fois, le droit de se servir de la chose, et celui d'en percevoir les fruits, mais le tout dans la mesure seulement des besoins de l'usager. Le droit d'usage est donc un usufruit restreint. Notons cependant tout de suite une différence importante, difficile à justifier d'ailleurs, entre l'usage et l'usufruit; elle nous est révélée par l'art. 631 : « *L'usage ne peut céder ni louer son droit à un autre* ». On sait qu'il en est autrement de l'usufruit (art. 595).

Quant à l'*habitation*, elle n'est, d'après le code civil, qu'un cas particulier d'usage : c'est l'usage d'une maison d'habitation. Comme le droit d'usage, « *Le droit d'habitation ne peut être ni cédé ni loué* » (art. 634). En assimilant sur ce point comme sur les autres l'habitation à l'usage, notre législateur a fait disparaître la principale différence que le droit romain avait établie entre l'*ædium usus* et l'*habitatio* : ce dernier pouvait seul être loué (§ 5 Inst. Just., *De usu et hab.*, II. 5).

Outre l'usage régulier, que nous venons de définir et que réglementent les articles de notre section, il est permis d'établir un usage irrégulier, consistant dans le droit de retirer de la chose qui en est grevée une certaine utilité. Ainsi un droit de chasse peut être constitué sur un fonds au profit d'une personne déterminée; mais non au profit d'un autre fonds, à titre de servitude réelle (*infra* n. 1552).

1409. Aux termes de l'art. 625 : *Les droits d'usage et d'habitation s'établissent et se perdent de la même manière que l'usufruit* ».

= *S'établissent*. Il semblerait résulter de la combinaison de ce texte avec l'art. 579 que l'usage et l'habitation, de même que l'usu-

fruit, peuvent être établis soit par la volonté de l'homme, soit par la loi. Mais on ne trouve dans notre droit civil aucun cas d'usage légal. Les art. 1463 et 1570 doivent être considérés comme établissant au profit de la veuve une créance alimentaire, un droit personnel par conséquent, bien plutôt qu'un véritable droit réel d'usage ou d'habitation.

Aux termes de l'art. 2-1° de la loi du 23 mars 1855, les actes entre vifs à titre onéreux, constitutifs de droits d'usage ou d'habitation, sont assujettis à la formalité de la transcription. Cpr. t. II n. 479.

= *Se perdent*. De là on doit conclure que le droit d'usage, établi au profit d'une personne morale, ne durerait pas plus de trente ans (arg. art. 619).

Les art. 626 et 627 assimilent, à deux autres points de vue, l'usage et l'habitation à l'usufruit : « *On ne peut en jouir, comme dans le cas de l'usufruit, sans donner préalablement caution, et sans faire des états et inventaires* » (art. 626). « *L'usager, et celui qui a un droit d'habitation doivent jouir en bon père de famille* » (art. 627).

1410. Droits de l'usager. — « *Les droits d'usage et d'habitation se règlent par le titre qui les a établis, et reçoivent d'après ses dispositions, plus ou moins d'étendue* » (art. 628). On ne sait trop pourquoi la loi a cru devoir formuler ici cette règle, qui allait de soi et qu'elle s'est bornée à sous-entendre en matière d'usufruit.

« *Si le titre ne s'explique pas sur l'étendue de ces droits, ils sont réglés ainsi qu'il suit* » (art. 629).

« *Celui qui a l'usage des fruits d'un fonds, ne peut en exiger qu'autant qu'il lui en faut pour ses besoins et ceux de sa famille.* — *Il peut en exiger pour les besoins même des enfants qui lui sont survenus depuis la concession de l'usage* » (art. 630).

= *Des fruits d'un fonds*. La loi aurait dû dire simplement *d'un fonds*.

= *De sa famille*. Suivant l'opinion générale, le mot *famille* désigne ici l'agrégation de toutes les personnes dont l'usager est le chef, savoir : 1° son conjoint, alors même qu'il ne se serait marié que postérieurement à l'ouverture du droit d'usage ; 2° ses enfants (légitimes, naturels ou adoptifs, *lex non distinguit*), même ceux qui sont survenus depuis la concession de l'usage ; 3° ses domestiques ; mais non ses parents collatéraux et ses ascendants.

Quand la loi dit que l'usager a droit à la portion des fruits qui lui est nécessaire *pour ses besoins*, entendez qu'il a droit à la portion de chaque espèce de fruits du fonds qu'il peut consommer. Ainsi, en supposant que le fonds ne produise que du vin, l'usager

n'aura droit chaque année qu'à dix barriques, si cette quantité suffit à sa consommation. Il n'aurait pas le droit d'en exiger trente, pour acheter, avec le prix du vin qu'il ne consommerait pas, du blé, de l'huile et toutes autres denrées qui peuvent lui être nécessaires et que le fonds ne produit pas. D'ailleurs, une fois que l'usager a perçu les fruits auxquels il a droit, il est libre de les consommer ou de les vendre.

L'usager d'un fonds a le droit de l'exploiter par lui-même pour en retirer la portion de fruits nécessaire à ses besoins; il n'a pas seulement le droit de demander tous les ans cette portion au propriétaire. Le droit d'usage en effet est un droit réel, *jus in re*; il confère par conséquent à l'usager le droit de se mettre en contact direct avec la chose. D'ailleurs plusieurs dispositions de notre chapitre n'auraient pas de sens, si on ne reconnaissait pas ce droit à l'usager. Ainsi pourquoi le soumettre à l'obligation de faire inventaire et de donner caution, s'il n'a pas le droit de se mettre en possession des biens (art. 626)? Pourquoi dire qu'il doit jouir en bon père de famille (art. 627)? Il y a toutefois controverse sur ce point.

Si l'usager n'absorbe pas tous les fruits du fonds, il y aura lieu à un partage de jouissance entre lui et le propriétaire, dans la mesure du droit de chacun. Cpr. Cass., 7 nov. 1888, S., 89. 1. 169, D., 89. 1. 407.

Aux termes de l'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.* »

L'art. 633 ajoute : « *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.* »

1411. Des obligations de l'usager. — En principe, elles sont les mêmes que celles de l'usufruitier. Nous en avons déjà trouvé la preuve dans les art. 626 et 627. L'art. 635 dit à son tour : « *Si l'usager absorbe tous les fruits du fonds, ou s'il occupe la totalité de la maison, il est assujéti aux frais de culture, aux réparations d'entretien, et au paiement des contributions, comme l'usufruitier.* — *S'il ne prend qu'une partie des fruits, ou s'il n'occupe qu'une partie de la maison, il contribue au prorata de ce dont il jouit.* »

En ce qui concerne les frais de culture, il est sans difficulté que l'usager doit les supporter intégralement, s'il absorbe tous les fruits. Si une partie seulement des fruits suffit à sa consommation, il ne la reçoit que sous la déduction de sa part contributive dans les frais de culture. Ce n'est donc pas une portion du produit *net* du fonds qu'on lui attribue, mais bien du produit *brut*. Entendue autrement, la disposition relative aux frais de culture n'aurait pas de sens; car l'usager ne contribuerait pas aux frais de culture, si on commençait par les prélever sur la récolte avant de lui donner la portion de cette récolte nécessaire à ses besoins. La question toutefois est controversée.

Celui qui a le droit d'habitation dans une maison dont il n'occupe qu'une partie, doit supporter les réparations d'entretien de toute la maison, proportionnellement à l'importance de la partie qu'il occupe. Il ne serait pas quitte en faisant les réparations d'entretien de cette partie.

1412. L'usage n'absorbant pas comme l'usufruit toute l'utilité

du fonds, la limitation de sa durée peut paraître moins essentielle que celle de l'usufruit. On s'explique ainsi que la loi reconnaisse dans les forêts des droits d'usage *perpétuels*, dont elle règle l'exercice et l'étendue. Sous le point de vue de la perpétuité, ces droits participent de la nature des services fonciers. Ils en diffèrent en ce qu'ils ne sont point établis pour l'utilité d'un héritage déterminé, mais le plus souvent au profit des habitants d'une ou plusieurs communes ou sections de communes. Par exemple les habitants d'une commune peuvent avoir le droit de couper dans une forêt tout le bois compris sous le nom de *basses essences*. Ils se distinguent aussi par cette particularité que le propriétaire peut s'en affranchir par le rachat moyennant indemnité (C. for., art. 64, 88, 112 et 120), et, au cas particulier où il s'agit d'un *usage en bois*, par le *cantonement*, qui n'est qu'un rachat opéré moyennant l'abandon en toute propriété d'une partie du fonds (C. for., art. 63, 88, 111 et 118). Le juge a un pouvoir discrétionnaire pour déterminer l'importance de cette partie en cas de contestation. Poitiers, 3 mars 1890, S., 92. 2. 52. Les dispositions que nous venons d'analyser sommairement, et quelques autres encore du code forestier, sont celles auxquelles fait allusion l'art. 636, ainsi conçu : « *L'usage des bois et forêts est réglé par des lois particulières* ».

TITRE IV

Des servitudes ou services fonciers.

1413. Le titre précédent est consacré aux servitudes *personnelles* (usufruit, usage et habitation); celui-ci aux servitudes *réelles*, ou *prédiales*, comme disaient les Romains. L'usufruit porte sur le *jus utendi* et sur le *jus fruendi*, les servitudes réelles affectent le *jus utendi* seulement. La servitude réelle suppose deux fonds, dont l'un doit ses services à l'autre. D'où la dénomination de *services fonciers*, qui est presque une définition de cette espèce de servitude. Notre législateur paraît l'avoir employée dans la rubrique de ce titre pour témoigner que les servitudes dont il va être question n'ont rien de commun avec les servitudes féodales.

Le mot *servitude* a désigné d'abord la restriction apportée à la liberté des personnes, puis celle apportée à la liberté des héritages. Le fonds servant n'est pas libre, puisque son propriétaire est tenu de souffrir ou de ne pas faire quelque chose dans l'intérêt du fonds dominant.

1414. Définition des servitudes réelles. — « *Une servitude est*

» une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire », dit l'art. 637.

= *Une charge*. Le législateur envisage ici la servitude par rapport au fonds qui la doit : elle est une charge pour ce fonds, en ce sens qu'elle cause une gêne et quelquefois même un préjudice à son propriétaire, qui est obligé d'en souffrir l'exercice. Mais, envisagée par rapport au fonds auquel elle est due, la servitude est un droit ; aussi Pothier la définit-il : le droit qu'a le propriétaire d'un héritage sur un héritage voisin, pour la commodité du sien ». Il en est des servitudes comme des obligations. Il n'y a pas, dit M. Laurent (t. VII, n. 152), d'obligation sans un droit corrélatif, on ne conçoit pas un débiteur sans un créancier. De même si un fonds est grevé d'une charge, cela suppose un autre fonds pour l'utilité duquel elle est établie.

= *Sur un héritage*. Le mot *héritage*, que notre article emploie après Pothier, vient, comme le mot *héritier*, de *herus*, qui signifie maître, propriétaire ; il est synonyme de *propriété*, et logiquement il aurait dû, dans sa généralité, désigner toute propriété soit mobilière, soit immobilière. Mais, dans notre ancien droit coutumier, on l'employait exclusivement pour désigner les immeubles réels ou par nature (fonds de terre et bâtiments), sans doute parce qu'on les considérait comme constituant la propriété par excellence. C'est dans ce sens restreint que notre législateur emploie le mot *héritage*, en matière de servitudes et d'hypothèques.

* Il en résulte qu'une servitude ne pourrait pas être établie sur un arbre, bien qu'il soit immeuble tant qu'il demeure attaché au sol. La cour de cassation l'a ainsi jugé par arrêt du 6 avril 1841. D'ailleurs l'existence d'un arbre étant limitée à un terme relativement court, on s'explique très bien, au point de vue rationnel, qu'il ne puisse pas servir d'assiette à une servitude qui, de sa nature, est perpétuelle (*infra* n. 1417). Il en résulte aussi qu'une servitude ne peut pas être établie sur un immeuble par destination ni sur un immeuble par l'objet auquel il s'applique, notamment sur une autre servitude : *servitus servitutis esse non potest*.

* L'héritage sur lequel porte la servitude, doit être dans le commerce ; car on ne peut pas acquérir un démembrement de la propriété sur un immeuble hors du commerce. Arg. art. 1598. Cependant les immeubles faisant partie du domaine public national, départemental ou communal sont susceptibles, bien que retirés du commerce, d'être grevés de certaines servitudes, soit parce qu'elles sont conformes à la destination de ces immeubles, comme il arrive pour les vues et les égouts des toits, établis sur les voies publiques, soit parce que tout au moins elles ne sont pas incompatibles avec cette destination ; ainsi il existe des propriétés particulières qui sont desservies au moyen d'un tunnel établi sous une voie publique ou d'un pont jeté sur un chemin de fer ou sur un canal de navigation. D'ailleurs l'administration peut toujours, en vertu de son droit de haute police, ordonner la suppression des servitudes ainsi établies, mais à la charge d'une juste indemnité.

La servitude, nous l'avons déjà dit, suppose deux fonds, deux *héritages*, comme dit notre article : un qui doit la servitude et que

l'on appelle *fonds servant*, l'autre auquel elle est due et que l'on désigne sous le nom de *fonds dominant*. Ces dénominations, consacrées par une tradition séculaire, ont été bannies du code civil, qui n'emploie même qu'avec une certaine réserve l'expression plus inoffensive encore de *fonds assujetti* (art. 699). Le législateur a craint qu'elles n'évoquassent le souvenir des servitudes féodales. L'assujettissement des personnes par l'assujettissement des fonds, tel était le trait caractéristique du régime féodal. En effet, tout ce système reposait sur trois idées : 1° hiérarchie des terres ; 2° hiérarchie des personnes ; 3° concordance entre la hiérarchie des personnes et celle des terres. C'est la hiérarchie des terres qui déterminait celle des personnes : celle-ci était la conséquence de celle-là. Le code civil, comme le droit intermédiaire, a pris le contre-pied de ce système. Il a voulu assurer la liberté des personnes en assurant la liberté des héritages. C'est cette idée qui a dicté l'art. 638, aux termes duquel : « *La servitude n'établit aucune prééminence d'un héritage sur l'autre* ». Elle ne peut donc plus avoir pour origine ou pour but la constitution d'une sorte d'aristocratie foncière. Aujourd'hui les héritages sont libres comme les personnes ; et c'est là un principe d'ordre public, auquel la volonté des particuliers ne pourrait pas déroger (arg. art. 6).

La servitude constitue un droit *réel immobilier*.

Un droit RÉEL, car elle consiste dans une charge sur un héritage au profit d'un autre héritage. Il s'ensuit notamment que le propriétaire du fonds servant n'a pas le droit de racheter la servitude ; car, en imposant le rachat au propriétaire du fonds dominant, il l'exproprierait de son droit : ce que ne permet pas l'art. 545.

Un droit IMMOBILIER ; car soit qu'on l'envisage par rapport au fonds dominant, soit qu'on l'envisage par rapport au fonds servant, elle s'applique à un immeuble (*supra* n. 1233).

= *Pour l'usage ou l'utilité d'un héritage*. Ajoutez : ou pour son agrément, comme il arrive dans la servitude de *prospect, prospectus*, qui assure au propriétaire d'un fonds une vue libre sur le fonds voisin, en interdisant au propriétaire de celui-ci toute plantation ou construction qui pourrait gêner cette vue.

= *Appartenant à un autre propriétaire*. — Un rapport de servitude ne peut pas en effet se concevoir entre deux fonds appartenant au même maître. Le propriétaire de deux fonds pourra bien affecter l'un au service de l'autre, en passant par exemple sur celui-ci pour exploiter celui-là ; mais cette affectation ne constituera qu'un exercice de son droit de propriété, et non une servitude. *Nemini res sua servit jure servitutis sed prodest jure domini*.

1415. Il n'est pas essentiel, pour qu'un droit de servitude puisse exister entre deux fonds, qu'ils soient contigus, ni même rapprochés l'un de l'autre. Le mot *voisins*, qui figurait dans le projet adopté par le conseil d'Etat, a été supprimé dans la rédaction définitive, sur une observation du tribunal. Et en effet on conçoit très bien un rapport de servitude entre deux fonds plus ou moins distants l'un de l'autre. La servitude de puisage, par exemple, peut exister utilement au profit d'un fonds éloigné de celui où jaillit la source; de même un domaine complanté en vignes peut avoir le droit de prendre *jure servitutis* des échalas dans une forêt située à plusieurs kilomètres.

1416. Des deux fonds dont la servitude suppose nécessairement l'existence, l'un, le fonds servant, peut jouer lui-même son propre rôle, qui est un rôle passif, un rôle négatif consistant à souffrir l'exercice de la servitude. Le plus souvent il n'en sera pas de même du fonds dominant. Comment exercerait-il lui-même la servitude, quand elle suppose l'intervention active d'une personne? La servitude sera exercée par le propriétaire du fonds dominant ou en termes plus exacts par celui qui a droit à la jouissance de ce fonds : ce peut être un usufruitier ou un usager.

1417. Les jurisconsultes romains ont dit avec exactitude que les servitudes sont des qualités des fonds, *qualitates prædiorum* : qualités *actives* pour le fonds dominant, qui s'en trouve augmenté de valeur; qualités *passives* pour le fonds servant, qui, devant ses services au fonds dominant, perd ainsi au profit de celui-ci une partie de son utilité et par suite de sa valeur. A ce titre, les servitudes sont inhérentes aux fonds, *prædiis inhærent*; car les qualités d'une chose n'en peuvent être détachées.

De là résultent, entre autres, les conséquences suivantes :

1° Les servitudes se transmettent avec les héritages qui les doivent ou à qui elles sont dues, *ambulant cum dominio*. Toute personne qui devient propriétaire d'un fonds, peut exercer les servitudes actives auxquelles ce fonds a droit, et est tenue de souffrir les servitudes passives dont il est grevé.

2° Le propriétaire du fonds dominant ne peut pas rattacher la servitude à un autre fonds qui lui appartient, ni la vendre au propriétaire d'un autre héritage. De même le propriétaire du fonds servant ne peut pas changer l'assiette de la servitude, c'est-à-dire la transporter, l'asseoir sur un autre fonds. V. cep. art. 701.

3° La perte d'un fonds entraîne celle des servitudes actives ou passives qui lui étaient inhérentes. Mais les héritages périssent rarement; aussi peut-on dire qu'en principe les servitudes sont perpétuelles, comme les fonds dont elles sont une dépendance. Exception peut-être unique au principe que les démembrements de la propriété sont temporaires.

* 4° Une servitude active est atteinte de plein droit par l'hypothèque établie sur le

fonds auquel elle appartient ; mais elle ne peut pas être hypothéquée séparément de ce fonds. De même, si un fonds au profit duquel existe une servitude est saisi par les créanciers du propriétaire, la servitude est comprise de plein droit dans la saisie, en ce sens qu'elle sera vendue avec le fonds ; mais elle ne peut pas être saisie séparément du fonds.

* 1417 *bis*. **Distinction de la servitude et du droit de propriété ou de copropriété.** Dans certains cas, il peut y avoir doute sur le point de savoir si le droit qu'une personne prétend sur un immeuble, est un droit de servitude, ou bien au contraire un droit de propriété ou de copropriété. Votre fonds est séparé de la voie publique par le mien ; vous le desservez à l'aide d'un chemin empierré qui traverse mon héritage. A quel titre passez-vous ainsi dans ma propriété ? Le plus souvent ce sera à titre de servitude, *jure servitutis*, mon fonds étant grevé d'une servitude de passage au profit du vôtre. Mais il se peut aussi que vous agissiez à titre de propriétaire, *jure domini*, le terrain affecté au passage étant votre propriété exclusive. Enfin une troisième hypothèse est possible. Le terrain consacré au passage nous appartient peut-être en commun, et c'est à titre de copropriétaires que nous y passons l'un et l'autre. Une semblable copropriété a le plus souvent sa source dans un partage de famille.

Une difficulté analogue peut se présenter pour un abreuvoir ou une source desservant deux domaines, pour une porte cochère, une cour, un puits ou une fosse d'aisance, affecté au service des deux maisons.

La question proposée présente une très grande importance, car il y a entre le droit de servitude et le droit de propriété ou de copropriété des différences considérables. Nous indiquons les principales.

1° Le droit de propriété ou de copropriété peut s'acquérir par la prescription acquisitive ou usucapion, tandis que ce mode d'établissement n'est pas possible pour les servitudes, à l'exception de celles qui sont à la fois continues et apparentes (art. 690 et 691).

2° Celui qui a un droit de propriété ou de copropriété peut, le cas échéant, intenter l'action possessoire pour se faire maintenir ou réintégrer dans sa possession, et s'assurer ainsi le rôle de défendeur au procès engagé sur la question de propriété : avantage considérable au point de vue de la preuve. Autre est la situation de celui qui prétend seulement un droit de servitude sur un immeuble. L'action possessoire lui appartient incontestablement si la servitude prétendue est à la fois continue et apparente (arg. art. 690 et 2229 C. civ. et 23 C. pr., Cass., 22 nov. 1892, S., 93. 1. 29.) Une jurisprudence constante, au sujet de laquelle il y aurait beaucoup à dire, lui reconnaît également le droit à l'action possessoire au cas de servitude discontinue ou apparente lorsque la possession est caractérisée par un titre émanant de l'homme ou de la loi. Ce titre, dit la cour, fait disparaître la présomption de précarité qui s'attache à la possession d'une servitude discontinue ou non apparente. Cass., 30 juillet 1889, D., 90. 1. 427, S., 91. 1. 405, 1^{er} juillet 1890, S., 92. 1. 15, et 1^{er} février 1893, S., 93. 1. 132. Arg. art. 691 et 695. Mais il est certain que l'action possessoire fait défaut si la servitude discontinue ou non apparente ne s'appuie pas sur un titre.

3° Les droits du propriétaire ou du copropriétaire sont bien plus étendus que les droits de celui qui ne peut prétendre qu'à une simple servitude. Ainsi le copropriétaire d'une source peut se servir de l'eau pour tous les usages dont elle est susceptible, sous la seule réserve de ne pas porter atteinte au droit des autres copropriétaires : par exemple il peut employer l'eau pour laver du linge ou des légumes ; tandis que celui qui n'a qu'une servitude de puisage n'a pas d'autre droit que celui de venir puiser de l'eau.

4° Le droit de servitude se perd par le non-usage pendant trente ans ; au contraire le simple non-usage, quelque prolongé qu'il soit, ne peut jamais faire périr le droit de propriété ou de copropriété. Cpr. *supra* n. 1395.

5° Au cas de servitude, le propriétaire du fonds assujéti est autorisé, dans certains cas, à déplacer l'assiette de la servitude, en offrant au propriétaire du fonds dominant un autre endroit aussi commode pour son exercice (art. 701 *in fine*) ; une offre de ce genre ne peut jamais être imposée à celui qui exerce un droit en qualité de propriétaire ou de copropriétaire. Ce serait une expropriation, et notre loi ne l'autorise que pour cause d'utilité publique (art. 545).

L'intérêt de la question que nous venons de poser étant ainsi mis à jour, recherchons la solution qu'elle doit recevoir au cas de contestation entre les intéressés.

La décision du litige sera en général facile lorsqu'il existera des titres, un acte de vente ou de partage par exemple. Il s'agira d'interpréter les termes de l'acte. Le juge a un pouvoir souverain pour cette interprétation; il n'a pas à craindre la censure de la cour de cassation. Au cas où le titre produit est un partage, si les termes de l'acte ne sont pas précis, on devra présumer, dans le doute, que les parties du fonds laissées à l'usage de tous (le puits, la cour, l'allée, la source) appartiennent en commun aux ayant droit, car ils en étaient copropriétaires avant le partage, et, pour que le droit de propriété appartenant à tous ait pu se transformer en un droit de propriété exclusive au profit de l'un des intéressés, sous la réserve seulement d'un droit de servitude au profit des autres, une convention formelle et bien précise paraît nécessaire. Dans le doute, on doit naturellement supposer que les ayant droit ont conservé le titre qu'ils avaient avant le partage sur la chose aujourd'hui litigieuse, celui de copropriétaires.

L'embarras du juge pourra être très grand lorsqu'il n'y aura pas de titre.

Au possessoire, tout d'abord. J'ai passé pendant un certain temps sur votre propriété par un chemin macadamisé. Un jour vous fermez le passage, et vous élevez la prétention de m'empêcher de passer à l'avenir. Je vous attaque au possessoire devant le juge de paix, alléguant une possession annale. Vous répondez : L'action possessoire ne doit pas réussir, parce qu'il s'agit d'une servitude de passage, servitude discontinuée, non susceptible d'être acquise par la prescription, et dont la possession ne peut pas non plus servir de base à l'action possessoire du moins en l'absence d'un titre (arg. art. 2229 et 2232). Alors je réplique : Ce n'est pas un droit de servitude que je prétends avoir sur votre fonds, mais un droit de propriété : je suis propriétaire du terrain affecté au passage, ma possession réunit tous les caractères exigés par l'art. 2229 pour l'exercice de l'action possessoire et je dois y triompher. Le juge de paix devra, à notre avis, ordonner une enquête pour préciser la nature de la possession. Il s'agit de savoir si les actes de possession ont été exercés *jure servitutis* ou *jure dominii*. Suivant le résultat de cette enquête, le juge admettra ou n'admettra pas l'action possessoire.

Si j'ai triomphé sur l'action possessoire, j'aurai la partie belle au pétitoire. En effet il appartiendra à mon adversaire, qui jouera le rôle de demandeur, de prouver que je ne suis pas propriétaire du terrain sur lequel j'ai passé, que ce terrain est sa propriété exclusive et qu'il ne m'a laissé passer que par tolérance. Si, au contraire, j'ai succombé sur l'action possessoire, forcé de prendre le rôle de demandeur au pétitoire, j'aurai à prouver le droit de propriété ou de copropriété que j'invoque : ce qui sera difficile si je n'ai pas de titre, et si je n'ai pas accompli d'autre acte de possession que le fait de passer; car il me faudra alors établir que j'ai passé pendant trente ans *jure dominii* et non pas seulement *jure servitutis*, la servitude de passage n'étant pas susceptible de s'établir par la prescription.

Sous l'empire du code civil, le cas le plus délicat, à notre avis, soit au possessoire soit au pétitoire, était celui des chemins ou sentiers d'exploitation. On désigne sous ce nom ceux qui servent exclusivement à la communication entre divers héritages ou à leur exploitation (loi du 20 août 1881 art. 33). Ces chemins sont fort nombreux dans les pays où la terre est très divisée, et leur origine se perd souvent dans la nuit des temps. Ils sont indispensables pour permettre aux propriétaires d'exploiter leurs terres en passant les uns sur les autres. Ces chemins sont-ils la copropriété de ceux qui s'en servent? Ou bien appartiennent-ils exclusivement à ceux dont ils traversent ou bordent les fonds, sous la charge d'une servitude au profit des autres? Le code civil ne résolvait pas la question. Lalaure dit que les chemins dont il s'agit sont présumés appartenir en commun aux divers intéressés, c'est-à-dire à ceux qui ont le droit de s'en servir, et son opinion avait été admise par les auteurs et consacrée par la jurisprudence. La loi du 20 août 1881 est venue donner à la question une solution un peu différente. L'art. 33 de cette loi dispose qu'en l'absence de titres, les chemins et sentiers d'exploitation sont « présumés appartenir aux » propriétaires riverains, chacun en droit soi; mais l'usage en est commun à tous les » intéressés ». Ainsi ce n'est plus à tous ceux qui ont le droit de s'en servir, à tous les

intéressés, que les chemins d'exploitation sont présumés appartenir, mais bien aux propriétaires riverains seulement, chacun pour la partie qui borde ou traverse son fonds. A la propriété indivise qui appartenait à tous les intéressés, la loi nouvelle substitue une propriété divise qui est présumée appartenir à chaque riverain pour la partie du chemin qui fait face à son fonds. Cette innovation présente notamment un très grand avantage pour le cas où le chemin vient à être supprimé ; elle évite entre les intéressés une licitation ou un partage véritablement impossible à opérer. Mais là se borne l'innovation de la loi de 1881. Elle maintient les droits de ceux qui pouvaient avoir droit à l'usage du chemin sans en être riverains, notamment du propriétaire *terminus*, de celui à la propriété duquel le chemin aboutit, de celui dont la propriété commence là où le chemin finit. Arg. de ces mots de l'art. 33 : *mais l'usage en est commun à tous les intéressés*, et des art. 34, 35 et 37. Cass., 14 février 1891, D., 91. 1. 179, S., 91. 1. 242. — Ainsi donc aujourd'hui, les chemins d'exploitation sont présumés être la propriété des propriétaires riverains, chacun en droit soi, sous la charge d'une servitude au profit de tous ceux qui ont droit à l'usage du chemin. La cour de Chambéry a tiré du principe cette juste déduction que le propriétaire dont le chemin traverse la propriété peut invoquer la disposition de l'art. 701 pour changer l'assiette de la servitude. Chambéry, 15 juillet 1890, S., 92. 2. 218.

S'il y a un titre établissant le droit de copropriété des intéressés, une autre difficulté se présente. L'un des copropriétaires pourrait-il demander le partage de la chose ? L'affirmative semblerait bien résulter des termes absolus de l'art. 815. Mais la jurisprudence admet que le principe consacré par cet article reçoit exception, lorsque la chose dont la propriété a été laissée en commun est nécessaire à chacun des copropriétaires, pour que son droit de jouissance puisse s'exercer sur la chose principale, comme il arrivera par exemple s'il s'agit d'une porte cochère desservant deux maisons contiguës, ou d'une ruelle laissée entre deux maisons et dont chaque voisin a besoin pour avoir accès dans sa cave, ou d'un puits, ou d'une fosse d'aisance. Cass., 17 mai 1887, S., 90. 1. 315, D., 88. 1. 60. La difficulté est de trouver une base juridique à cette exception. Nous croyons qu'on peut y arriver en invoquant l'idée de mitoyenneté. La mitoyenneté, en effet, est une communauté avec indivision forcée ; l'art. 815 lui est donc inapplicable. On objectera peut-être que, d'après la loi, la mitoyenneté n'est susceptible de s'appliquer qu'aux murs, aux fossés et aux haies. Nous répondons que les textes ne sont nullement conçus en termes limitatifs. S'ils ne parlent de la mitoyenneté qu'au sujet des murs, des fossés et des haies, c'est parce que ce sont là les cas les plus fréquents. Mais il n'est dit nulle part que la mitoyenneté ne puisse pas exister dans d'autres hypothèses. Eh bien ! il nous semble que lorsque, dans un partage ou dans une vente, les parties conviennent qu'une porte cochère, un puits, une fosse d'aisance leur appartiendra en commun, leur intention, alors même qu'elles n'ont pas prononcé ce mot, est d'établir entre elles une mitoyenneté, et en définitive le texte de la loi n'y fait pas obstacle.

1418. Observation. — Un même droit est quelquefois susceptible d'être établi soit à titre d'obligation *jure obligationis*, soit à titre de servitude personnelle (usufruit, usage ou habitation), soit à titre de servitude réelle. Dans le premier cas, nous sommes en présence d'un droit *personnel* ; dans les deux derniers, en présence d'un droit *réel*. Ce point présentant une grande importance, nous l'éclaircirons par un exemple.

Je suis propriétaire d'un château, et vous d'une forêt dans le voisinage. Il me faut tous les ans cent stères de bois pour le chauffage de mon château, et votre forêt peut facilement les fournir. Je pourrai les obtenir en faisant avec vous l'une des trois conventions suivantes :

1^o Je conviendrai avec vous que vous me fournirez chaque année, moyennant une somme de mille francs par exemple, les cent stères de bois dont j'ai besoin. Cette convention fera naître à mon profit une créance, un droit personnel par conséquent, et à votre charge une obligation.

2^o J'obtiendrai de vous que, moyennant une somme de 10,000 fr., une fois payée, vous m'accordiez le droit, tant que je vivrai, de couper tous les ans dans votre forêt les cent stères de bois nécessaires à ma consommation. Cette convention fera naître à mon profit un droit d'usage sur votre forêt, une servitude personnelle par conséquent.

3° Nous conviendrons ensemble que, moyennant une somme de 20,000 fr., une fois payée, mon château aura droit à perpétuité à cent stères de bois par an, à prendre dans votre forêt. Ici la convention aura fait naître au profit de mon fonds un droit de servitude réelle sur le vôtre.

Voilà donc un même droit, celui d'obtenir le bois nécessaire à mon chauffage, qui peut être établi sous trois formes différentes. Et il n'est pas inutile de savoir laquelle; car grandes sont les différences entre le droit personnel, la servitude personnelle et la servitude réelle. Nous allons indiquer les principales.

1419. Différences entre le droit personnel et la servitude réelle. — 1° Le droit personnel ou droit de créance existe au profit d'une personne; le droit de servitude réelle, au profit d'un fonds. Dans l'espèce proposée tout à l'heure, si la convention relative au bois de chauffage a engendré un droit de créance, ce droit ne sera pas attaché à mon fonds; si je le vends, l'acheteur n'aura pas droit au bois, et je conserverai le droit de le réclamer. Il en sera autrement si la convention a fait naître un droit de servitude au profit de mon fonds; en le vendant je transmettrai nécessairement mon droit à l'acheteur, et par conséquent je le perdrai.

2° Le droit de créance existe contre une personne, tandis que le droit de servitude existe contre un fonds. Dans l'espèce qui vient d'être proposée, si la convention a fait naître un droit personnel, vous serez tenu de son exécution même après avoir vendu votre forêt, parce que ce n'est pas le fonds qui doit, c'est vous, et un débiteur ne peut pas par son fait se soustraire à l'exécution de son obligation. Après votre mort, vos héritiers seront tenus à votre place, parce que nos obligations passent à nos héritiers. Au contraire, si la convention a fait naître un droit de servitude réelle, c'est votre fonds qui est débiteur, et non votre personne; par conséquent, le jour où vous aurez cessé d'être propriétaire du fonds, vous ne serez plus tenu envers moi, et la charge passera au nouveau propriétaire du fonds.

3° Le droit de créance permet de forcer le débiteur à jouer un rôle actif, d'exiger de lui une prestation: il est tenu *ad aliquid dandum vel faciendum vel præstandum*. Dans notre espèce, si la convention a fait naître un droit de créance, je puis exiger que vous me fournissiez la quantité de bois convenue, même que vous m'en fassiez la livraison à domicile, si vous en avez pris l'engagement. Au contraire, le droit de servitude ne permet pas au propriétaire du fonds dominant d'exiger une prestation du propriétaire du fonds servant. Celui-ci n'est tenu que d'un rôle passif, *tenetur in non faciendo, non in faciendo*. Dans notre espèce, si la convention établit un droit de servitude entre nos deux fonds, je ne pourrai pas exiger que vous coupiez le bois et que vous me le livriez; j'aurai seulement le droit d'aller le couper dans votre forêt sans que vous puissiez vous y opposer. Toutefois cette différence n'est pas essentielle; car on pourrait convenir que le propriétaire du fonds servant jouera un rôle actif, qu'il coupera le bois dans l'espèce proposée (art. 698); mais il resterait toujours que le propriétaire pourrait s'affranchir de la charge par l'abandon du fonds servant (art. 699), tandis qu'il n'aurait pas ce droit s'il était lié par un lien d'obligation.

4° Le titulaire d'un droit de créance peut céder sa créance; au contraire le propriétaire d'un fonds, au profit duquel existe un droit de servitude, ne peut pas céder ce droit; du moins il ne peut le céder qu'avec le fonds auquel il appartient.

1420. Différences entre le droit de créance et la servitude personnelle.

1° Le droit de créance existe contre une personne; le droit de servitude personnelle contre une chose.

2° Le droit de créance permet au créancier de forcer le débiteur à accomplir une prestation, *ad aliquid dandum vel faciendum vel præstandum*; au contraire celui dont le fonds est grevé d'une servitude personnelle n'est tenu que d'une obligation négative, souffrir la servitude, *tenetur in non faciendo, non in faciendo*.

3° Le droit de créance est transmissible aux héritiers du créancier; le droit de servitude personnelle est attaché à la personne du titulaire, et meurt avec lui.

1421. Différences entre les servitudes personnelles et les servitudes

réelles. — 1^o Elles diffèrent d'abord au point de vue du sujet actif de la servitude. Les servitudes personnelles sont établies au profit d'une personne, les servitudes réelles au profit d'un fonds.

2^o Elles diffèrent aussi quant à leur sujet passif. Les servitudes personnelles peuvent être établies sur des choses soit mobilières, soit immobilières; les servitudes réelles ne peuvent être établies que sur des héritages, c'est-à-dire sur des fonds de terre ou sur des bâtiments. Les premières peuvent donc être soit mobilières, soit immobilières, suivant la nature de leur objet, tandis que les secondes sont nécessairement immobilières (arg. art. 526 et 529).

3^o Les servitudes personnelles sont temporaires, comme les personnes en vue desquelles elles sont établies; les servitudes réelles sont perpétuelles, comme les fonds auxquels elles sont inhérentes, *qualitates prædiorum*. Mais, en revanche, les premières ont une existence indépendante, et sont susceptibles à ce titre (l'usufruit, tout au moins) de faire l'objet direct d'une cession, d'un louage, d'une hypothèque, d'une saisie, suivant les cas, tandis que le sort des secondes est nécessairement lié à celui du fonds dominant, qu'elles suivent partout, et séparément duquel elles ne sauraient en aucun cas être cédées, louées, hypothéquées ou saisies.

Les unes comme les autres d'ailleurs constituent des droits réels, *jura in re*.

1421 bis. En cas de doute sur le point de savoir quelle est la nature du service qui a été stipulé, il appartient aux tribunaux de décider souverainement si les parties ont entendu créer une servitude réelle ou une servitude personnelle ou un simple droit d'obligation. Les termes de l'acte constitutif fourniront le principal élément de décision. Cpr. Cass., 5 juin 1889, S., 90. 1. 14.

1422. En résumé, la servitude réelle suppose deux fonds, appartenant à deux propriétaires différents, dont l'un doit ses services à l'autre : d'où la dénomination de *services fonciers*. Elle constitue une qualité active pour le fonds dominant, et une qualité passive pour le fonds servant. A ce titre les servitudes sont attachées aux fonds activement ou passivement, *prædiis inhærent* : elles les suivent en quelques mains qu'ils passent, *ambulant cum dominio*, en ce sens qu'une servitude peut être exercée par le propriétaire du fonds dominant, quel qu'il soit, et doit être soufferte par le propriétaire, quel qu'il soit également, du fonds servant, sauf cependant la question de transcription.

1423. Division des servitudes. — Aux termes de l'art. 639 : « Elle [la servitude] dérive ou de la situation naturelle des lieux, ou » des obligations imposées par la loi, ou des conventions entre les » propriétaires ».

Il y a donc trois catégories de servitudes : 1^o les servitudes résultant de la situation naturelle des lieux, ou servitudes naturelles; 2^o les servitudes dérivant des obligations imposées par la loi, ou mieux les servitudes légales; 3^o les servitudes dérivant des conventions entre les propriétaires, ou, comme le dit en termes plus exacts la rubrique du chapitre III, les servitudes établies par le fait de l'homme; car la convention n'est pas l'unique source de ces servitudes qui peuvent également être établies par le testament,

par la destination du père de famille ou par la prescription de trente ans.

1424. Cette division tripartite des servitudes a été très vivement critiquée. Il n'y a pas de motif, a-t-on dit, pour distinguer les servitudes dérivant de la situation naturelle des lieux, des servitudes établies par la loi. Quelle différence voit-on par exemple, au point de vue de la nature du droit, entre la servitude dont parle l'art. 646, qui permet à tout propriétaire « d'obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contiguës », et celle de l'art. 663, aux termes duquel : « Chacun peut contraindre son voisin, dans les villes et faubourgs, à contribuer aux constructions et réparations de la clôture faisant séparation de leurs maisons, cours et jardins... » ? Et comment expliquer rationnellement que la première appartienne à la catégorie des servitudes *qui dérivent de la situation naturelle des lieux*, et la seconde à celle des servitudes *établies par la loi*. Il aurait donc fallu confondre ces deux catégories en une seule, et dire en conséquence pour les servitudes réelles ce que les art. 579 et 625 combinés disent pour les servitudes personnelles : Les servitudes sont établies par la loi ou par le fait de l'homme.

On peut répondre cependant, pour justifier la différence des servitudes naturelles et des servitudes légales, que les premières sont écrites en quelque sorte sur le sol par la nature elle-même, de sorte que la loi les constate et les consacre, bien plus qu'elle ne les crée, à tel point qu'on ne concevrait pas une législation qui ne reconnaîtrait pas l'existence de ces servitudes ; tandis que les servitudes légales sont véritablement créées par la loi, qui aurait pu ne pas les établir. Ainsi il y a telle législation dans laquelle un propriétaire, joignant un mur, ne peut pas forcer celui auquel appartient ce mur à lui en céder la mitoyenneté, comme le permet l'art. 661 ; tandis qu'on ne concevrait pas une législation dans laquelle le propriétaire d'un fonds ne serait pas obligé de recevoir les eaux qui découlent naturellement des fonds supérieurs (art. 640).

1425. La division de la loi a donné lieu à une autre critique. Les servitudes naturelles et les servitudes légales, a-t-on dit, ne sont pas de véritables servitudes ; car elles constituent le droit commun, le régime légal de la propriété foncière en France, et la servitude suppose une exception à ce droit commun. Ce sont si peu des servitudes qu'il est souvent impossible de dire quel est le fonds dominant et quel est le fonds servant (voyez notamment art. 646 et 671). Elles semblent même être le contraire d'une servitude, car c'est précisément le fonds qui s'y trouverait soustrait par la volonté du propriétaire, qui serait en état de servitude : tel serait le cas où le propriétaire d'un fonds aurait autorisé le propriétaire du fonds voisin à planter plus près que la distance légale. En réglementant la propriété foncière (les servitudes naturelles et légales ont été établies à cette fin), le législateur n'a pas plus mis les fonds en état de servitude, qu'il n'y a placé les personnes en restreignant l'exercice de leur droit de liberté dans de sages limites, afin que cet exercice fût compatible avec le maintien du bon ordre social. Et c'est bien ainsi que l'on comprend les choses dans le langage usuel. Quand un fonds n'est pas grevé de servitudes autres que les servitudes naturelles et les servitudes légales, le propriétaire, en l'aliénant, n'hésite pas à le déclarer libre de toute servitude. Cpr. t. III, n. 558. C'est qu'en effet il n'y a de véritables servitudes que celles qui résultent du fait de l'homme, parce que ce sont les seules qui constituent une exception au droit commun de la propriété foncière.

Cette fois, il nous semble difficile de répondre. Quoi qu'il en soit, en qualifiant de *servitudes* (naturelles ou légales) les différentes charges qu'il impose ici à la propriété foncière en vue de la réglementer, et en leur donnant asile dans le titre *Des servitudes ou services fonciers*, notre législateur a prouvé clairement qu'il considérait toutes ces charges comme ayant un égal caractère de *réalité*. Il en résulte que les contestations auxquelles peuvent donner lieu les servitudes naturelles ou légales, aussi bien que celles qui peuvent s'élever au sujet des servitudes résultant du fait de l'homme, seront toujours de la compétence du tribunal de la situation des immeubles litigieux (arg. art. 59 al. 3 C. pr.). On doit en conclure également que le propriétaire du fonds assujéti peut se libérer de la servitude par l'abandon de ce fonds. L'art. 636 le dit pour un cas particulier, et sa disposition doit être généralisée.

Et toutefois l'art. 1370 fait naître quelque doute à ce sujet, quand il nous présente les charges résultant du voisinage comme des « engagements formés involontairement », et résultant « de l'autorité seule de la loi », paraissant bien dire ainsi que les charges dont il s'agit constituent des obligations ayant leur source dans la loi, donc des droits *personnels*. Même langage, ou à peu près, dans les art. 639, 651 et 652. Le doute s'accroît, quand on voit que, dans notre ancien droit, les charges imposées aux propriétaires voisins, et dont notre code a fait des servitudes naturelles ou légales, étaient considérées comme des charges personnelles, comme des obligations résultant de ce que Pothier appelle le *quasi-contrat de voisinage*. Mais en définitive la place et le nom, que le législateur a donnés à ces charges, doivent prévaloir sur des expressions qui n'ont pas été peut-être suffisamment pesées. Ici comme ailleurs, il est arrivé que le législateur, tout en répudiant le système admis par notre ancien droit, a employé *passim* des expressions qui lui sont empruntées. Quand on rompt avec une tradition par les idées, il n'est pas toujours facile de rompre immédiatement avec elle par le langage.

1425 bis. Les servitudes naturelles ou légales peuvent-elles être modifiées par l'effet d'une convention ou de la prescription? Non, s'il s'agit de servitudes touchant à l'ordre public, c'est-à-dire établies dans des vues d'intérêt général, telles que les servitudes militaires, les servitudes établies sur les rives des fleuves dans l'intérêt de la navigation. Arg. art. 6. Oui, au contraire, s'il s'agit de servitudes d'intérêt privé. De ce nombre sont la plupart des servitudes naturelles ou légales réglementées par le code civil.

CHAPITRE PREMIER

DES SERVITUDES QUI DÉRIVENT DE LA SITUATION DES LIEUX

1426. Les restrictions au droit de propriété, que le législateur établit ici sous le nom de *servitudes*, sont dites servitudes *naturelles*, parce qu'elles sont l'œuvre de la nature bien plus que de la loi, qui ne fait en quelque sorte que les enregistrer et ordonner aux particuliers de les respecter.

On peut s'étonner d'ailleurs de trouver sous cette rubrique un certain nombre de dispositions, qui, n'étant qu'une consécration du droit de maîtrise appartenant au propriétaire, auraient semblé bien mieux à leur place au titre *De la propriété*, notamment celle de l'art. 647 qui reconnaît à tout propriétaire le droit de clore son héritage. Fidèle à notre plan, nous respectons l'œuvre du législateur même dans ses imperfections, et nous suivrons par conséquent ici comme ailleurs la marche qu'il a adoptée.

Notre chapitre traite : 1° des eaux (art. 640 à 645); 2° du bornage (art. 646); 3° de la clôture (art. 647 et 648). Ces dispositions feront l'objet d'autant de paragraphes.

§ I. Des eaux.

1427. La loi parle ici successivement : 1° des eaux qui découlent naturellement des fonds supérieurs vers les fonds inférieurs (art. 640); 2° des eaux de source (art. 641 à 643); 3° des eaux courantes

qui bordent un héritage ou qui le traversent (art. 644 et 645). Nous étudierons ces dispositions dans trois numéros distincts ; un quatrième sera consacré aux lois postérieures qui les ont complétées, et un cinquième aux eaux pluviales, dont la loi ne parle pas.

N° 1. Des eaux qui découlent naturellement des fonds supérieurs vers les fonds inférieurs.

1428. Aux termes de l'art. 640 : « *Les fonds inférieurs sont assujettis envers ceux qui sont plus élevés, à recevoir les eaux qui en découlent naturellement sans que la main de l'homme y ait contribué. — Le propriétaire inférieur ne peut point élever de digue qui empêche cet écoulement. — Le propriétaire supérieur ne peut rien faire qui aggrave la servitude du fonds inférieur.* ».

C'est en vertu d'une loi de la nature que les eaux découlent des fonds supérieurs vers les fonds inférieurs. Cette loi s'impose à l'homme, et notre article oblige les propriétaires à la respecter ; autrement ils seraient dans un état perpétuel d'hostilité les uns à l'égard des autres.

Tous les fonds de terre sont soumis à cette servitude, même ceux qui font partie du domaine public.

Elle assujettit les fonds inférieurs à recevoir toutes les eaux qui découlent *naturellement* des fonds supérieurs, donc non seulement les eaux de pluie, mais aussi les eaux de source et celles provenant de la fonte des neiges, et les neiges elles-mêmes sous forme d'avalanches, dans les pays de montagnes, à plus forte raison les vases, graviers et toutes autres matières que les eaux charrient naturellement avec elles.

1429. Mais les fonds inférieurs ne sont pas obligés de recevoir les eaux qui découlent du fonds supérieur par suite du fait de l'homme (argument des mots : *sans que la main de l'homme y ait contribué*), par exemple les eaux ménagères écoulées par le propriétaire du fonds supérieur, ou les eaux provenant du déversoir d'une usine, ou celles d'un puits artésien, sauf dans ce dernier cas la faculté qui appartiendrait au propriétaire du puits, s'il ne pouvait pas absorber toute l'eau, de forcer les propriétaires inférieurs à la recevoir moyennant indemnité (arg. art. 3 de la loi du 29 avril 1845).

Une décision semblable paraît devoir être appliquée au cas où un propriétaire aurait donné naissance à une source par des travaux qui n'auraient pas été accomplis dans cette vue, par exemple en creusant un fossé ou les fondations d'un édifice. Le propriétaire du fonds inférieur ne pourrait donc être tenu de recevoir ces eaux que moyennant indemnité, par application de la disposition législative qui vient d'être citée. On pourrait dire, il est vrai, que, les travaux qui ont donné naissance à ces eaux n'ayant pas été pratiqués à cette

fin, leur apparition doit être considérée comme le résultat d'un cas fortuit. Mais il faut répondre que le propriétaire du fonds supérieur est la cause au moins indirecte du préjudice qu'éprouve le propriétaire du fonds inférieur, et qu'il est tenu à ce titre de le réparer, conformément à la règle *Qui occasionem damni præstat damnum fecisse videtur*. Le texte de la loi favorise d'ailleurs cette solution ; car il n'oblige le propriétaire inférieur à recevoir les eaux qui proviennent du fonds supérieur qu'autant qu'elles en découlent naturellement et « sans que la main de l'homme y ait contribué ».

1430. Le propriétaire inférieur, dit la loi, ne peut point élever de digue qui empêche l'écoulement des eaux. Ajoutez : ni en général faire aucun travail qui contrarie l'œuvre de la nature ; à moins cependant que ces travaux n'allègent pour lui la servitude, sans nuire en rien au propriétaire du fonds supérieur.

Le propriétaire du fonds inférieur ne pourrait même pas, sous prétexte que l'art. 647 lui donne le droit de se clore, construire sur les confins de son héritage un mur de clôture qui arrêterait l'écoulement naturel des eaux provenant du fonds supérieur. S'il veut faire usage de ce mode de clôture, il devra pratiquer à la partie inférieure du mur des ouvertures (*barbacanes*) pour laisser aux eaux leur libre écoulement.

* D'ailleurs le propriétaire du fonds inférieur n'est tenu que d'un fait négatif : ne rien faire qui empêche l'écoulement des eaux ; *tenetur in non faciendo, non in faciendo*. Il ne pourrait donc pas être forcé de détruire les obstacles qui se seraient formés d'eux-mêmes sur son terrain, par exemple par l'accumulation des vases ou graviers, et qui nuiraient plus ou moins à l'écoulement des eaux au préjudice du propriétaire du fonds supérieur. Cass., 9 juillet 1883, D., 84. 1. 277.

1431. De l'avis de tous, la disposition qui défend au propriétaire inférieur de se protéger par des digues contre les eaux découlant naturellement des fonds supérieurs, n'est pas applicable aux propriétaires riverains d'un fleuve ou d'une rivière ou d'un torrent. Chaque riverain peut construire des ouvrages le long du fleuve pour prévenir ses dévastations, sans que les riverains de face ou les riverains inférieurs puissent se plaindre de ce que ces travaux les exposent à être plus mal traités par l'eau courante. Rien ne les empêche d'ailleurs de se protéger eux aussi par des travaux analogues. « Dans le cas d'un danger commun, dit fort bien M. Laurent, chacun se défend pour son compte ».

1432. La loi ajoute : « Le propriétaire supérieur ne peut rien » faire qui aggrave la servitude du fonds inférieur ». Ainsi le propriétaire du fonds supérieur ne peut pas obliger le propriétaire du fonds inférieur à recevoir directement les eaux pluviales, qui découlent de la toiture de son bâtiment, soit normalement (*stillidium*), soit par un tuyau de conduite (*flumen*). V. art. 681. De même le propriétaire d'une source n'a pas le droit d'en transmettre les eaux au propriétaire inférieur, après les avoir corrompues, même par un usage industriel.

Et toutefois la règle qui précède ne doit pas être appliquée avec trop de rigueur : elle reçoit certains tempéraments d'équité. Les jurisconsultes romains qui nous l'ont léguée, a comprenaient de cette façon.

C'est ainsi notamment que le propriétaire du fonds supérieur aurait le droit de faire des sillons sur son fonds, et même des rigoles, pour favoriser l'écoulement des eaux, *fossas agri colendi causa*, sans que le propriétaire inférieur pût se plaindre, sous prétexte qu'il en résulte pour lui une petite aggravation de la servitude. Les fonds sont naturellement destinés à la culture, et par suite les eaux qui découlent d'un fonds cultivé peuvent être considérées comme des eaux qui en découlent naturellement, bien que la culture ait quelque peu modifié la direction que la nature avait imprimée aux eaux. Et toutefois le

propriétaire du fonds supérieur ne pourrait pas, en pratiquant des rigoles pour l'écoulement des eaux nuisibles à la culture, les faire déverser sur un fonds autre que celui qui est appelé à les recevoir par la pente naturelle du terrain.

N 2. Des sources.

1433. Aux termes de l'art. 641 : « *Celui qui a une source dans son fonds peut en user à sa volonté, sauf le droit que le propriétaire du fonds inférieur pourrait avoir acquis par titre ou par prescription* ».

Les auteurs induisent de ce texte que le propriétaire d'un fonds est propriétaire des sources qu'il contient, sans qu'il y ait à distinguer d'ailleurs si elles jaillissent naturellement ou si elles ont fait leur apparition à la suite de fouilles ou de sondages. Il en est propriétaire, parce que l'eau qui les alimente vient des profondeurs du sol qui lui appartient *usque ad inferos. Portio agri videtur aqua viva*, dit la loi romaine (1).

Il se peut que les veines alimentaires d'une source qui jaillit dans mon fonds se trouvent dans un fonds supérieur. Si le propriétaire de ce dernier fonds coupe ces veines, en creusant un puits ou en faisant d'autres travaux de quelque nature qu'ils soient sur son fonds, et que ma source se trouve ainsi tarie, ou son volume d'eau diminué, je ne pourrai lui réclamer aucune indemnité, parce qu'il n'a fait qu'user de son droit. *Neminem laedit qui jure suo utitur*. Cass., 25 octobre 1886, D., 87. 1. 426, S., 87. 1. 373. Et il en serait ainsi

* (1) Cette interprétation nous paraît contestable. Au lieu de considérer l'eau qui circule dans les profondeurs du sol comme devenant successivement, à titre de *portio agri*, la propriété de tous ceux dont elle traverse souterrainement les héritages, pour appartenir en définitive à celui dans le fonds duquel elle émerge, il nous semble préférable d'admettre que les eaux souterraines sont *res nullius*. Au moment où elles font leur apparition sur un fonds, le maître de ce fonds peut en acquérir la propriété par l'occupation, et s'il ne le fait pas, si, s'agissant d'une source naturelle, il use du droit qui lui appartient de la laisser couler vers les héritages inférieurs, suivant la pente naturelle du terrain, alors l'eau devient une *res communis*, sur laquelle les riverains ont les droits déterminés par l'art. 644.

Notre manière de voir n'est nullement en opposition avec l'art. 641, qui ne dit pas, comme on le prétend, que le propriétaire d'un fonds est propriétaire des sources qui y naissent, mais bien qu'il a le droit d'*user à sa volonté* de l'eau de la source ; ce qui peut très bien signifier qu'il a sur l'eau un droit d'*usus* pouvant aller jusqu'à l'*abusus*, en d'autres termes qu'il peut se l'approprier par l'occupation. On ne peut pas non plus nous opposer l'art. 643, qui parle du *propriétaire de la source* ; car cette expression peut très bien signifier : le *propriétaire du lieu d'origine de la source*. V. le dictionnaire de l'Académie. En outre la théorie que nous proposons est bien plus satisfaisante pour la raison que la théorie courante. Il y a des fleuves dans l'intérieur du sol comme à sa surface. Pourquoi les eaux des fleuves souterrains seraient-elles propriété privée plus que celles des fleuves existant à la surface ? Et puis quelle bizarrerie dans l'opinion courante ! L'eau qui alimente ma source a peut-être traversé successivement sous terre cent propriétés différentes ; elle aura donc appartenu à cent propriétaires ; la loi lui en donne un nouveau dans ma personne au moment où elle émerge sous forme de source, et c'est pour me faire perdre ce droit de propriété aussitôt que l'eau sort de mon fonds pour entrer dans le fonds voisin.

Si l'on admet que le propriétaire d'un terrain où jaillit une source n'est pas propriétaire de l'eau de la source, il en résulte une conséquence très importante, c'est qu'il ne peut pas céder à un propriétaire inférieur la propriété de l'eau, car *nemo dat quod non habet*, mais seulement le droit qui lui appartient d'user de l'eau à sa volonté. Cette cession se fera sous forme de constitution de servitude : le propriétaire du fonds où naît la source s'obligera, en cette qualité, à ne pas user de l'eau de la source et à la transmettre au fonds inférieur. Le fonds inférieur acquerra ainsi un droit de servitude sur le fonds supérieur, et, en vertu du principe que *servitus servitutis esse non potest*, le propriétaire du fonds inférieur ne pourra pas lui-même disposer de son droit au profit d'un autre fonds. La jurisprudence de la cour de cassation est en sens contraire.

alors même que j'aurais fait, pour utiliser l'eau de la source, des travaux remontant à plus de trente ans. Arg. art. 2232.

Toutefois, le droit pour un propriétaire de s'approprier par des fouilles ou par des sondages les eaux qui alimentent une source voisine, peut se trouver restreint soit par une convention, soit par l'établissement d'une servitude à laquelle l'exercice de ce droit porterait atteinte. Jurisprudence constante sur ce point.

Le propriétaire de la source peut, à son gré :

Ou laisser l'eau qu'elle fournit suivre la pente naturelle du terrain et couler sur les fonds inférieurs, qui sont tenus de la recevoir, au moins lorsqu'il s'agit d'une source naturelle (art. 640) ;

Ou disposer de cette eau, soit en l'absorbant, soit en détournant son cours pour en faire profiter un propriétaire voisin autre que celui auquel la destinait la pente naturelle du terrain. Il en est ainsi même lorsque la source est l'origine d'un ruisseau alimentant une usine depuis un temps immémorial.

Ou même aveugler la source.

Sans qu'en aucun cas les propriétaires inférieurs puissent se plaindre de ce qu'ils ne reçoivent plus l'eau que leur amenait la disposition naturelle des héritages. Il en serait ainsi alors même que le propriétaire de la source agirait par pure malice, en vue de priver un propriétaire inférieur du profit qu'il retire de l'eau de la source.

Les règlements émanés de l'administration ou des tribunaux ne peuvent porter aucune atteinte au droit d'usage absolu que l'art. 641 attribue au propriétaire d'une source. Le droit de police de l'administration ne s'applique qu'aux eaux courantes, et c'est seulement aussi en ce qui concerne les eaux courantes que l'art. 645 accorde aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire pour régler les conflits qui peuvent s'élever entre les divers ayant droit. Or les eaux de source ne sont pas des eaux courantes. Du moins elles ne deviennent telles que lorsqu'il plaît au propriétaire de la source de les laisser courir : il lui est loisible de les absorber en totalité. Les propriétaires inférieurs ne peuvent avoir sur l'eau de la source d'autre droit que celui qu'ils auraient acquis par titre, par la destination du père de famille ou par la prescription, et l'administration ou les tribunaux ne sauraient leur en concéder d'autres, sans violer le droit absolu du propriétaire de la source.

1434. La règle que le propriétaire d'une source peut en user à sa volonté souffre deux exceptions. La première a lieu lorsque le propriétaire du fonds inférieur a acquis un droit à l'usage de l'eau; la seconde, lorsque le cours de la source fournit à une communauté d'habitants l'eau qui leur est nécessaire.

1435. PREMIÈRE EXCEPTION. Celui auquel appartient une source ne peut pas priver le propriétaire inférieur des avantages qu'il retire de l'eau de cette source, lorsque celui-ci a *acquis* un droit à son usage. Les rôles sont alors intervertis, c'est le fonds d'où jaillit la source qui est grevé d'une servitude au profit du fonds inférieur; il lui doit l'eau de la source en tout ou en partie.

Par quels moyens le propriétaire inférieur peut-il acquérir un

droit à l'usage de l'eau ? Notre article indique les deux plus usuels le titre et la prescription. Il faut ajouter la destination du père de famille, qui est un mode général d'acquisition des servitudes continues et apparentes (art. 692).

Le titre peut être une convention ou un testament. On appliquerait les règles du droit commun, la loi n'y ayant pas dérogé.

Le droit commun serait applicable également en ce qui concerne la destination du père de famille, dont la loi ne parle même pas.

Relativement à la prescription, la loi établit des règles particulières.

Il ne suffirait pas, pour qu'il y eût prescription au profit du fonds inférieur, que le propriétaire de la source en eût laissé couler l'eau sur ce fonds pendant trente ans et plus, *etiam per mille annos*, dit Cœpolla, ni même que, pendant tout ce temps, le propriétaire inférieur se fût servi de l'eau pour l'irrigation de ses héritages. C'était pour le propriétaire supérieur une *faculté* de laisser l'eau suivre la pente du terrain, et d'autre part c'est par pure *tolérance* qu'il a laissé le propriétaire inférieur se servir de l'eau pour l'irrigation; or, aux termes de l'art. 2232 : « Les actes de pure faculté » et ceux de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni » prescription ». D'un autre côté, le propriétaire du fonds inférieur était tenu de recevoir l'eau de la source, et le fait d'avoir supporté cette charge imposée à son fonds ne peut pas devenir pour lui la source d'un droit. Que faut-il donc, pour que la prescription soit acquise au profit du fonds inférieur ? L'art. 642 va nous le dire : « *La prescription, dans ce cas, ne peut s'acquérir que par une jouissance non interrompue pendant l'espace de trente années, à compter du moment où le propriétaire du fonds inférieur a fait et terminé des ouvrages apparents destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau dans sa propriété* ».

Ainsi la prescription s'accomplit par trente ans de jouissance non interrompue; c'est le droit commun (art. 2262). Notre article indique avec un soin minutieux les conditions requises pour que les trente ans commencent à courir.

Il faut d'abord des *travaux*. Le texte est formel.

Une notification, contenant l'indication des prétentions du propriétaire inférieur à l'eau de la source, avec injonction au propriétaire supérieur de n'en pas détourner le cours ni absorber l'eau ne suffirait pas. Solution qui, pour être légale, n'est peut-être pas très conforme aux vrais principes, d'après lesquels une notification expresse devrait avoir la même puissance que la notification tacite résultant des travaux.

En second lieu les travaux doivent être *apparents*. En effet une des conditions requises pour que la possession puisse conduire à

la prescription, est qu'elle soit publique (art 2229); or elle n'a pas ce caractère lorsqu'elle repose sur des travaux non apparents, dont le propriétaire du fonds supérieur peut n'avoir pas connaissance.

Il faut ensuite que ces travaux soient *terminés*. Des travaux en cours d'exécution n'annoncent qu'un projet; ils ne sauraient être considérés comme constituant l'empiétement nécessaire pour conduire à la prescription.

La loi exige en quatrième lieu que les travaux aient été faits par le *propriétaire du fonds inférieur*. Donc des travaux faits par le propriétaire de la source ne pourraient pas servir de base à la prescription. En effet le propriétaire du fonds supérieur a certainement fait ces travaux dans son intérêt, pour favoriser l'écoulement d'eaux dont la présence le gênait, et non dans l'intérêt du propriétaire du fonds inférieur. Comment donc celui-ci pourrait-il s'en prévaloir à l'appui de la prescription qu'il invoque?

Les travaux sont présumés avoir été faits par celui sur le fonds duquel ils existent, sauf la preuve contraire (art. 553). Cette preuve contraire pourrait être faite par témoins. C'est le droit commun pour tous les faits non juridiques. Là où la preuve testimoniale est admissible, les présomptions de l'homme le sont également (art. 1353). La présomption légale de l'art. 553 pourrait donc être combattue par des présomptions simples, auxquelles le juge aura tel égard que de raison. Notamment des travaux existant sur le fonds supérieur pourraient être considérés comme faits par le propriétaire inférieur, *s'ils étaient de nature à ne pouvoir profiter qu'à lui*. La présomption simple résultant de ce fait pourrait détruire la présomption légale de l'art. 553. Cpr. Cass., 27 nov. 1888, S., 89. 1. 101.

Enfin les travaux doivent être destinés à faciliter « la chute et le » cours de l'eau » dans le fonds inférieur : la *chute* de l'eau, c'est-à-dire son passage du fonds supérieur au fonds inférieur; son *cours*, c'est-à-dire sa circulation sur le fonds inférieur.

La loi d'ailleurs ne dit pas quelle doit être la nature des travaux, et ce serait ajouter à son texte que d'exiger qu'ils fussent construits en maçonnerie. Il a même été jugé qu'une simple rigole pratiquée sur le fonds supérieur peut suffire. C'est une question de fait, à résoudre par les juges.

1436. Faut-il en outre que les ouvrages empiètent sur le fonds supérieur, c'est-à-dire qu'ils soient pratiqués en tout ou en partie sur ou contre ce fonds? Ou bien suffit-il qu'ils soient établis en un point quelconque du fonds inférieur, pourvu qu'ils soient apparents pour le propriétaire du fonds supérieur? Les principes généraux de la prescription conduiraient à décider que les travaux doivent attaquer le fonds supérieur, c'est-à-dire avoir été pratiqués dans des conditions telles que le propriétaire du fonds supérieur aurait pu en exiger la destruction. En effet la prescription suppose une usurpation; or cette condition se trouve bien remplie, quand le propriétaire du fonds inférieur appuie ses travaux en tout ou en partie sur le fonds supérieur, mais non quand les ouvrages sont faits en entier sur le fonds inférieur. Le propriétaire du fonds inférieur est maître chez lui, et il est bien libre apparemment de faire sur son fonds tels ouvrages qu'il juge à propos. Comment pourrait-il donc se prévaloir de semblables ouvrages, que le propriétaire du fonds supérieur ne pouvait empêcher, pour prescrire contre lui? Tel est en effet, nous l'avons déjà dit, le droit commun en matière de prescription. Mais il y avait ici de puis-

sants motifs d'utilité publique pour y déroger, et il n'est guère douteux que telle ait été l'intention du législateur. Le texte n'exige que des ouvrages *apparents*, et nous voyons par l'historique de sa rédaction que, sur la demande de la section de législation du tribunal, les mots *ouvrages apparents* ont été substitués, dans la rédaction définitive, aux mots *ouvrages extérieurs*, qui figuraient dans le projet, précisément parce que cette dernière expression paraissait donner à entendre qu'il fallait nécessairement des ouvrages effectués sur le fonds supérieur. Il faut renoncer à se servir des travaux préparatoires pour l'interprétation de la loi, si l'on ne doit pas accepter ici l'induction qu'ils fournissent, induction qui paraît toucher à la certitude.

* On n'a pas beaucoup affaibli l'argumentation qui précède, en objectant que, si la prescription peut résulter de travaux faits en totalité sur le fonds inférieur, le propriétaire de la source la subira fatalement, à raison de l'impossibilité où il se trouve d'exiger la destruction de ces travaux, qui n'empiètent pas sur son fonds. L'objection porte à faux, parce que le droit commun offre au propriétaire de la source d'autres moyens pour conjurer le danger dont il est menacé. Il peut interrompre la prescription soit naturellement, soit civilement. Il l'interrompra naturellement en interceptant l'eau de la source et en privant ainsi le propriétaire inférieur de l'usage de l'eau. La privation de jouissance devra durer plus d'un an, si le propriétaire qui est en voie de prescrire avait la possession annale (art. 2243). L'interruption civile résultera de la reconnaissance faite par le propriétaire du fonds inférieur de la précarité de sa possession; si le propriétaire de la source ne peut pas obtenir cette reconnaissance à l'amiable, il pourra la réclamer judiciairement (art. 2444 et 2448). — La doctrine est divisée sur cette grave question. La jurisprudence de la cour de cassation est en sens contraire de la solution que nous avons adoptée. Cass., 4 mars 1885, D., 86. 1. 34, S., 88. 1. 108, et 12 mars 1890, S., 90.1. 221. Ce dernier arrêt ne résout la question qu'incidemment.

* On se divise aussi sur le point de savoir si la prescription du droit à l'usage des eaux d'une source peut résulter de travaux faits sur un fonds séparé par des héritages intermédiaires de celui où la source prend naissance. Nous croyons que les travaux doivent nécessairement exister sur le fonds dans lequel naît la source ou tout au moins sur le fonds contigu. La loi dit en effet que ces travaux doivent faciliter la *chute* de l'eau, c'est-à-dire son passage du fonds qui contient la source au fonds voisin, et il est clair que des travaux faits sur un autre fonds ne peuvent pas réaliser cette condition. Il nous paraît même très douteux qu'un propriétaire non contigu puisse, comme l'enseignent MM. Aubry et Rau (t. III, p. 38, texte et note 19), acquérir la prescription en vertu de travaux par lui faits soit sur le fonds où naît la source, soit sur le fonds contigu. En effet la loi exige des travaux destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau *dans sa propriété*; or des travaux faits sur le fonds dans lequel naît la source ou sur le fonds contigu, ne faciliteront pas le cours de l'eau et encore bien moins sa chute sur une propriété plus éloignée. En outre l'art. 641 parle du droit que la prescription peut faire acquérir au propriétaire du *fonds inférieur*, et non au propriétaire d'un *fonds inférieur*, comme il aurait fallu dire dans le système que nous combattons.

* **1437.** Reste à savoir quel est le droit que le titre, la prescription ou la destination du père de famille fait acquérir au propriétaire du fonds inférieur.

a. En ce qui concerne la destination du père de famille, il ne saurait y avoir de difficulté. Elle fait acquérir au fonds inférieur un droit de servitude, en vertu duquel le fonds dans lequel jaillit la source lui doit une certaine quantité d'eau. Le propriétaire de ce dernier fonds ne peut user que de l'excédent.

b. Quant au titre, on admet généralement qu'il peut faire acquérir au propriétaire du fonds inférieur soit un droit à la propriété des eaux de la source, soit un droit de servitude. Tout dépendrait de la teneur du titre, dont les juges auront à déterminer le sens en cas de contestation (Aubry et Rau, t. 3, p. 39, texte et note 22).

Que le propriétaire du fonds où naît la source puisse, *jure servitutis*, s'obliger à transmettre une certaine quantité d'eau ou même la totalité de l'eau de la source au fonds inférieur, nous n'y contredirons pas. Mais que la propriété de l'eau de la source puisse être cédée au propriétaire du fonds inférieur, en cette qualité, c'est ce qui nous paraît

beaucoup plus douteux. En effet une semblable cession aurait pour résultat de transférer la propriété des eaux de la source au fonds inférieur lui-même, car c'est bien évidemment en sa faveur que ce droit est stipulé. Or nous ne croyons pas que nos lois offrent un seul exemple d'un droit de propriété appartenant ainsi à un fonds sur une partie d'un autre fonds. Voyez en outre ce que nous disons à la note 1 du n. 1433. Cpr. Laurent, t. 7, n. 208, qui toutefois donne à l'appui de cette solution des motifs auxquels nous ne saurions souscrire.

c. Il reste la prescription. Si l'on admet que le titre peut faire acquérir au fonds inférieur non seulement un droit de servitude mais encore un droit de propriété, nous croyons qu'il faut décider de même en ce qui concerne la prescription, ainsi que l'a fait la cour de cassation par un arrêt du 25 mars 1867 (D., 67. 1. 220, S., 67. 1. 384). Car, en principe, on peut acquérir par prescription ce que l'on peut acquérir par titre, et d'ailleurs la loi met ici la prescription sur la même ligne que le titre. Des auteurs considérables admettent cependant que la prescription, à la différence du titre, ne peut jamais faire acquérir la propriété des eaux de source, mais seulement un droit de servitude. V. Aubry et Rau, t. 3, p. 39, texte et note 22, qui citent à tort comme favorable à leur opinion l'arrêt précité de la cour de cassation. Pour nous qui n'admettons pas que le titre puisse conférer la propriété des eaux de la source, il va sans dire que nous ne reconnaissons pas à la prescription un effet plus puissant. Elle fera donc acquérir seulement, comme le titre, un droit à l'usage de l'eau.

Reste à savoir dans quelle proportion. La prescription transforme le fait en droit; le propriétaire du fonds inférieur aura donc droit à l'usage de l'eau dans la mesure où il en a usé pendant la durée de sa possession. *Tantum præscriptum quantum possessum*. L'étendue de son usurpation déterminera l'étendue de son droit. Le propriétaire de la source pourra disposer de l'excédent, car cet excédent reste libre entre ses mains: par exemple si le propriétaire inférieur a acquis par prescription le droit à la quantité d'eau nécessaire pour faire tourner son moulin, le propriétaire de la source pourra disposer de toute l'eau qui, si elle lui était transmise, passerait par dessus le déversoir du moulin.

* **1437 bis.** Dans les contestations qui s'élèvent au sujet de l'usage des eaux d'une source, le juge doit donner satisfaction en première ligne à la réclamation de ceux qui ont acquis des droits à l'usage de l'eau soit par titre, soit par prescription, soit par la destination du père de famille. A leur défaut ou après eux, il fera passer le propriétaire de la source, dont il consacrerait le droit absolu de disposition. Enfin, si le conflit s'élève entre plusieurs riverains du cours d'eau formé par la source, dont aucun n'a acquis un droit privatif à l'usage de l'eau, alors, mais alors seulement, il peut user du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 645.

1438. DEUXIÈME EXCEPTION. « *Le propriétaire de la source ne peut en changer le cours, lorsqu'il fournit aux habitants d'une commune, village ou hameau, l'eau qui leur est nécessaire; mais si les habitants n'en ont pas acquis ou prescrit l'usage, le propriétaire peut réclamer une indemnité, laquelle est réglée par experts* » (art. 643).

La disposition de l'art. 643 n'existait pas dans le projet soumis au conseil d'Etat. Ce fut Régnauld qui la proposa, et il la motiva sur ce qu'il y avait des villages dans lesquels les fontaines et les abreuvoirs publics étaient alimentés par des eaux de source découlant d'un fonds supérieur. Ces motifs sont précieux à recueillir. Ils précisent en effet la portée de l'art. 643 et le caractère de la nécessité à laquelle on a voulu pourvoir. Il s'agit de satisfaire aux besoins de la consommation des habitants et de leurs bestiaux, et non aux besoins de l'agriculture ou de l'industrie. Par conséquent l'art. 643 ne pourrait pas être invoqué par une commune qui prétendrait que l'eau lui est nécessaire pour l'irrigation des terres ou pour le roulement d'un moulin, fût-il nécessaire à l'approvisionnement des habitants, et sauf en ce cas à procéder par l'expropriation pour cause d'utilité publique.

Notre texte suppose que l'eau d'une source, après être sortie de l'héritage où elle prend naissance, vient couler sur un territoire auquel les habitants d'une commune, d'un village ou d'un hameau ont un libre accès, par exemple sur un terrain appartenant à la commune, ou sur une voie publique : les habitants viennent y puiser l'eau qui leur est nécessaire ou y abreuver leurs bestiaux. La loi dispose que le propriétaire de la source ne pourra pas en détourner le cours à leur préjudice, et sous-entend qu'il ne pourra pas non plus absorber l'eau en usages agricoles ou industriels ni la corrompre et la rendre ainsi impropre à la consommation.

Ici, comme dans bien d'autres cas, le législateur fait prévaloir un intérêt collectif sur un intérêt individuel : il sacrifie le droit du propriétaire de la source à celui d'une communauté d'habitants. Et il y a ceci de fort remarquable que le propriétaire de la source se verra privé de son droit de disposition, sans qu'il y ait lieu de procéder contre lui par l'expropriation pour cause d'utilité publique. C'est une dérogation grave au droit commun. Elle s'explique par l'urgence des besoins auxquels il s'agit de satisfaire. L'eau est un élément essentiel de la vie, comme l'air. La loi n'a pas voulu qu'une communauté d'habitants pût en être temporairement privée, jusqu'à l'issue d'une procédure régulière en expropriation.

1439. Par cela même qu'il déroge au droit commun, l'art. 643 doit être interprété d'une manière restrictive, conformément à la règle *Exceptio est strictissimæ interpretationis*.

Nous tirerons de là plusieurs conséquences :

1^o Le droit dont parle notre article n'étant établi qu'au profit d'une communauté d'habitants, ne pourrait pas être réclamé par un simple particulier, ni même par plusieurs familles habitant des maisons voisines, si elles ne constituaient pas une agglomération suffisante pour former au moins un *hameau* (diminutif de *village*) : ce qui est une question de fait, à résoudre en cas de contestation par le juge.

2^o Les habitants d'une commune, d'un village ou d'un hameau ne peuvent invoquer la disposition de notre article qu'autant que l'eau *leur est nécessaire*. L'utilité ne suffit pas ici, comme elle suffit en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique. On ne saurait donc approuver une décision de la cour d'Orléans du 23 août 1856, qui a admis l'application de l'art. 643, dans un cas où les habitants avaient à leur disposition, et en quantité suffisante, d'autres eaux que celles de la source dont ils réclamaient l'usage, mais dans des conditions moins commodes. En revanche, la cour de cassation a fort bien jugé que le droit à la servitude existait au profit d'une commune dont quelques habitants avaient des puits, alors que la plupart en manquaient.

3^o Notre article parle d'eaux de source, par conséquent d'eaux vives. De plus il suppose que l'eau de la source forme une eau courante, c'est-à-dire, ainsi qu'il a été expliqué tout à l'heure, qu'elle sort du fonds où elle prend naissance, pour couler sur un territoire où les habitants ont un libre accès (argument des mots « lorsqu'il [le cours] fournit aux habitants »). En dehors de ces conditions, notre disposition ne recevrait plus son application. Ainsi elle serait inapplicable à des eaux mortes, c'est-à-dire à celles qui seraient contenues dans une citerne, dans une mare ou dans un étang. Elle serait inapplicable même à des eaux de source, si elles ne sortaient pas du fonds où elles prennent naissance, par

exemple si toute l'eau débitée par la source était contenue et retenue dans un réservoir construit en maçonnerie. Dans tous ces cas il faudrait, si l'on voulait reconnaître aux habitants un droit de puisage, les autoriser à s'introduire dans le fonds qui contient l'eau : ce qui serait une servitude toute différente de celle qu'établit l'art. 643, et beaucoup plus gênante. Cass., 1^{er} juillet 1890, D., 90. 1. 355, S., 92. 1. 15, et 25 mars 1891, S., 91. 1. 245. Notre article serait inapplicable également, si l'eau ne traversait que des héritages sur lesquels les habitants de la commune, village ou hameau n'ont pas un libre accès ; ils ne pourraient pas forcer l'un des propriétaires, celui dans le fonds duquel la source prend naissance ou un autre, à les laisser établir un aqueduc pour conduire l'eau en un lieu où ils auraient le droit de venir la puiser ; sauf encore ici à procéder s'il y a lieu par l'expropriation pour cause d'utilité publique.

1440. D'après la jurisprudence de la cour de cassation, la servitude établie par notre article grève non seulement le fonds où la source prend naissance, mais encore les fonds intermédiaires que l'eau de la source traverse avant d'arriver au lieu où les habitants de la commune, du village, ou du hameau ont un libre accès pour venir la puiser. Les propriétaires de ces héritages intermédiaires ne pourraient ni détourner le cours de l'eau qui traverse leur héritage, ni l'absorber au préjudice des habitants auxquels elle est nécessaire, ni la corrompre avant de la leur transmettre. Le droit de la communauté d'habitants prévaut sur celui du propriétaire de la source, qui est absolu ; à plus forte raison doit-il prévaloir sur celui des propriétaires des héritages intermédiaires, qui est à la merci du propriétaire de la source, puisque celui-ci, peut absorber l'eau ou en détourner le cours, sans qu'ils aient aucune réclamation à élever.

1441. Le propriétaire de la source peut réclamer une indemnité aux habitants de la commune, du village ou du hameau, qui, en invoquant la disposition de l'art. 643, le privent du droit d'*user à sa volonté* de l'eau de la source. Il n'est pas nécessaire, comme en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, que le paiement de cette indemnité soit préalable. L'indemnité devra être calculée en prenant pour base, non l'avantage que les habitants retirent de l'eau, mais le préjudice que souffre le propriétaire de la source. C'est ce que suffit à démontrer le mot *indemnité* (art. 643) qui signifie réparation d'un préjudice : indemnité vient de *sine damno*. On estimera donc ce que le fonds vaut en moins pour être grevé de la servitude dont il s'agit. Notre article dit que l'indemnité sera réglée par experts ; il serait plus exact de dire qu'elle sera réglée par la justice sur un rapport d'experts. Il est bien entendu d'ailleurs que ni l'intervention de la justice, ni celle des experts ne seront nécessaires, si les parties peuvent parvenir à un règlement amiable de l'indemnité.

D'après la partie finale de notre article, le propriétaire ne peut pas réclamer d'indemnité, si les habitants ont « acquis ou prescrit l'usage » de l'eau. Le mot *acquis* fait allusion au cas où le droit à l'usage de l'eau a été réglé par un titre (convention ou testament). Le titre a pu avoir pour but soit de fixer l'indemnité à payer par les habitants, soit de les en libérer, soit de trancher sous forme de transaction une difficulté sur le point de savoir si l'eau leur était véritablement nécessaire. Dans tous les cas, le titre fait la loi des parties. Mais que signifie le mot *prescrit* ? La loi n'a certes pas voulu dire que les habitants peuvent acquérir par la prescription le droit d'user de l'eau : elle le leur accorde de plein droit ; ils n'ont donc pas besoin de l'acquérir. Suivant l'opinion générale, il s'agit de la prescription de l'indemnité due au propriétaire de la source pour

le préjudice que la servitude lui cause. Si les habitants ont usé de l'eau pendant trente ans, sans payer d'indemnité, la prescription les aura libérés de toute obligation à cet égard. Voyez à ce sujet l'explication de l'art. 685. Les trente ans courent à dater du jour où la commune a usé ou déclaré vouloir user de la servitude, parce que c'est à dater de ce moment que le droit à l'indemnité prend naissance. Il n'est pas nécessaire qu'il ait été fait des travaux apparents destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau.

1441 bis. Telles sont les deux seules exceptions établies par la loi au principe que le propriétaire d'une source peut disposer de l'eau qu'elle fournit. La cour de cassation, oubliant la règle *Exceptiones sunt strictissimæ interpretationis*, en ajoute à tort une troisième pour le cas où les eaux ont été « volontairement abandonnées à la *communauté irrigative* ». Elles prennent alors, dit la cour, le caractère d'eaux publiques et courantes, et la loi crée en ce cas en faveur des riverains des droits qui modifient ceux du propriétaire primordial.

D'ailleurs la cour oublie de dire dans quels cas il y a abandon volontaire à la communauté irrigative, c'est-à-dire renonciation tacite de la part du propriétaire de la source à priver les propriétaires des fonds inférieurs du droit dont ils usent de se servir de l'eau pour l'irrigation de leurs héritages. Elle se borne à dire, ce qui est bien évident, que cet abandon ne peut pas résulter d'un état de choses momentanée.

* **1441 ter.** En ce qui concerne les sources d'eaux minérales ou thermales, v. la loi des 14-22 juillet 1856, établissant autour de ces sources un *périmètre de protection*. Les terrains compris dans ce périmètre sont grevés d'une double servitude : 1^o les propriétaires de ces terrains ne peuvent entreprendre sans autorisation aucun sondage ou travail souterrain ; 2^o ils doivent souffrir les travaux jugés nécessaires ou seulement utiles à l'exploitation de la source.

N^o 3. Des eaux courantes.

1442. Les riverains d'un cours d'eau formant une dépendance du domaine public, c'est-à-dire d'un fleuve ou d'une rivière navigable ou flottable (*supra* n. 1257), n'ont aucun droit sur les eaux qui y circulent. Ils peuvent cependant obtenir de l'administration l'autorisation de se servir de ces eaux soit pour l'irrigation de leurs propriétés, soit pour un usage industriel. Mais ces concessions ne confèrent aux riverains que des droits précaires, subordonnés au bon plaisir de l'administration, qui peut toujours retirer sans indemnité l'autorisation qu'elle a accordée, si elle estime que l'intérêt de la navigation l'exige.

Il en est autrement des eaux courantes qui ne forment pas une dépendance du domaine public. L'art. 644 dit à ce sujet : « *Celui dont la propriété borde une eau courante, autre que celle qui est déclarée dépendance du domaine public par l'article 538 au titre De la distinction des biens, peut s'en servir à son passage pour l'irrigation de ses propriétés. — Celui dont cette eau traverse l'héritage, peut même en user dans l'intervalle qu'elle y parcourt, mais à la charge de la rendre à la sortie de ses fonds, à son cours ordinaire* ».

Notons tout d'abord que ce texte, parlant d'eaux courantes, est inapplicable aux eaux mortes, c'est-à-dire aux eaux des lacs,

étangs, citernes et autres réservoirs. Il est inapplicable aussi aux eaux pluviales et aux eaux qui circulent dans un canal creusé de main d'homme. En un mot, l'article n'est écrit qu'en vue des cours d'eau naturels qui ne dépendent pas du domaine public.

D'autre part, la disposition de notre texte ne peut profiter qu'aux propriétaires riverains du cours d'eau; elle ne pourrait donc pas être invoquée par celui dont la propriété serait séparée du cours d'eau par un chemin; c'est le chemin dans ce cas qui est la propriété riveraine.

1443. Cela posé, notre article accorde aux riverains des droits plus ou moins étendus, suivant que l'eau courante borde leur propriété ou la traverse. L'eau courante borde une propriété lorsqu'elle lui sert de limite : le cours d'eau sépare alors deux propriétés : chacune des deux rives appartient à un propriétaire différent. Au contraire l'eau courante traverse une propriété, lorsqu'au lieu d'affleurer seulement la propriété elle y rentre, de sorte que les deux rives appartiennent au même propriétaire. Etudions successivement ces deux hypothèses.

1444. A. *L'héritage est traversé par l'eau courante.* Le propriétaire peut se servir de l'eau sur son parcours non seulement pour l'irrigation de son héritage, mais aussi pour tout autre usage, par exemple pour les usages domestiques (lavage, puisage, abreuvement des bestiaux) ou pour un usage industriel, mais à la condition cependant de ne pas corrompre l'eau. Il peut même détourner le cours de la rivière et lui faire décrire dans sa propriété toutes sortes de méandres, mais « à la charge de la rendre à la sortie de ses fonds à son cours ordinaire ».

⇒ *A la sortie de ses fonds*, c'est-à-dire au point où il cesse d'être propriétaire, soit des deux rives, soit de l'une d'elles. A cet endroit en effet, il y a un riverain au moins, peut être deux, dont les droits seraient lésés si on ne leur restituait pas l'eau courante.

⇒ *A son cours ordinaire*, c'est-à-dire au cours qu'elle suivait à l'époque où il l'a détournée. La loi ne dit pas *à son cours naturel*, car le cours ordinaire n'est peut-être pas le cours naturel, les riverains ayant pu le changer à une époque plus ou moins reculée.

La rédaction primitive de l'alinéa 2 de notre article portait : « Celui dont cette eau » traverse l'héritage peut même en user *à sa volonté...* » Ces derniers mots ont été supprimés dans la rédaction définitive, à la suite d'une observation de Cambacérès, parce qu'ils auraient pu donner à entendre que le propriétaire, dont la propriété est traversée par l'eau courante, peut l'absorber en totalité au préjudice des riverains inférieurs; mais on a conservé le mot *même* qui rend la rédaction de l'article assez défectueuse.

1445. B. *L'héritage borde l'eau courante.* Celui dont la propriété borde une eau courante a en face de lui un autre riverain qui, lui

aussi, a des droits à l'eau. On conçoit donc qu'en pareil cas aucun des deux riverains ne puisse détourner le cours de l'eau. Chacun aura simplement le droit de se servir de l'eau à son passage.

La loi ajoute « pour l'irrigation de ses propriétés », et de là on a conclu que chaque riverain ne peut pas se servir de l'eau pour un autre usage, pour un usage industriel par exemple. Il y aurait donc, entre le propriétaire dont la propriété est traversée et celui dont la propriété est seulement bordée par l'eau courante, cette différence : que le premier pourrait se servir de l'eau pour toute espèce d'usages, et le second pour l'irrigation seulement. Mais cette interprétation, qui conduirait logiquement à refuser au riverain d'un seul côté le droit de se servir de l'eau même pour les usages domestiques, doit être repoussée. Le texte de la loi n'est pas exclusif, et, si elle parle de l'irrigation seulement, c'est parce qu'elle statue ici comme ailleurs *de eo quod plerumque fit*. En raison d'ailleurs, on ne verrait pas pourquoi le droit du riverain d'un seul côté serait limité à l'irrigation. Cass., 17 janvier 1888, S., 88. 1. 149, D., 88. 1. 75.

1446. Dispositions communes à tous les riverains. — 1° Tout propriétaire riverain d'un cours d'eau, ne dépendant pas du domaine public, peut pratiquer des saignées ou rigoles pour amener sur ses terres l'eau destinée à l'irrigation.

2° Le droit d'irrigation de chaque riverain n'est pas limité en profondeur. En d'autres termes, la loi n'a pas tracé de zone d'irrigation. Un propriétaire riverain peut se servir de l'eau pour l'irrigation de terres situées une à grande distance du cours d'eau, si sa propriété s'étend jusque là sans solution de continuité, et même pour l'irrigation de propriétés séparées du cours d'eau par des fonds intermédiaires (*infra* n. 1451). De là il résulte que le droit d'irrigation peut se trouver fort inégalement réparti entre les propriétaires riverains.

Un riverain augmente sa propriété par l'acquisition de terrains contigus : a-t-il le droit de se servir de l'eau pour l'irrigation des terrains nouvellement acquis? Il paraît bien difficile de ne pas admettre l'affirmative; car autrement à quelle époque se placerait-on pour déterminer jusqu'à quelle limite les fonds riverains jouissent de la faculté d'irrigation? Faudrait-il considérer l'étendue qu'ils avaient il y a dix ans, il y a vingt ans, il y a cent ans? Faudrait-il, comme le dit Daviel, remonter jusqu'au déluge? On doit donc dire avec la jurisprudence que le juge règle les droits des riverains, en cas de contestation, d'après l'état actuel des propriétés, c'est-à-dire d'après leur état au moment du litige.

1447. Règlements d'eau. — Aux termes de l'art. 643 : « *S'il* » *s'élève une contestation entre les propriétaires auxquels ces eaux* » *peuvent être utiles, les tribunaux, en prononçant, doivent concilier* » *l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété; et, dans* » *tous les cas, les règlements particuliers et locaux sur le cours et* » *l'usage des eaux doivent être observés* ».

Les contestations sont fréquentes entre riverains : c'est même du mot *riverain*, dit M. Demolombe, que paraît être dérivé le mot *rival* qui désigne les sentiments les plus vifs de la concurrence et de l'antagonisme. Il ne faut pas s'en étonner : les riverains ont tous un droit à l'eau courante, et ils se la disputent, parce que

souvent elle n'est pas assez abondante pour satisfaire aux besoins de tous. Ces contestations peuvent s'élever soit entre deux riverains qui se font face, soit entre un riverain supérieur et un riverain inférieur. Qui règlera le différend? Ce sera le tribunal civil. Sa compétence était tout naturellement indiquée, puisqu'il s'agit d'une question de propriété. Tout au moins les riverains sont des co-usagers relativement à l'eau courante, et le tribunal civil devait être compétent pour régler entre eux, au cas de contestation, l'usage de l'eau, de même qu'il l'est pour opérer le partage d'une chose indivise entre plusieurs copropriétaires qui ne peuvent parvenir à s'entendre amiablement : l'usage, après tout, est un démembrement de la propriété. La décision, par laquelle le tribunal opère cette répartition, porte le nom de *règlement d'eau*. Il ne peut statuer que sur la demande des intéressés, qui viennent s'adresser à lui pour faire juger leur différend.

Y a-t-il des règles qui s'imposent au juge pour la répartition des eaux entre les divers riverains? La loi dit qu'il doit, en prononçant, « concilier l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété ». C'est lui donner, en d'autres termes, un pouvoir discrétionnaire, en lui indiquant toutefois quel est l'esprit qui doit présider à ses décisions. Le juge sera ici surtout un ministre d'équité. Ainsi il peut décider que chaque riverain aura droit à l'usage exclusif de l'eau courante pendant un certain nombre de jours par semaine ou par mois, ou pendant un certain nombre d'heures par jour.

Notons en passant que les mots *avec le respect dû à la PROPRIÉTÉ* fournissent un argument très puissant à ceux qui soutiennent que le lit des petites rivières appartient aux riverains : ces mots semblent bien en effet faire allusion à la propriété du sol sur lequel l'eau coule.

* Les règlements d'eau émanés des tribunaux n'ont, comme toutes les décisions judiciaires, qu'une autorité relative. Ils ne sauraient donc être opposés qu'à ceux qui étaient parties en cause (arg. art. 1351). De là il résulte que la prudence commande aux riverains qui veulent obtenir un règlement d'eau de mettre en cause tous ceux qui peuvent avoir intérêt à contester plus tard ce règlement ; mais le juge n'aurait pas le droit de les y forcer.

* D'un autre côté, les règlements d'eau faits par la justice, ne sont pas immuables, même entre les parties qui y sont représentées : ils sont susceptibles d'être modifiés suivant les circonstances, sur la demande des intéressés. Cass., 16 juin 1884, S. 84. 1. 341, D., 85. 1. 151. Ces règlements n'ont donc jamais, à ce point de vue, force de chose irrévocablement jugée, et c'est pourquoi ils échappent au contrôle de la cour de cassation. Cass., 17 mai 1893, D., 93. 1. 348.

1448. Le pouvoir discrétionnaire, que la loi donne en principe au tribunal civil pour régler les droits respectifs des riverains, reçoit trois limitations :

1° Le juge doit respecter les *règlements particuliers*, expression qui fait sans doute allusion aux règlements émanant des riverains eux-mêmes, et par lesquels ils ont déterminé d'un commun accord leurs droits respectifs. Ici, comme partout, la convention fait la loi des parties, et le juge, loin de la violer, doit au contraire la faire respecter et en assurer l'exécution. Cass., 16 mai 1876, S., 77. 1. 63, D., 77. 1. 78.

2° Le tribunal doit respecter les *règlements locaux*, c'est-à-dire ceux qui émanent de l'administration.

* En vertu du droit de police qui lui appartient sur les cours d'eau, l'administration peut faire des règlements dans des vues d'intérêt général. C'est ainsi qu'elle a le droit de fixer la hauteur des retenues d'eau, afin d'assurer le libre écoulement des eaux. L'administration est en outre chargée de *diriger les eaux vers un but d'utilité générale d'après les principes de l'irrigation* (loi des 12-20 août 1790), et à ce titre elle a le droit de faire des règlements destinés à assurer le meilleur mode de jouissance des eaux. Eh bien ! le juge chargé de régler les droits des riverains, doit toujours respecter ces règlements émanés de l'administration. Au contraire l'administration, quand elle fait des règlements d'eau, n'est obligée de respecter ni les règlements qui émanent des riverains ni ceux qui émanent du juge ; car les uns et les autres sont faits dans un intérêt particulier, et l'intérêt général domine l'intérêt particulier.

3° Enfin le juge appelé à trancher une contestation entre deux riverains relativement à l'usage de l'eau, est tenu de respecter les droits qui seraient acquis à l'un d'eux par titre, par prescription ou par la destination du père de famille. Cass., 19 déc. 1887, S., 88. 1. 149, D., 88. 1. 471, et 17 mai 1893 (deux arrêts) D., 93. 1. 348.

N° 4. Servitudes relatives à l'irrigation et à l'écoulement des eaux.

1449. Deux lois postérieures au code civil sont venues compléter les dispositions de ce code relatives au droit d'irrigation. La première, en date du 29 avril 1845, est intitulée : *Loi sur les irrigations*. Elle crée la servitude dite *d'aqueduc*. La seconde, du 11 juillet 1847, établit la servitude *d'appui*. Une troisième comble une lacune importante que présentait le code civil, en donnant les moyens pratiques de réaliser l'opération connue sous le nom de *drainage* : c'est la loi du 10 juin 1854. Nous devons entrer dans quelques détails sur ces dispositions législatives, qui ont un lien étroit avec le code civil.

1. Servitude d'aqueduc.

1450. Les travaux que l'on exécute pour conduire l'eau d'un point à un autre, portant le nom d'*aqueduc*, de *aquam ducere*. La servitude d'aqueduc consiste dans le droit, qui appartient au propriétaire d'un fonds, d'avoir un aqueduc sur un fonds appartenant à un autre propriétaire. Ce dernier est obligé de souffrir les

travaux nécessaires pour l'établissement de l'aqueduc, et de le laisser fonctionner une fois qu'il est établi.

1451. Souvent un propriétaire ne peut utiliser pour l'irrigation de ses propriétés l'eau dont il a le droit de disposer, qu'à la condition de faire passer cette eau par des héritages intermédiaires qui la séparent des propriétés à irriguer. Ainsi je suis propriétaire de deux fonds, le fonds A et le fonds B, séparés par des héritages intermédiaires : j'ai une source dans le fonds A, et je voudrais employer l'eau qu'elle fournit à arroser le fonds B. Il est clair que je ne puis y parvenir qu'en faisant passer l'eau sur les fonds intermédiaires.

Sous l'empire du code civil, le droit d'aqueduc ne pouvait être obtenu qu'au moyen d'un arrangement amiable avec les propriétaires des héritages intermédiaires, de sorte que leur résistance, ou même la résistance d'un seul s'il y en avait plusieurs, pouvait paralyser l'exercice du droit d'irrigation, au grand préjudice de l'agriculture qui vit d'eau autant que d'air et de soleil, et par suite de la société tout entière qui est intéressée à sa prospérité.

La loi du 29 avril 1845 a changé cet état de choses : elle permet au propriétaire, qui a besoin d'un passage sur les fonds d'autrui pour les eaux qu'il destine à l'irrigation de ses propriétés, d'obtenir de la justice ce qu'il ne peut obtenir par le moyen d'un arrangement amiable. Aux termes de l'art. 1 de la loi : « *Tout propriétaire qui voudra se servir, pour l'irrigation de ses propriétés, des eaux naturelles ou artificielles dont il a le droit de disposer, pourra obtenir le passage de ces eaux sur les fonds intermédiaires, à la charge d'une juste et préalable indemnité. — Sont exceptés de cette servitude les maisons, cours, jardins, parcs et enclos attenants aux habitations* ».

= *Des eaux naturelles ou artificielles dont il a le droit de disposer.* Ce texte est conçu dans les termes les plus généraux. Peu importe donc qu'il s'agisse des eaux d'un puits artésien (eaux artificielles) ou des eaux d'une source, d'un lac, d'un étang (eaux naturelles). Par cela seul que le propriétaire a le droit de disposer des eaux qu'il veut faire servir à l'irrigation, il peut obtenir la servitude d'aqueduc établie par notre article.

Avant la loi de 1845, il y avait controverse sur le point de savoir si le propriétaire riverain d'une eau courante ne formant pas une dépendance du domaine public, pouvait employer cette eau à l'irrigation d'une autre propriété non riveraine. La question était en général résolue dans le sens de la négative. Elle doit l'être aujourd'hui en sens contraire. Cela résulte de la généralité du texte de notre art. 1, et plus encore des explications qui ont été données lors de la confection de la loi. Si l'on admet cette solution, il en résulte que le propriétaire riverain pourrait obtenir le droit d'établir un aqueduc sur les fonds

intermédiaires, pour conduire l'eau à la propriété plus éloignée qu'il veut irriguer. C'est le cas dans lequel notre article reçoit le plus fréquemment son application. Cass., 17 janvier 1888, D., 88. 1. 75, S., 88. 1. 149.

La cour de cassation a même jugé par un arrêt en date du 29 mai 1877 (D., 77.1.425, S., 78. 1. 30), qu'un propriétaire *non riverain* d'un ruisseau, peut réclamer la servitude d'aqueduc pour en conduire l'eau dans une propriété qu'il veut irriguer, lorsqu'il possède à un titre quelconque le droit de disposer de l'eau pour cet usage. La loi de 1845 ne limite pas sa faveur aux propriétaires riverains, et ce serait ajouter à son texte que d'exiger cette condition. Voyez aussi Cass., 14 juillet 1875, S. 76. 1. 470, D., 76. 1. 374.

1452. La servitude d'aqueduc établie par notre article n'existe pas de plein droit. Faute d'un arrangement amiable, le propriétaire qui veut l'obtenir doit s'adresser à la justice. Celle-ci statue *cognita causa*; c'est-à-dire qu'elle n'est pas obligée d'accorder la servitude; elle peut la refuser, si elle estime que l'intérêt de l'agriculture n'exige pas ce sacrifice, si par exemple les terrains qu'il s'agit d'irriguer sont d'une étendue insignifiante. C'est la justice aussi qui détermine le mode de canalisation à appliquer (à ciel ouvert ou à ciel couvert). Le tribunal peut laisser le choix à l'intéressé. Cass., 16 juin 1884, D., 85. 1. 151. En somme, le juge est investi d'un pouvoir discrétionnaire. La loi ne dit pas que le propriétaire pourra *exiger* un passage ni même qu'il pourra le *réclamer*, comme le portait la rédaction primitive de la loi, mais bien qu'il pourra *l'obtenir*: ce qui donne à entendre qu'on peut le lui refuser. Pau, 21 nov. 1892, D, 93. 2. 149.

1453. Le droit de forcer les propriétaires des fonds intermédiaires à subir la servitude dont il s'agit, constitue une sorte d'expropriation, que le législateur autorise parce qu'il y a un intérêt général en cause, l'intérêt de l'agriculture, mais qui en définitive profite principalement à un particulier. Aussi la loi impose-t-elle ici, comme en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, le paiement d'une *juste et préalable* indemnité. Cpr. *supra* n. 1264.

1454. Souvent la propriété qui recevra l'eau amenée par l'aqueduc, ne l'absorbera pas, en totalité. Sous peine de retirer d'une main au propriétaire ce qu'on lui accordait de l'autre, il fallait bien l'autoriser à écouler sur les terrains voisins l'excédent de l'eau employée à l'irrigation. C'est ce qu'a fait l'art. 2, ainsi conçu: « *Les propriétaires des fonds inférieurs devront recevoir les eaux qui s'écouleront des terrains ainsi arrosés, sauf l'indemnité qui pourra leur être due. — Seront également exceptés de cette servitude les maisons, cours, jardins, parcs et enclos attenants aux habitations* ».

La loi dit: « sauf l'indemnité qui pourra leur être due ». Ce langage est bien différent de celui de l'article précédent où on lit ces mots: « moyennant une juste et préalable

» indemnité ». L'art. 2 n'accorde qu'hypothétiquement l'indemnité que l'art. 1 alloue dans tous les cas, et par suite il n'en ordonne pas le paiement préalable. La raison en est qu'il y aura peut-être profit plutôt que perte pour les héritages voisins qui recevront l'eau; il faut donc attendre les événements. D'ailleurs il serait difficile d'estimer l'importance du préjudice avant qu'il fût réalisé.

La servitude établie par l'art. 2, de même que celle établie par l'art. 1^{er}, n'existe pas de plein droit. Cass., 1^{er} février 1888, S., 90. 1. 410. Cpr. *supra* n. 1452.

1455. Nous nous bornerons à transcrire les art. 3, 4 et 5.

ART. 3. *La même faculté de passage sur les fonds intermédiaires pourra être accordée au propriétaire d'un terrain submergé en tout ou en partie à l'effet de procurer aux eaux nuisibles leur écoulement.*

ART. 4. *Les contestations auxquelles pourront donner lieu l'établissement de la servitude, la fixation des parcours de la conduite d'eau, de ses dimensions et de sa forme, et les indemnités dues, soit au propriétaire du fonds traversé, soit à celui du fonds qui recevra l'écoulement des eaux, seront portées devant les tribunaux, qui, en prononçant, devront concilier l'intérêt de l'opération avec le respect dû à la propriété. — Il sera procédé devant les tribunaux comme en matière sommaire, et, s'il y a lieu à expertise, il pourra n'être nommé qu'un seul expert.*

ART. 5. *Il n'est aucunement dérogé par les présentes dispositions aux lois qui règlent la police des eaux.*

2. Servitude d'appui.

1456. Souvent il n'est possible d'utiliser l'eau courante pour l'irrigation, qu'à la condition d'élever son niveau, afin qu'elle coule par la pente naturelle du terrain, et en suivant la voie qu'on lui ouvre, sur les héritages à irriguer. On obtient cette élévation à l'aide d'un barrage dans le lit du cours d'eau. Ce barrage s'effectue au moyen d'ouvrages qui doivent nécessairement être appuyés sur les deux rives; car il n'est efficace qu'à la condition d'intercepter le cours d'eau dans toute sa largeur. Sous l'empire du code civil, celui dont la propriété était traversée par l'eau courante, et qui par conséquent était propriétaire des deux rives, n'éprouvait pas d'embarras pour établir le barrage dont il vient d'être parlé. Mais il n'en était pas de même du propriétaire riverain d'un seul côté : il ne pouvait appuyer aucun ouvrage sur la rive opposée qu'avec le consentement du propriétaire de cette rive, et souvent le refus de celui-ci le mettait dans l'impossibilité d'effectuer le barrage, et par suite de se servir des eaux pour l'irrigation. Cet état de choses, fâcheux pour l'agriculture, a été modifié par la loi du 11 juillet 1847, intitulée comme la précédente : *Loi sur les irrigations*, qui est venue créer la servitude d'appui. Aux termes de l'art. 1 de cette loi : « *Tout propriétaire qui voudra se servir, pour l'irrigation de ses propriétés, des eaux naturelles ou artificielles dont il a le droit de disposer, pourra obtenir la faculté d'appuyer sur la propriété du riverain opposé les ouvrages d'art nécessaires à sa prise d'eau, à la charge d'une juste et préalable*

indemnité. — Sont exceptés de cette servitude les bâtiments, cours et jardins attenants aux habitations ».

Ce texte n'établit la servitude d'appui, de même que l'art. 1 de la loi du 29 avril 1845 n'établit la servitude d'aqueduc, que pour les besoins de l'irrigation. Ni l'une ni l'autre servitude ne pourrait donc être accordée par le juge en vue d'un intérêt industriel, par exemple pour l'établissement d'une usine : ce qui est regrettable, l'industrie paraissant avoir droit à la même protection que l'agriculture.

Remarquez que la loi n'excepte plus ici, comme elle l'a fait pour la servitude d'aqueduc, les parcs et enclos attenants aux habitations : ce qui s'explique par cette considération que la servitude d'appui est beaucoup moins gênante que la servitude d'aqueduc.

En aucun cas le barrage ne peut être établi sans une autorisation administrative. Cette autorisation est délivrée par le préfet, sauf les droits des tiers. Décret du 25 mars 1852, tableau D.-3^o.

1457. Nous transcrivons les autres articles de la loi.

ART. 2. — *Le riverain sur le fonds duquel l'appui sera réclamé pourra toujours demander l'usage commun du barrage, en contribuant pour moitié aux frais d'établissement et d'entretien; aucune indemnité ne sera respectivement due dans ce cas, et celle qui aurait été payée devra être rendue. — Lorsque cet usage commun ne sera réclamé qu'après le commencement ou la confection des travaux, celui qui le demandera devra supporter seul l'excédent de dépense auquel donneront lieu les changements à faire au barrage pour le rendre propre à l'irrigation des deux rives.*

ART. 3. — *Les contestations auxquelles pourra donner lieu l'application des deux articles ci-dessus seront portées devant les tribunaux. Il sera procédé comme en matière sommaire, et s'il y a lieu à expertise, le tribunal pourra ne nommer qu'un seul expert.*

ART. 4. — *Il n'est aucunement dérogé, par les présentes dispositions, aux lois qui règlent la police des eaux.*

3. Servitudes relatives à l'écoulement des eaux nuisibles.

1458. L'art. 3 de la loi du 29 avril 1845, que nous avons transcrit au n. 1453, permet au propriétaire d'un terrain submergé en tout ou en partie, d'obtenir un passage sur les fonds intermédiaires qui le séparent d'un cours d'eau ou de toute autre voie d'écoulement, pour se débarrasser des eaux qui rendent son fonds insalubre ou stérile. Ce principe a été développé et complété par la loi du 10 juin 1854 sur le libre écoulement des eaux provenant du drainage.

Le mot *drainage* est la traduction d'un mot anglais qui signifie *assèchement*. Le drainage a pour but d'*assécher* un fonds naturellement imprégné d'une trop grande quantité d'eau. On obtient ce résultat par divers moyens, et notamment à l'aide d'une série de tuyaux souterrains, présentant de nombreuses solutions de continuité, qui leur permettent de soutirer l'eau pour la conduire à une voie d'écoulement. Mais quand cette voie d'écoulement n'est pas contiguë au fonds qu'il s'agit d'assainir, il faut nécessairement faire passer les tuyaux de conduite sur les fonds intermédiaires. La loi de 1854 permet d'imposer cette servitude aux propriétaires de ces héritages. Auparavant leur consentement était nécessaire.

Aux termes de l'art. 1 de la loi : « *Tout propriétaire qui veut assainir son fonds par le drainage, ou un autre mode d'assèchement, peut, moyennant une juste et préalable indemnité, en conduire les eaux souterrainement ou à ciel ouvert, à travers les propriétés qui séparent ce fonds d'un cours d'eau ou de toute autre voie d'écoulement. — Sont exceptés de cette servitude, les maisons, cours, jardins, parcs et enclos attenants aux habitations* ».

= Qui veut assainir son fonds par le drainage. Peu importe que ce soit en vue d'une exploitation agricole ou d'une exploitation industrielle. *Lex non distinguit*. Cass., 6 juin 1887, S., 87. 1. 368, D., 87. 1. 315.

Les termes de cet article, beaucoup plus énergiques que ceux des lois de 1845 et de 1847, autorisent le propriétaire qui veut entreprendre le drainage à *exiger* sur les fonds intermédiaires un passage pour les eaux qu'il veut écouler. Le juge n'a donc plus ici le pouvoir d'appréciation qui lui est accordé quand il s'agit de la servitude d'aqueduc et de la servitude d'appui : ce qui est peut-être regrettable.

Nous renvoyons aux autres articles de la loi pour les détails.

N° 5. Des eaux pluviales.

1459. Le code civil est muet sur les eaux pluviales.

Tant qu'elles existent à l'état de nuages, les eaux pluviales sont *res nullius*. Après leur chute elles appartiennent, par droit d'*occupation* suivant les uns, par droit d'*accession* suivant les autres, au propriétaire du sol sur lequel elles sont tombées.

Celui-ci peut, comme il le pourrait pour des eaux de source, les laisser couler sur les fonds inférieurs suivant la pente naturelle du terrain, ou en disposer soit en les absorbant, soit en les cédant, sans que le propriétaire inférieur auquel la pente naturelle du terrain ait le droit de se plaindre, à moins qu'il n'ait lui-même acquis un droit à ces eaux soit par titre, soit par la destination du père de famille, soit par la prescription. La prescription s'accomplirait par trente ans à dater du jour où le propriétaire inférieur aurait fait et terminé des travaux apparents destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau dans sa propriété. Cpr. Cass., 10 nov. 1886, S., 90. 1. 447. Ce même arrêt décide que le propriétaire du fonds inférieur peut s'affranchir par la prescription trentenaire de la servitude que lui impose l'art. 640, en faisant sur son fonds des travaux qui empêchent l'écoulement des eaux et les font refluer sur le fonds supérieur.

§ II. Du bornage.

1460. Le bornage est une opération qui a pour but de marquer par des signes matériels la ligne séparative de deux propriétés contiguës. Il a lieu contradictoirement avec le voisin, et c'est par là qu'il diffère essentiellement de la clôture. Le bornage s'effectue ordinairement au moyen de pierres-bornes, qui doivent être disposées de telle façon qu'en allant en ligne droite d'une borne à l'autre, on suive exactement la ligne séparative des deux héritages.

Pour que l'on puisse facilement reconnaître les pierres-bornes, on leur donne ordinairement une taille particulière, qui varie suivant les localités. Souvent aussi, dans la même vue, on les entoure en les plantant de certaines substances incorruptibles, telles que de la houille, du verre, des coquilles... Dans certains pays, on brise une tuile en deux, et on enterre une des moitiés de chaque côté de la borne : ce qui permettra plus tard, en les confrontant, de reconnaître, comme dit Coquille, « que ça a été autrefois une seule tuile qui à escient a été cassée pour servir à cet effet ». Les diverses substances que l'on enfouit ainsi au pied des bornes, pour leur servir en quelque sorte d'étiquette, portent le nom de *témoins* ou *garants*, parce qu'elles remplacent les témoins qu'il était d'usage au moyen âge de faire assister à l'opération du bornage. On choisissait ordinairement pour remplir ce rôle de très jeunes enfants, afin de s'assurer une preuve de plus longue durée : et, pour attirer leur attention sur le fait qu'il s'agissait de constater, il paraît qu'on leur infligeait quelque correction en rapport avec leur âge.

1461. Aux termes de l'art. 646 : « *Tout propriétaire peut obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contiguës. Le bornage se fait à frais communs* ».

Si l'un des deux voisins refuse de concourir au bornage, l'autre peut l'y forcer au moyen d'une action qu'on appelle l'action en bornage. Cette action peut être intentée, non seulement par l'un des propriétaires voisins contre l'autre, mais aussi par un usufruitier ou un usager, sauf dans ce cas au défendeur à mettre le propriétaire en cause, afin que le bornage soit fait contradictoirement avec lui et lui devienne opposable. Le fermier n'aurait pas l'action en bornage ; car, à la différence de l'usufruitier ou de l'usager, il n'a pas de droit réel sur le fonds. Cpr. t. III, n. 703.

1462. Du juge compétent pour statuer sur l'action en bornage. — Depuis la loi du 25 mai 1838, l'action en bornage est de la compétence du juge de paix ; auparavant elle était de la compétence du tribunal civil. On lit à ce sujet dans l'art. 6 de la loi précitée : « *Les juges de paix connaissent... 2^o des actions en bornage lorsque la propriété ou les titres qui l'établissent ne sont pas contestés* ».

La restriction établie par ce dernier membre de phrase semble, au premier abord, rendre la compétence attribuée au juge de paix en matière de bornage complètement illusoire. En effet, si la propriété ou les titres qui l'établissent ne sont pas contestés, alors les voisins sont d'accord sur les limites de leurs héritages respectifs ; il s'agit donc seulement de planter les bornes sur la ligne séparative des deux héritages, opération à laquelle ils pourront bien procéder eux-mêmes, sans avoir besoin de recourir au ministère du juge de paix.

Mais tout d'abord, il peut parfaitement arriver que l'un des voisins, sans élever pour le moment aucune contestation sur la limite des héritages contigus, refuse de procéder au bornage, peut-être pour éviter de contribuer aux frais, bien minimes cependant, auxquels donnera lieu cette opération, plus souvent parce qu'il espère, grâce à l'absence de signe visible indiquant la limite des héritages, pouvoir commettre quelque anticipation sur le voisin. L'action en bornage fournira le moyen de vaincre cette résistance.

D'un autre côté, il se peut que l'un des voisins, ayant acquis la possession annale sur une certaine portion de terrain en sus de celle que lui attribue son titre, soutienne que le bornage doit être effectué en conformité de sa possession et non conformément au titre.

Le juge de paix sera encore compétent, car la propriété n'est pas contestée, non plus que le titre qui l'établit, mais tout au plus la possession. Il fera opérer le bornage conformément au titre, sauf les effets de l'action possessoire qui pourra être intentée.

Enfin, les voisins, sans avoir aucune contestation relativement à la propriété ou aux titres qui l'établissent, peuvent ne pas être d'accord sur la ligne séparative de leurs propriétés contiguës, parce que la détermination de cette ligne dépend d'une opération qui n'a pas encore été faite, d'un arpentage par exemple. Ainsi, dans un partage de succession, un champ de forme rectangulaire est attribué à deux cohéritiers, à chacun pour la moitié, la partie nord à l'un, la partie sud à l'autre. Pour procéder au bornage, il faut avant tout déterminer la ligne séparative des deux propriétés. Si les deux cohéritiers, sans contester le partage, qui est ici le titre établissant la propriété, ne sont pas d'accord sur les points par lesquels doit passer la ligne séparative, le juge de paix aura qualité pour régler le différend, sur l'action en bornage intentée par l'un des cohéritiers. Cpr. Cass., 5 janvier 1892, D., 92. 1. 135. V. cep. *infra* Cass., 18 juin 1884.

Le juge de paix compétent est celui de la situation des immeubles à délimiter.

S'il y a contestation entre les propriétaires voisins sur la propriété ou sur les titres qui l'établissent, alors il y a une portion de terrain qui est litigieuse entre eux, et la question est de la compétence du tribunal civil. Le juge de paix, qui aurait été saisi de l'action, devrait se déclarer, même d'office, incompétent.

En ce sens, Cass., 21 mars 1892, S., 92. 1. 376, et 18 juin 1884, S., 87. 1. 479, D., 85. 1. 213. D'après ce dernier arrêt, le tribunal civil, saisi de la question de propriété à raison de laquelle le juge de paix s'est déclaré incompétent, ne doit pas se borner à décider que l'une des parties a droit à telle portion de la pièce de terre litigieuse (7 ares 30 centiares dans l'espèce), il doit en outre déterminer matériellement cette portion et par conséquent fixer la ligne séparative des deux héritages, sauf aux parties à revenir devant le juge de paix pour l'exécution de l'opération matérielle du bornage, qui devra se faire en suivant la ligne tracée par le tribunal.

L'action en bornage constitue pour les propriétaires voisins un acte de pure faculté ; à ce titre elle est imprescriptible (art. 2232).

1463. « Le bornage se fait à frais communs », dit l'art. 646 *in fine* : ce qui signifie que les frais du bornage (frais d'achat, de taille et de pose des pierres...) doivent être supportés pour moitié par chaque propriétaire voisin, alors même que la propriété de l'un aurait une étendue beaucoup plus considérable que celle de l'autre. La raison en est que le bornage profite également aux deux voisins.

Toutefois on décide généralement que les frais d'arpentage, quand il y a lieu de procéder à cette opération, ne doivent pas être considérés comme des frais de bornage proprement dits, et qu'ils devraient en conséquence être supportés par chaque propriétaire proportionnellement à l'étendue de sa propriété. D'autre part, il est sans difficulté que les frais des contestations judiciaires auxquelles le bornage a pu donner lieu, doivent être mis à la charge de celui des deux voisins qui a succombé dans ces contestations (art. 130 C. pr.).

Faute d'un texte qui l'y autorise, le juge français n'aurait pas le droit, comme le juge romain de l'action *finium regundorum*, d'adjuger à l'un des voisins, moyennant indemnité, une partie de la propriété de l'autre, pour arriver à une meilleure délimitation des héritages. Il ne pourrait même pas imposer aux voisins un échange de terrain en vue de rectifier la ligne séparative de leurs héritages.

§ III. *De la clôture.*

1464. Aux termes de l'art. 647 : « *Tout propriétaire peut clore son héritage, sauf l'exception portée en l'article 682* ».

Les mots qui terminent ce texte font allusion au droit de passage, que la loi permet au propriétaire d'un fonds *enclavé*, c'est-à-dire sans issue pour arriver à la voie publique, de réclamer sur les fonds voisins. Ceux-ci ne peuvent pas plus, par la clôture, se soustraire à cette servitude légale qu'à l'exercice d'une servitude conventionnelle de passage.

D'ailleurs le propriétaire d'un fonds grevé d'une servitude de passage conventionnelle ou légale n'en conserve pas moins le droit de se clore en ménageant aux deux extrémités du chemin qui traverse sa propriété une barrière dont il donnera la clé au propriétaire du fonds dominant. Arg. art. 701. Caen, 2^o janvier 1891, S., 91. 2. 202, D., 92. 2. 176.

1465. Dans notre ancienne jurisprudence, le droit naturel qui appartient à tout propriétaire de clore son héritage recevait une double entrave.

La première résultait du droit de chasse, appartenant au seigneur féodal ou haut justicier, qui pouvait être exercé même dans les parcs et jardins attenants aux habitations. Ce privilège disparut avec les autres dans la nuit du 4 août 1789.

La deuxième résultait des droits de parcours et de vaine pâture.

La *vaine pâture* est le droit réciproque qu'ont les habitants d'une même commune de faire paître leurs troupeaux ou bestiaux sur les héritages les uns des autres « où il n'y a ni semences ni fruits, et qui, d'après la loi ou l'usage ne sont point en défends ». Le butin, que les animaux peuvent ainsi recueillir est assez maigre, d'où l'expression de *vaine pâture*, par opposition à la pâture *vive* ou *grasse*, qui s'exerce dans les terrains exclusivement affectés au pâturage. Grâce au droit de vaine pâture « les petits, les pauvres, les moins fortunés de nos communes rurales, peuvent entretenir les quelques têtes de bétail qu'ils possèdent et dont l'ensemble constitue une véritable richesse pour le pays ».

Le droit de *parcours*, qu'on appelle aussi *entre-cours* ou *marriage*, n'est pas autre chose que le droit de vaine pâture exercé respectivement par les habitants de deux communes voisines, ou en d'autres termes le droit de vaine pâture exercé de commune à commune.

D'après quelques-unes de nos anciennes coutumes, le droit de parcours ou de vaine pâture, dans les communes où il existait, faisait obstacle à ce qu'un propriétaire pût clore son héritage, parce que, par la clôture, il l'aurait soustrait au domaine de la vaine pâture ou du parcours. C'était une véritable servitude et une servitude fort onéreuse.

La loi du 6 octobre 1791, tout en maintenant les droits de vaine

pâtûre et de parcours, supprima les entraves qu'ils apportaient au droit de clôture. Mais comme le nombre de têtes de bétail, que chaque propriétaire pouvait envoyer au parcours ou à la vaine pâtûre, était proportionnel à la quantité de terrain qu'il possédait, celui qui, par la clôture, soustrayait une partie de ses héritages au domaine commun, devait nécessairement voir son droit au parcours ou à la vaine pâtûre diminuer proportionnellement. C'est ce que décidait la loi précitée, et c'est ce que décida après elle l'art. 648, ainsi conçu : « *Le propriétaire qui veut se clore, perd son droit au parcours et à la vaine pâtûre en proportion du terrain qu'il y soustrait* ».

Notre législateur, reproduisant sur ce point les dispositions de la loi de 1791, affranchit donc les fonds de la servitude dont ils étaient grevés par suite des droits de parcours et de vaine pâtûre, et on se demande comment une disposition, qui proclame la liberté des héritages, a pu trouver place dans le titre *Des servitudes*.

1465 bis. L'atteinte, que les droits de parcours et de vaine pâtûre, même avec les tempéraments dont nous venons de parler portaient au droit de propriété, était-elle suffisamment justifiée par des considérations d'intérêt général? Notre nouveau législateur ne l'a pas pensé. Une loi du 9 juillet 1889 abolit le droit de parcours d'une manière absolue, sauf indemnité pour le cas où ce droit aurait été établi à titre onéreux. Cette même loi abolit le droit de vaine pâtûre en principe. Nous disons *en principe*, car elle en autorise le maintien sur la demande des conseils municipaux ou de particuliers intéressés. Et toutefois, en aucun cas, d'après l'art. 5 de la loi précitée, « *la vaine pâtûre ne peut s'exercer sur les prairies naturelles et artificielles* ».

A moins d'un an de date, les réclamations d'un certain nombre de conseils municipaux forçaient le législateur à retoucher son œuvre. On se plaignait surtout de l'abolition absolue du droit de vaine pâtûre sur les prairies naturelles. Pour donner satisfaction à ces réclamations, la loi du 22 juin 1890 a supprimé dans le texte critiqué (art. 5) les mots *prairies naturelles*, et du même coup le législateur a réalisé certaines améliorations en remaniant le texte des art. 2 et 12.

La matière est donc régie aujourd'hui par la loi du 9 juillet 1889 modifiée dans ses articles 2, 5 et 12 par la loi du 22 juin 1890.

Nous allons parcourir rapidement les dispositions de cette loi.

I. DROIT DE PARCOURS. Aux termes de l'art 1^{er} : « *Le droit de parcours est aboli. La suppression de ce droit ne donne lieu à indemnité que s'il a été acquis à titre onéreux. Le montant de l'indemnité est réglé par le conseil de préfecture, sauf renvoi aux tribunaux ordinaires en cas de contestation sur le titre* ».

II. DROIT DE VAINE PÂTURE. La loi distingue si ce droit a été établi à titre particulier sur un héritage déterminé ou s'il appartient à la généralité des habitants et s'applique en même temps à la généralité du territoire d'une même commune ou section de commune.

a. Le premier cas est régi par l'art. 12 de la loi, ainsi conçu : « Néanmoins la vaine pâture, fondée sur un titre et établie sur un héritage déterminé, soit au profit d'un ou de plusieurs particuliers, soit au profit de la généralité des habitants d'une commune, est maintenue et continuera à s'exercer conformément aux droits acquis. Mais le propriétaire de l'héritage grevé pourra s'affranchir, soit moyennant une indemnité fixée à dire d'experts, soit par voie de cantonnement ». Pour la définition du cantonnement, vovez *supra* n. 1412.

b. En ce qui concerne le second cas, l'art. 2 de la loi dispose : « Le droit de vaine pâture, appartenant à la généralité des habitants et s'appliquant en même temps à la généralité du territoire d'une commune ou d'une section de commune, cessera de plein droit un an après la promulgation de la présente loi ».

L'article ajoute : « Toutefois, dans l'année de cette promulgation, le maintien du droit de vaine pâture, fondé sur une ancienne loi ou coutume, sur un usage immémorial ou sur un titre, pourra être réclaté au profit d'une commune, ou d'une section de commune, soit par délibération du conseil municipal, soit par requête d'un ou plusieurs ayants droit adressée au préfet. — En cas de réclamation particulière, le conseil municipal sera mis en demeure de donner son avis dans les six mois ; à défaut de quoi il sera passé outre ». — Si la réclamation, de quelque façon qu'elle se soit produite, n'a pas été, dans l'année de la promulgation, l'objet d'une décision, conformément aux dispositions du paragraphe 1^{er} de l'article 3 de la loi du 9 juillet 1889, la vaine pâture continuera à être exercée jusqu'à ce que cette décision soit intervenue.

Nous nous bornerons à reproduire le texte des art. 3 à 11 de la loi ainsi conçus :

ART. 3. La demande de maintien, qu'elle émane d'un conseil municipal ou qu'elle émane d'un ou plusieurs ayants droit, sera soumise au conseil général, dont la délibération sera définitive si elle est conforme à la délibération du conseil municipal. S'il y a divergence, la question sera tranchée par décret rendu en conseil d'Etat. — Si le droit de vaine pâture a été maintenu, le conseil municipal pourra seul ultérieurement, après enquête de commodo et incommodo, en proposer la suppression sur laquelle il sera statué dans les formes ci-dessus indiquées.

ART. 4. La vaine pâture s'exercera soit par troupeau séparé, soit au moyen du troupeau en commun, conformément aux usages locaux, sans qu'il puisse être dérogé aux dispositions des articles 647 et 648 du code civil et aux règles expressément établies par la présente loi.

ART. 5. Dans aucun cas et dans aucun temps, la vaine pâture ne peut s'exercer sur les prairies artificielles. — Elle ne peut avoir lieu sur aucune terre ensemencée ou couverte d'une production quelconque faisant l'objet d'une récolte, tant que la récolte n'est pas enlevée.

ART. 6. Le droit de vaine pâture, établi comme il est dit en l'article 2, ne fait jamais obstacle à la faculté que conserve tout propriétaire, soit d'user d'un nouveau mode d'assolement ou de culture, soit de se clore. Tout terrain clos est affranchi de la vaine pâture. — Est réputé clos tout terrain entouré soit par une haie vive, soit par un mur, une palissade, un treillage, une haie sèche d'une hauteur d'un mètre au moins, soit par un fossé d'un mètre vingt centimètres à l'ouverture et de cinquante centimètres de profondeur, soit par des traverses en bois ou des fils métalliques distants entre eux de trente-trois centimètres au plus et s'élevant à un mètre de hauteur, soit par toute autre clôture continue et équivalente faisant obstacle à l'introduction des animaux.

ART. 7. L'usage du troupeau en commun n'est pas obligatoire. — Tout ayant droit peut renoncer à cette communauté et faire garder par troupeau séparé le nombre de têtes de bétail qui lui est attribué par la répartition générale.

ART. 8. La quantité de bétail proportionnée à l'étendue du terrain de chacun est fixée dans chaque commune ou section de commune entre tous les propriétaires ou fermiers exploitants, domiciliés ou non domiciliés, à tant de têtes par hectare, d'après les règle-

ments et usages locaux. En cas de difficulté, il y est pourvu par délibération du conseil municipal soumise à l'approbation du préfet.

ART. 9. Tout chef de famille domicilié dans la commune, alors même qu'il n'est ni propriétaire ni fermier d'une parcelle quelconque des terrains soumis à la vaine pâture, peut mettre sur lesdits terrains, soit par troupeau séparé, soit dans le troupeau commun, six bêtes à laine et une vache avec son veau, sans préjudice des droits plus étendus qui lui seraient attribués par l'usage local ou le titre.

ART. 10. Le droit de vaine pâture doit être exercé directement par les ayants droit et ne peut être cédé à personne.

ART. 11. Les conseils municipaux peuvent toujours, conformément aux articles 68 et 69 de la loi du 5 avril 1884, prendre des arrêtés pour régler le droit de vaine pâture, notamment pour en suspendre l'exercice en cas d'épizootie, de dégel ou de pluies torrentielles, pour cantonner les troupeaux de différents propriétaires ou les animaux d'espèces différentes, pour interdire la présence d'animaux dangereux ou malades dans les troupeaux.

Mentionnons enfin l'art. 13 de la loi, aux termes duquel : « Le ban des vendanges ne pourra être établi ou même maintenu que dans les communes où le conseil municipal l'aura ainsi décidé par délibération soumise au conseil général et approuvée par lui. — S'il était établi ou maintenu, il est réglé chaque année par arrêté du maire. — Les prescriptions de cet arrêté ne sont pas applicables aux vignobles clos de la manière indiquée par l'article 6 ».

CHAPITRE II

DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LA LOI

1466. « Les servitudes établies par la loi ont pour objet l'utilité publique ou communale, ou l'utilité des particuliers » (art. 649).

Il y a donc des servitudes légales d'utilité publique et des servitudes légales d'utilité privée.

1467. a. Les premières n'appartiennent pas au cadre du droit civil. C'est ce que dit l'art. 650, qui donne en même temps quelques exemples de ces servitudes : « Celles établies pour l'utilité publique ou communale ont pour objet le marchepied le long des rivières navigables ou flottables, la construction ou réparation des chemins et autres ouvrages publics ou communaux. Tout ce qui concerne cette espèce de servitude est déterminé par des lois ou règlements particuliers ».

La loi désigne ici, sous l'unique dénomination de *marchepied*, la double servitude établie dans l'intérêt de la navigation sur les rives des cours d'eau navigables ou flottables (*supra* n. 1293). C'est une servitude d'utilité publique. Il n'est peut-être pas aussi facile de dire au juste quelles sont les servitudes auxquelles le législateur fait allusion par ces mots assez vagues : celles qui ont pour objet « la construction ou réparation des chemins ou autres ouvrages publics ou communaux ». Il songeait sans doute au droit qui appartient aux agents de l'administration, de fouiller dans les terrains privés pour en extraire les matériaux nécessaires à la construction des chemins publics, droit qui est consacré par la loi des 28 septembre-6 octobre 1791, titre I, section VI, art. 1. Comme exemple de servitude d'utilité communale, on peut citer la servitude *altius non tollendi*, imposée aux propriétaires qui veulent construire dans l'intérieur de la ville de Paris. La hauteur des constructions est limitée à vingt mètres au *maximum*, et le nombre des étages à sept (décret du 23 juillet 1884).

1468. b. Venons aux servitudes légales d'utilité privée. L'art. 651 nous en donne une idée assez inexacte quand il dit : « *La loi* » assujettit les propriétaires à différentes obligations l'un à l'égard » de l'autre, indépendamment de toute convention ». Cette disposition permettrait de définir les servitudes légales dont il est ici question : *des obligations résultant du voisinage*, et conduirait à dire que ces servitudes sont des droits *personnels*. Mais la place que le législateur leur a assignée, dans le titre *Des servitudes*, proteste au besoin contre le nom qu'il leur donne. Nous en avons déjà fait la remarque (*supra* n. 1423). Répétons ici que les servitudes légales, comme les servitudes naturelles et les servitudes résultant du fait de l'homme, constituent des droits *réels*.

Aux termes de l'art. 652 : « *Partie de ces obligations est réglée* » par les lois sur la police rurale; — *Les autres sont relatives au* » mur et au fossé mitoyens, au cas où il y a lieu à contre-mur, aux » vues sur la propriété du voisin, à l'égout des toits, au droit de » passage ».

Le code civil ne s'occupe pas des lois sur la police rurale, dont parle l'alinéa 1^{er} de notre article. L'alinéa 2 est une table des matières que va traiter le législateur : elle correspond, à très peu de chose près, à la rubrique des cinq sections dont se compose notre chapitre.

Une loi, en date du 20 août 1881, a modifié profondément plusieurs articles de notre section. Elle est intitulée : « *Loi ayant pour objet le titre complémentaire du livre 1^{er} du Code rural, portant modification des articles du Code civil relatifs à la mitoyenneté des clôtures, aux plantations et aux droits de passage en cas d'enclave* ». Nous transcrivons un passage du rapport de M. Clément au sénat, qui indique très nettement le but de cette loi : « Les articles, que l'on vous propose de modifier, appartiennent tous aux sections 1 et 5 du chapitre II du titre IX du livre II du code civil, chapitre intitulé : *Des servitudes établies par la loi*. Les remaniements, qu'on vous demande d'apporter à ces articles, ne sont pas de nature à effrayer beaucoup ceux qui, par respect pour le plus important de nos codes, tiennent à le défendre contre de téméraires innovations et à maintenir l'intégrité de son texte. Il ne s'agit, en effet, dans la plupart des cas, que de faire entrer dans les termes de la loi des solutions déjà admises par la jurisprudence, et de préciser plus clairement les droits et les obligations des propriétaires voisins, afin de diminuer autant que possible les occasions trop fréquentes de querelles entre eux. La seule innovation véritable que contienne

le projet concerne la distance à observer pour les plantations, et encore on ne vous propose qu'un mode différent dans l'application du même principe ».

Nous allons rencontrer bientôt les différents articles modifiés par la loi nouvelle.

SECTION PREMIÈRE

DU MUR ET DU FOSSÉ MITOYENS

1469. Cette rubrique n'indique pas, à beaucoup près, toutes les matières qui font l'objet de la section. D'abord le législateur ne s'y occupe pas seulement de la mitoyenneté des murs et des fossés ; il traite aussi de la mitoyenneté des haies, et même de toutes les autres clôtures, depuis la loi du 20 août 1881 (nouveaux art. 666 à 670). Ensuite, à propos de la mitoyenneté des murs, il parle de la clôture forcée (art. 663) et du cas où les divers étages d'une même maison appartiennent à divers propriétaires (art. 664). Enfin il traite de la distance à observer pour les plantations (art. 671 à 673).

§ I. *De la mitoyenneté.*

1470. Définition de la mitoyenneté. — La mitoyenneté est *une communauté avec indivision forcée*. Cette définition, qui est acceptée par la plupart des auteurs, demande quelques explications.

La *communauté* est l'état de choses existant entre plusieurs personnes, qui ont un droit de copropriété sur une même chose indivise entre elles : comme si un même immeuble a été légué à *Primus* et à *Secundus*, sans que le testateur en ait opéré la division entre eux. Le droit de chacun des communistes porte, non pas sur une partie *divise* de la chose, c'est-à-dire sur une portion matériellement déterminée, mais sur chacune des molécules dont l'agrégation constitue la chose tout entière.

L'indivision, qui résulte de la communauté, est le plus souvent une source de difficultés et de querelles entre les divers communistes. Elle est un obstacle aussi à la bonne administration et à l'amélioration des biens auxquels elle s'applique : l'initiative de l'un sera paralysée par le mauvais vouloir de l'autre. *Qui a compagnon a maître!* dit Loysel. Aussi notre législateur autorise-t-il chacun des copropriétaires à demander le partage de la chose commune, et il prohibe même, comme contraire à l'ordre public, toute convention ou prohibition qui devrait avoir pour résultat de perpétuer l'indivision (art. 815). Ces principes souffrent exception au cas de mitoyenneté. L'un des copropriétaires de la chose

mitoyenne n'a pas le droit d'en exiger le partage (arg. art. 656) : partager la chose, ce serait la détruire. Ainsi deux voisins construisent à frais communs un mur pour séparer leurs jardins qui sont contigus. Le mur est mitoyen; chacun des voisins a un droit de copropriété sur chaque partie du mur, qui se trouve ainsi indivis entre eux, et qui restera tel indéfiniment, aucun des voisins n'ayant le droit de demander qu'il soit mis fin à l'indivision par un partage.

Telle est la principale différence entre la mitoyenneté et la communauté : dans la communauté ordinaire, l'un des communistes peut exiger qu'il soit mis fin à l'indivision par un partage, il le peut nonobstant prohibitions et conventions contraires (art. 815); ce droit n'appartient pas aux communistes, dans la communauté particulière qui constitue la mitoyenneté.

Il y a d'autres différences, que nous ne faisons qu'indiquer ici, et qui s'éclairciront par les détails dans lesquels nous entrerons bientôt. Notamment la mitoyenneté diffère de la communauté :

1° En ce qui concerne la manière de la prouver (voyez art. 653);

2° En ce qui regarde les droits des copropriétaires. La mitoyenneté autorise chacun des copropriétaires à faire subir à la chose, sans le consentement de l'autre, des modifications ou même des transformations qu'il n'aurait pas le droit d'effectuer s'il y avait communauté ordinaire. Notamment le copropriétaire d'un mur mitoyen peut le surélever sans le consentement de l'autre, et le reconstruire en entier à cette fin si c'est nécessaire.

3° La mitoyenneté suppose nécessairement deux héritages contigus appartenant à des propriétaires différents (Cass., 17 mars 1891, S., 92. 1. 545, D., 92. 1. 25). Il en est autrement de la communauté.

1470 bis. On pourra maintenant facilement comprendre les diverses étymologies qui ont été proposées du mot *mitoyenneté*. D'après les uns, il serait dérivé de *moi* et *toi*, parce que la chose mitoyenne appartient à moi et à toi. On fait remarquer en ce sens qu'on disait autrefois *metoyen* et même *moitoyen*. D'après d'autres, *mitoyenneté* viendrait du vieux mot français *mitan*, qui se retrouve encore dans le patois de plusieurs localités, et qui signifie *milieu*, *moitié*.

N° 1. Du mur mitoyen.

1471. Les règles de la mitoyenneté des murs ont été, pour la majeure partie, empruntées aux coutumes de Paris et d'Orléans, dont les dispositions se trouvent ainsi offrir une importance particulière pour l'interprétation de cette partie du code civil. Le droit romain n'offrait que peu ou point de matériaux à exploiter. En effet un mur ne peut être mitoyen qu'à la condition d'être construit sur la ligne séparative de deux héritages; or, d'après la législation romaine, un propriétaire ne pouvait construire qu'à la distance d'un pied de l'héritage voisin, s'il s'agissait d'un mur de clôture, et de deux pieds, s'il s'agissait d'une maison (L. 13. D., *Fin. reg.*). L'espace, qui existait ainsi entre une construction et l'héritage voisin portait le nom d'*ambitus*, et les maisons celui d'*insulæ*, parce que chaque maison, étant isolée de la maison voisine, formait une sorte d'île. Dans ces conditions, la mitoyenneté des murs ne pouvait constituer qu'un fait exceptionnel, si tant est qu'elle fût connue à Rome.

I. Quels murs sont mitoyens.

1472. « Un mur est mitoyen, dit Pothier, lorsque deux voisins l'ont fait construire à frais communs sur les confins de leurs deux

héritages, ou lorsqu'un seul l'ayant fait construire, l'autre en a acquis la mitoyenneté ». Il faut donc, pour qu'un mur soit mitoyen : 1° qu'il soit construit sur la limite des deux héritages contigus (Cass., 17 mars 1891, précité); 2° que les deux voisins l'aient construit à frais communs, ou, si le mur a été construit par un seul, que l'autre en ait acquis la mitoyenneté.

Prouver que le mur est construit sur la ligne séparative des deux héritages contigus, sera ordinairement chose facile. Mais la preuve que le mur a été construit à frais communs, ou que l'un des voisins en a acquis la mitoyenneté de l'autre, qui l'a construit exclusivement à ses frais, aurait pu dans biens des cas offrir de graves difficultés, surtout pour des murs de construction ancienne. Aussi le législateur a-t-il établi des présomptions de mitoyenneté, qui, la plupart du temps, dispenseront de toute preuve celui des voisins auquel l'autre conteste la mitoyenneté du mur, en s'en prétendant le propriétaire exclusif; on a ainsi tari par avance une source féconde de procès. Comme toutes les présomptions, celles-ci sont basées sur des probabilités : *præsumptio sumitur ex eo quod plerumque fit*. Comme toutes les présomptions aussi, elles doivent être sévèrement restreintes aux cas en vue desquels le législateur les a établies; car les présomptions sont des exceptions au droit commun et les exceptions sont de stricte interprétation.

1473. Les présomptions de mitoyenneté en ce qui concerne les murs sont établies par l'art. 653, ainsi conçu : « *Dans les villes et* » *les campagnes, tout mur servant de séparation entre bâtiments* » *jusqu'à l'héberge ou entre cours et jardins, et même entre enclos* » *dans les champs, est présumé mitoyen, s'il n'y a titre ou marque* » *du contraire* ».

Un mur est construit sur la limite de deux héritages; les deux voisins en retirent un profit. Il est très probable que le mur leur appartient en commun, qu'il est mitoyen. En effet, de deux choses l'une. Ou bien le mur a été utile aux deux voisins dès l'origine, comme s'ils ont construit à la même époque leurs deux maisons en les adossant à un même mur qui sert de séparation entre elles; et alors il est naturel de supposer que les deux voisins, ayant le même intérêt à la construction du mur l'ont fait à frais communs : *is fecit cui prodest*. Ou bien à l'origine le mur n'offrait d'utilité que pour l'un des voisins, et alors il a dû le construire exclusivement à ses frais; mais le jour où l'autre voisin a voulu se servir du mur, par exemple pour y adosser sa maison, il a dû en acquérir la mitoyenneté; car sans cela le propriétaire du mur se serait pro-

blement opposé à ce qu'il s'en servit. Cette double circonstance, que le mur sépare deux héritages et qu'il procure un avantage aux deux voisins, rend donc la mitoyenneté infiniment probable. Notre article érige cette probabilité en une présomption.

1474. Cela posé, étudions les différentes présomptions établies par notre article. Sont présumés mitoyens :

1° Tout mur *servant de séparation entre bâtiments jusqu'à l'héberge*. Deux bâtiments contigus sont séparés par un même mur. S'il ont tous les deux la même hauteur, le mur est présumé mitoyen jusqu'à son sommet. Si les deux bâtiments sont de hauteur inégale, le mur n'est présumé mitoyen que jusqu'au point où les deux voisins peuvent profiter l'un et l'autre du mur commun, c'est-à-dire jusqu'à la ligne formée par l'arête des constructions les moins élevées, ligne qui est marquée par le toit de ces dernières. Tel est le sens de ces mots *jusqu'à l'héberge* (1) qui signifient jusqu'au *toit*, et entendez jusqu'au toit du bâtiment le moins élevé. En effet toute la partie du mur, qui dépasse le toit de ce bâtiment est inutile au propriétaire de ce dernier, et il n'y a pas de motif pour présumer qu'il ait contribué aux frais de sa construction ou qu'il en ait acquis la mitoyenneté.

Les vestiges d'une ancienne construction adossée contre le mur d'un bâtiment contigu à l'héritage voisin, suffisent pour faire présumer la mitoyenneté de ce mur jusqu'à la hauteur des anciennes constructions aujourd'hui démolies.

D'ailleurs les mots *entre bâtiments*, qu'emploie notre article, sont des plus généraux, et on doit en conclure que la présomption de mitoyenneté existe, quelle que soit la nature des deux bâtiments séparés par le mur commun ; ainsi le mur qui sépare une maison d'une grange serait présumé mitoyen.

2° Les murs *servant de séparation entre cours et jardins* : ce qu'il faut entendre en ce sens que la présomption de mitoyenneté existe soit pour le mur qui sépare deux cours, soit pour celui qui sépare deux jardins, soit pour celui qui sépare une cour d'un jardin.

V. cep. Cass., 25 avril 1888, S., 88. 1. 380, D., 89. 1. 262.

Suivant l'opinion générale, les murs entre cours et jardins sont présumés mitoyens, même quand il n'y a qu'un seul des héritages en état de clôture. Si la présomption de mitoyenneté n'avait lieu, comme le pensent quelques-uns, qu'entre jardins et cours entièrement clos l'un et l'autre, notre disposition n'aurait aucune utilité, en présence de celle qui suit immédiatement, et d'après laquelle les murs séparant des terrains clos même dans les champs sont présumés mitoyens.

3° Tout mur servant de séparation *même entre enclos dans les champs* : ce qui signifie : *entre enclos même dans les champs*. La présomption de mitoyenneté n'existe plus lorsqu'il n'y a qu'un seul des héritages en état de clôture. En effet, dans cette hypothèse,

(1) Le mot *héberge* est tombé en désuétude; mais nous avons encore le mot *héberger*, qui veut dire : recevoir sous son *héberge*, c'est-à-dire sous son toit. C. r. Pau, 9 janv. 1888, D., 89. 2. 224.

le mur ne profite qu'au propriétaire de l'héritage clos de tous les côtés. Quel intérêt offre-t-il pour le voisin, dont l'héritage est ouvert à tout venant? D'après la règle *Is fecit cui prodest*, on ne pouvait donc pas supposer que ce dernier a contribué à la construction du mur et par suite le présumer mitoyen.

Mais la présomption de mitoyenneté existe toutes les fois que les héritages séparés par le mur sont clos l'un et l'autre; alors même que l'un serait entièrement entouré de murs et que l'autre serait fermé en partie par d'autres clôtures. *Lex non distinguit*.

1475. Telles sont les présomptions de mitoyenneté établies par notre article. Nous avons dit qu'elles doivent recevoir l'interprétation restrictive. Il faut en conclure, malgré les doutes que l'on a élevés sur ce point, que le mur, qui sépare une maison d'une cour ou d'un jardin, ou plus généralement un bâtiment d'un terrain non bâti, n'est pas présumé mitoyen. La loi dit *entre bâtiments*; puis *entre cours et jardins*; mais elle ne dit pas : *entre un bâtiment et une cour ou un jardin*. D'ailleurs le propriétaire de la cour ou du jardin n'a pas eu le même intérêt à la construction du mur que le propriétaire de la maison, et par conséquent le motif de la loi manque ici non moins que son texte (Cass., 12 mai 1886, S., 88. 1. 206). Cette solution nous paraît devoir être maintenue, mais ce point est plus délicat, même dans le cas où il s'agirait d'héritages situés dans un lieu (ville ou faubourg, où la clôture est obligatoire, sur la demande de l'un des voisins.

1476. Les présomptions de mitoyenneté, établies par l'art. 653, tombent devant un titre ou une marque de non-mitoyenneté. La loi dit : « s'il n'y a titre ou marque contraire ».

1477. 1° Elles tombent devant un titre. — Le *titre* est ici tout fait juridique établissant la propriété exclusive de l'un des voisins. Ainsi j'ai deux jardins séparés l'un de l'autre par un mur; j'en vends un, en me réservant par une clause du contrat la propriété exclusive du mur de séparation. Le titre, c'est-à-dire la vente, l'emportera sur la présomption de la loi.

D'après l'opinion générale, le titre doit être commun aux deux voisins, comme il arrive dans l'espèce qui vient d'être proposée à titre d'exemple. On dit en ce sens : Un titre auquel l'un des voisins est demeuré étranger, par exemple une vente à laquelle il n'a pas été partie, est par rapport à lui *res inter alios acta*, et ne peut fournir aucune preuve contre lui. Nous faisons nos réserves au sujet de cette solution, dans nos précédentes éditions. La cour de cassation nous a donné raison (Cass. 11 août 1884, D., 85. 1. 254, S., 86. 1. 196. V. aussi Bordeaux, 13 juillet 1886, S., 88. 2. 159, D., 88. 2. 80, et Orléans, 4 juillet 1891, D., 93. 2. 126. Et en effet où est donc le texte qui exige que le titre soit commun? Cpr. *infra* n. 1508.

* L'opinion générale exige aussi que le fait juridique, qui établit la propriété exclusive de l'un des voisins, soit constaté par écrit. C'est cette idée qu'aurait voulu exprimer l'art. 653 par ces mots : « s'il n'y a *titre* contraire ». Mais cette interprétation est difficile à justifier. Il semble bien plus rationnel de supposer que la loi entend ici par *titre* le fait juridique lui-même, *id quod actum est*, et non l'écrit qui le constate. D'où il résulterait que, la question de preuve étant restée en dehors des prévisions du législateur, l'existence du titre pourrait être prouvée conformément aux règles du droit commun. D'après cette interprétation, la présomption de mitoyenneté, en matière n'excédant pas 150 fr., pourrait être combattue par l'allégation d'une vente verbale, faite avec réserve au profit du vendeur de la propriété exclusive du mur, et dont la preuve serait offerte par témoins.

1478. 2° Les présomptions établies par l'art. 653 tombent s'il y a marque de non-mitoyenneté. « La marque de non-mitoyenneté, dit Demante, se tire de l'état matériel du mur qui indique par sa construction que l'un des voisins est obligé de recevoir seul l'égout des eaux, ou qu'il a seul le droit de bâtir contre ce mur ». C'est bien en effet, en substance, ce que dit l'art. 654 ainsi conçu : « *Il y a marque de non-mitoyenneté lorsque la sommité du mur est droite et à plomb de son parement d'un côté, et présente de l'autre un plan incliné; — Lors encore qu'il n'y a que d'un côté ou un chaperon ou des filets et corbeaux de pierre qui y auraient été mis en bâtissant le mur. — Dans ces cas, le mur est censé appartenir exclusivement au propriétaire du côté duquel sont l'égout ou les corbeaux et filets de pierre* ».

= Lorsque la sommité du mur est droite et à plomb de son parement d'un côté et présente de l'autre un plan incliné. Par suite de cette disposition, l'eau pluviale qui tombe sur le mur se déverse sur un seul voisin.

= Lorsqu'il n'y a que d'un seul côté ou un chaperon ou des filets. Le chaperon, c'est le toit du mur; il se fait ordinairement en tuiles ou en pierres plates. On désigne sous le nom de *filets* la partie du chaperon qui déborde le mur; c'est le prolongement du chaperon ou toit. Les filets empêchent les eaux pluviales de couler le long du parement du mur et de le dégrader. Ce que la loi appelle *filets* est appelé quelquefois dans la pratique du nom de *larmier*, expression qui rappelle le *stillicidium* des Romains; l'eau qui est déversée par le *larmier* tombe goutte à goutte. Lorsqu'il n'y a que d'un seul côté un chaperon ou des filets, l'égout du mur tombe tout entier sur un seul des voisins, et cette hypothèse est en définitive la même que la précédente, sauf qu'il s'agit d'un mur chaperonné (couvert d'un toit), tandis que tout à l'heure il s'agissait d'un mur non chaperonné.

Eh bien! lorsque la partie supérieure du mur, qu'il soit ou non chaperonné, est disposée de telle façon que l'égout tout entier se déverse du même côté, la loi présume que le voisin sur lequel tombe l'égout a seul construit le mur, et que par suite il en est propriétaire exclusif. Et en effet, si les deux voisins avaient construit le mur à frais communs, il est probable qu'ils auraient disposé sa sommité de manière que l'égout se déversât également des deux côtés : ils l'auraient probablement « couvert à deux eaux », comme dit Loysel; car l'égout du mur est une charge, et il n'y a pas de raison, si le mur est mitoyen, pour que cette charge soit imposée exclusivement à l'un des deux voisins. Aussi la loi présume-t-elle que le mur appartient pour le tout au voisin qui a la charge de l'égout tout entière. La présomption de mitoyenneté, résultant de ce que le mur sert de séparation entre deux cours, deux jardins ou deux enclos, tombe devant cette marque de non-mitoyenneté écrite en quelque sorte sur le mur.

Elle tombe encore, dit la loi, « lorsqu'il n'y a que d'un seul côté des corbeaux de pierre qui y auraient été mis en bâtissant le mur ». Les *corbeaux* sont des pierres en saillie destinées à servir d'appui à des poutres, pour le cas où on viendrait à adosser une construction contre le mur. La loi présume que le mur appartient tout entier au voisin du côté duquel se trouvent les corbeaux; car, s'il avait été construit à frais communs, il est probable que les corbeaux auraient été placés des deux côtés de manière que chaque voisin pût bâtir contre le mur.

Remarquez que, pour constituer une marque de non-mitoyenneté, les corbeaux doivent être de *Pierre* et avoir été mis en bâtissant le mur. Il n'y aurait donc aucune induction à tirer de corbeaux en plâtre, ou même de corbeaux en pierre placés après la construction du mur. Autrement l'un des voisins aurait pu se procurer furtivement une marque de non-mitoyenneté.

1479. Les divers signes, dont parle l'art. 654, ne constituent des marques de non-mitoyenneté qu'autant qu'ils existent d'un seul côté du mur. S'ils existent des deux côtés, ils se neutralisent. On en revient alors au droit commun, absolument comme s'il n'y avait de marque d'aucun côté. Ainsi un mur sépare deux terrains dans les champs, dont un seul est en état de clôture ; il y a des deux côtés des corbeaux de pierre qui ont été placés en construisant le mur. La situation sera la même que s'il n'y en avait d'aucun côté, et par suite le mur ne sera pas *présumé* mitoyen, puisqu'il n'y a qu'un seul des héritages en état de clôture. Il y a toutefois quelques difficultés sur ce point.

1480. Bien que l'art 654 ne soit pas conçu en termes restrictifs, l'énumération qu'il donne des marques de non-mitoyenneté doit être considérée comme limitative. En effet il résulte des marques de non-mitoyenneté une présomption légale de propriété exclusive au profit de l'un des voisins, et il est de principe que les présomptions sont de droit étroit, et ne peuvent être étendues d'un cas à un autre. Orléans, 4 juillet 1891, D., 93. 2. 126.

* **1481.** La loi n'indique que la marque contraire et le titre comme pouvant détruire les présomptions de mitoyenneté établies par l'art. 653. Il faut ajouter la prescription. En d'autres termes, l'un des voisins pourrait acquérir par prescription la propriété exclusive d'un mur, qui, d'après la présomption de la loi, est mitoyen, en le possédant comme propriétaire exclusif pendant le temps requis : ce qui toutefois arrivera assez rarement, parce que le plus souvent les actes, sur lesquels l'un des voisins voudra baser sa possession et par suite la prescription, devront être considérés comme des actes de simple tolérance (art. 2232). Aussi n'insisterons-nous pas sur cette question qui est controversée.

Réciproquement, on doit décider que la mitoyenneté d'un mur pourrait être acquise par la prescription, en supposant, ce qui sera rare, que les actes, d'où le voisin prétend faire résulter sa possession à titre de copropriétaire, ne puissent pas être considérés comme des actes de simple tolérance.

II. *Du droit qui appartient à tout propriétaire joignant un mur d'en acquérir la mitoyenneté.*

1482. Aux termes de l'art. 664 : « *Tout propriétaire joignant un mur a de même la faculté de le rendre mitoyen en tout ou en partie, en remboursant au maître du mur la moitié de sa valeur, ou la moitié de la valeur de la portion qu'il veut rendre mitoyenne, et moitié de la valeur du sol sur lequel le mur est bâti* ».

Ainsi le propriétaire d'un mur pourra être forcé d'en céder la mitoyenneté au voisin qui joint ce mur ; il pourra être exproprié dans l'intérêt de celui-ci, dans un intérêt privé par conséquent. Pour justifier cette atteinte au droit de propriété, il ne suffit pas de dire que le voisin qui réclame la mitoyenneté a un intérêt considérable à l'acquérir, et que le propriétaire du mur n'a qu'un intérêt minime à ne pas la céder ; car notre droit n'admet pas l'expropriation pour cause d'utilité privée. Il faut ajouter que l'intérêt privé du voisin se lie ici à l'intérêt général, qui exige qu'on ne perde pas un terrain précieux en constructions inutiles. Or c'est ce qui arriverait si le propriétaire joignant un mur ne pouvait pas s'en faire céder la mitoyenneté ; car, le jour où il voudrait, lui aussi, construire sur la limite de son héritage, il lui faudrait élever un nouveau mur touchant celui du voisin, et l'on aurait ainsi deux murs

collés l'un contre l'autre, qui ne procureraient pas aux deux voisins plus de profit qu'un seul et qui en outre offriraient un aspect fort disgracieux.

1483. L'art. 661 déroge gravement au droit commun. Il doit donc recevoir l'interprétation restrictive. Nous tirerons de la deux déductions :

1° La faculté d'exiger la cession de la mitoyenneté n'étant accordée qu'au propriétaire, nous la refuserons au locataire ou au fermier. Cass., 27 juin 1892, D., 92. 1. 379, S., 92. 1. 447. Il est même très douteux qu'elle puisse être reconnue à l'emphytéote et à l'usufruitier, bien qu'ils aient un droit réel;

2° Notre article ne donnant le droit d'exiger la cession de la mitoyenneté qu'au propriétaire « joignant un mur », il en résulte que le voisin ne pourra pas exiger la cession de la mitoyenneté, s'il y a un espace de terrain entre sa propriété et le mur. En d'autres termes, pour que la cession de la mitoyenneté d'un mur puisse être exigée par le voisin, il faut que le mur soit construit sur la ligne séparative des deux héritages. S'il est construit en retraite, le voisin ne peut pas exiger qu'on lui en cède la mitoyenneté, parce qu'il faudrait lui céder en même temps la portion de terrain comprise entre le mur et la ligne séparative des deux héritages; or la loi ne lui accorde pas ce droit.

La cour de cassation applique avec raison le principe dans toute sa rigueur. Elle l'applique même dans le cas où l'espace de terrain, laissé entre le mur et la ligne séparative des deux héritages, est d'une étendue insignifiante. Bien plus, la cour maintient le principe, lorsqu'il est démontré que le constructeur n'a laissé cet espace de terrain que pour se soustraire à l'obligation légale de céder, le cas échéant, la mitoyenneté du mur. Cass., 26 mars 1862, S., 62. 1. 474. Inutilement objecte-t-on que c'est légitimer une fraude à la loi. La réponse est qu'il n'y pas de fraude à user d'un droit que la loi nous accorde. Et d'ailleurs où est le mal qu'un propriétaire puisse s'assurer la propriété exclusive du mur qu'il construit sur son terrain, s'il y trouve quelque intérêt? Enfin le système contraire laisse place à un arbitraire sans limites dans l'appréciation du juge; car quand pourra-t-on dire que l'espace laissé entre le mur et la ligne séparative des deux héritages est d'assez peu d'importance pour qu'il n'y ait pas lieu d'en tenir compte? Cpr., Bordeaux, 3 janvier 1888, S., 89. 2. 70, D., 88. 2. 320.

1484. Le droit d'acquérir la mitoyenneté d'un mur est imprescriptible, comme tous les actes de pure faculté (arg. art. 2232).

Il s'applique à tous les murs situés soit à la ville, soit à la campagne, *lex non distinguit*, et quel que soit l'usage qu'en veut faire le voisin : il n'est pas nécessaire que ce soit pour bâtir contre le mur.

D'ailleurs rien ne nous paraît s'opposer à ce que le voisin renonce valablement au droit d'acquérir la mitoyenneté du mur qui le touche. Ainsi, en vendant une cour séparée de mon jardin par un mur, je puis convenir avec l'acquéreur que je conserverai la propriété exclusive du mur séparatif et que l'acquéreur ne pourra jamais, ni lui ni ses ayant cause,

exiger la cession de la mitoyenneté du mur. Il y a beaucoup d'exagération à prétendre que le droit d'exiger la cession de la mitoyenneté d'un mur étant basé sur des considérations d'ordre public on ne peut pas y renoncer (arg. art. 6).

1485. Le propriétaire joignant un mur n'est pas forcé d'acquérir la mitoyenneté de la totalité de ce mur, si une partie lui suffit. On peut ainsi acquérir la mitoyenneté de partie d'un mur soit en hauteur, auquel cas la hauteur de la partie acquise se calcule à partir des fondations, soit en longueur. Mais, dans tous les cas, la mitoyenneté doit nécessairement être acquise dans toute l'épaisseur du mur; car, comme le dit Pothier, celui qui acquerrait seulement une partie du mur en épaisseur obtiendrait le même profit que s'il avait acquis l'épaisseur tout entière, ce qui serait injuste. V. cep. Cass. Belg., 27 mars 1884, S., 85. 4. 22.

1486. Le voisin qui use de la faculté concédée par l'art. 661 acquiert la mitoyenneté à titre de vente. La vente est volontaire, si le propriétaire du mur consent à la cession, forcée dans le cas contraire.

De là résultent les conséquences suivantes :

1° L'acquéreur de la mitoyenneté doit en payer le prix. Le prix consistera dans une somme égale à la moitié de la valeur du mur ou de la portion de mur rendue mitoyenne et du terrain sur lequel est construit ce mur ou cette portion de mur. Il faut se reporter à l'époque de l'acquisition pour apprécier la valeur soit du mur, soit du terrain. Si les parties ne peuvent pas s'entendre, le règlement de l'indemnité sera fait par la justice qui, régulièrement, éprouvera le besoin d'ordonner une expertise.

2° Les frais de l'expertise, si elle est nécessaire, seront à la charge de l'acquéreur de la mitoyenneté; ils rentrent dans les frais de la vente, que la loi met à la charge de l'acheteur (arg. art. 1593).

3° Le propriétaire qui cède la mitoyenneté doit la garantie à l'acquéreur, conformément aux termes du droit commun (arg. art. 1603).

* 4° Pour le paiement du prix de la mitoyenneté, le cédant jouit de tous les droits que la loi accorde à un vendeur d'immeuble non payé.

* D'abord, le droit de rétention. Arg. art. 1612 et 661.

* En second lieu, le privilège. Arg. art. 2103-1°. Bordeaux, 21 avr. 1890, D., 92. 2. 432. V. cep. Besançon, 12 mars 1890, S., 92. 2. 53. Et toutefois il faut reconnaître que ce privilège est à peu près purement théorique; car, pour l'exercer, il faudrait vendre aux enchères l'immeuble sur lequel il porte, c'est-à-dire le mur mitoyen; or, où trouver des enchérisseurs? Mais on va voir tout à l'heure qu'il n'importe pas moins d'en constater l'existence.

* Enfin la créance du prix de la mitoyenneté est garantie par un droit de résolution. Arg. art. 1654. Ce droit de résolution peut être exercé contre un tiers détenteur, par exemple contre l'acheteur de la maison que l'acquéreur de la mitoyenneté aurait construite contre le mur, et en conséquence cet acquéreur pourra être forcé de démolir la maison, tout au moins la partie appuyée sur le mur, s'il ne préfère payer le prix de la mitoyenneté. Mais, pour pouvoir ainsi opposer son droit de résolution à un tiers détenteur, le propriétaire du mur doit avoir rempli les formalités prescrites pour la conservation de son privi-

lège, c'est-à-dire qu'il doit avoir fait transcrire son titre constatant que le prix de la mitoyenneté lui est dû en tout ou en partie, ou, ce qui serait équivalent, avoir fait inscrire son privilège. Car autrement, le privilège étant perdu, il en serait de même du droit de résolution qui lui est lié. Arg. art. 7 de la loi du 23 mars 1855. Le cédant est donc obligé de veiller à la conservation d'un droit inutile, le privilège, pour ne pas laisser périr un droit utile, le droit de résolution.

* Bien entendu, l'observation des règles prescrites pour la publicité ne s'impose à celui qui cède la mitoyenneté d'un mur qu'à dater du jour où le contrat de cession est devenu parfait. Or il ne le devient que lorsqu'il y a eu règlement amiable ou judiciaire de l'indemnité à payer. Jusque-là il n'y a pas vente faute de prix, et il ne peut être question de rendre public un privilège qui n'existe pas encore. Il s'ensuit que si mon voisin construit contre mon mur sans s'être entendu préalablement avec moi et qu'il vende les constructions, je pourrai, indépendamment de toute publicité, forcer l'acquéreur à démolir les constructions indûment faites, à moins qu'il ne me paye une indemnité représentant le prix de la mitoyenneté. Cass., 10 avril 1889, D., 89. 1. 321, S., 89. 1. 401 et 404. Cpr. Paris, 14 janvier 1890, D., 90. 2. 75, S., 92. 2. 252. Cpr. Cass., 27 juin 1892, D., 92, 1. 379, S., 92. 1. 447.

1487. Etendue du droit de l'acquéreur de la mitoyenneté d'un mur. — Le droit de l'acquéreur de la mitoyenneté d'un mur s'applique au mur tel qu'il est au moment de l'acquisition : ce qui implique le maintien des servitudes actives ou passives, lors établies, et qui forment en quelque sorte des qualités du mur. Ainsi, au moment où j'acquiers la mitoyenneté d'un mur, ce mur possède sur mon héritage des vues droites ou fenêtres d'aspect établies par titre ou par la prescription. La mitoyenneté une fois acquise, je devrai respecter cette servitude. Cass., 15 juillet 1875, S., 75. 1. 407. Cela posé, il semble qu'il devrait en être de même des jours de tolérance existant dans le mur au moment de l'acquisition de la mitoyenneté, et cette solution pourrait paraître conforme aux termes de l'art. 675, qui défend bien de *pratiquer* des jours dans un mur mitoyen, mais non de conserver ceux établis au moment de l'acquisition de la mitoyenneté. Néanmoins on admet en doctrine et en jurisprudence que l'acquéreur de la mitoyenneté d'un mur peut faire boucher les jours de tolérance existant dans ce mur (1), et cela non seulement lorsqu'il veut construire contre ce mur, mais aussi lorsqu'il n'a pas cette intention. Il a même le droit d'acquérir la mitoyenneté précisément en vue de la suppression des jours. En effet, comme le dit fort bien Demante, le droit aux jours de souffrance n'existe que comme conséquence légale de la propriété exclusive du mur, et par conséquent l'acquisition de la mitoyenneté doit le faire cesser.

Il en serait ainsi alors même que les jours existeraient depuis plus de trente ans au moment de l'acquisition de la mitoyenneté. En perçant ces jours, le propriétaire du mur n'a fait qu'user de son droit sans le dépasser, et l'état de choses qu'il a ainsi établi n'a pu

(1) Même solution pour les cheminées ou les tuyaux incrustés dans le mur. Cass., Belg., 18 oct. 1883, S., 6. 4. 13.

fonder aucune prescription à son profit, la prescription supposant nécessairement une usurpation du droit d'autrui. Cass., 7 mai 1873, D., 74. 1. 88, S., 73. 1. 327. C'est dire que la solution devrait être différente, si les jours avaient été établis contrairement aux prescriptions des art. 676 et 677, par exemple s'ils n'étaient pas munis d'un treillis de fer et à verre dormant; car alors il y aurait une usurpation pouvant servir de base à la prescription trentenaire. Cass., 13 juin 1888, S., 88. 1. 413. En sens contr., Cass. Belg., 5 mai 1892, S., 92. 4. 37.

III. Des droits que confère la mitoyenneté d'un mur.

1488. I. La mitoyenneté d'un mur confère aux deux copropriétaires des droits plus étendus que ceux qui résulteraient d'une communauté ordinaire. En effet, chaque voisin peut faire subir au mur mitoyen certaines innovations sans le consentement de l'autre, notamment construire contre le mur, et même le surhausser : ce qu'il n'aurait pas le droit de faire s'il y avait simple communauté. La loi régleme la première de ces facultés dans l'art. 657, et la seconde dans les art. 658 et suivants. Etudions-les successivement.

1489. Chacun des deux voisins peut adosser des constructions contre le mur mitoyen : ce qui implique le droit de le percer de part en part pour y incruster des poutres ou des solives. L'art. 657 dit à ce sujet : « *Tout copropriétaire peut faire bâtir contre un mur mitoyen, et y faire placer des poutres ou solives dans toute l'épaisseur du mur, à cinquante-quatre millimètres (deux pouces) près, sans préjudice du droit qu'a le voisin de faire réduire à l'ébauchoir la poutre jusqu'à la moitié du mur, dans le cas où il voudrait lui-même asseoir des poutres dans le même lieu, ou y adosser une cheminée* ».

= *A cinquante-quatre millimètres (deux pouces) près.* Ce petit espace doit être ménagé pour qu'il soit possible de recouvrir de ciment l'extrémité de la poutre.

= *A l'ébauchoir.* On désigne sous ce nom un fort ciseau, à l'aide duquel les charpentiers peuvent réduire une poutre sans la déplacer : ce qu'il y aura lieu de faire notamment lorsque le voisin voudra adosser une cheminée à la partie du mur où se trouve placée la poutre ; car celle-ci ne serait pas suffisamment protégée contre le feu par les deux pouces de ciment qui recouvrent son extrémité.

1490. II. Chaque voisin a le droit de surhausser le mur mitoyen. « *Tout copropriétaire* », dit l'art. 658, « *peut faire exhausser le mur mitoyen ; mais il doit payer seul la dépense de l'exhaussement, les réparations d'entretien au-dessus de la hauteur de la clôture commune, et en outre l'indemnité de la charge en raison de l'exhaussement et suivant la valeur* ».

Ces derniers mots *suivant la valeur* signifient : suivant la valeur de l'exhaussement. La loi a supposé, ce qui sera vrai en effet le plus souvent, que la valeur de l'exhaussement est en rapport direct avec son poids, et elle a voulu dire que l'indemnité à payer au voisin est proportionnelle à la surcharge imposée au mur, c'est-à-dire au poids de l'exhaussement. En effet plus ce poids est considérable et plus il fatiguera le mur, qui exigera désormais des réparations plus fréquentes et sera menacé d'une destruction plus

prochaine. La coutume de Paris fixait à forfait l'indemnité de la surcharge au sixième du prix qu'avait coûté l'exhaussement, « de six toises l'une », dit le texte. Notre article la règle d'une manière plus équitable en décidant qu'elle sera proportionnelle à la surcharge.

Aux termes de l'art. 659 : « *Si le mur mitoyen n'est pas en état de supporter l'exhaussement, celui qui veut l'exhausser doit le faire reconstruire en entier à ses frais, et l'excédant d'épaisseur doit se prendre de son côté* ».

= *En entier à ses frais*. Mais alors il n'est plus dû d'indemnité à raison de la surcharge; car si le mur est plus chargé, il est aussi plus solide, puisqu'il est neuf et peut-être plus épais; par conséquent il n'exigera pas des réparations plus fréquentes.

Le voisin qui fait exhausser le mur mitoyen, doit supporter tous les frais accessoires qu'entraîne cette opération, notamment les frais de l'expertise à laquelle il aurait été procédé par application de l'art. 662, et ceux faits pour étayer la maison du voisin pendant la reconstruction du mur. Il doit aussi réparer à ses frais les dégâts matériels occasionnés par la reconstruction, par exemple rétablir dans son ancien état la toiture de l'édifice voisin, qu'il a fallu déranger, ou les espaliers du voisin qu'on a été obligé de détruire. Paris, 24 novembre 1874, S., 76. 2. 109.

Mais aucune indemnité ne serait due au voisin pour la privation de jouissance subie soit par lui-même, soit par ses locataires. Ainsi la reconstruction du mur mitoyen, faite en vue de l'exhaussement, a rendu la maison voisine, adossée contre ce mur, inhabitable pendant un certain temps. Le voisin n'aura pas droit à la réparation de ce préjudice, alors même qu'il serait forcé de payer de son côté une indemnité à ses locataires ou de subir la résiliation du bail par application de l'art. 1724. Car, en faisant les travaux nécessaires pour l'exhaussement du mur mitoyen, le voisin n'a fait qu'user de son droit; or *neminem lædit qui jure suo utitur*. Paris, 24 mars 1879, S., 79. 2. 137, D., 80. 2. 17. La jurisprudence applique ce principe avec une rigueur qui peut paraître excessive. Ainsi il a été jugé à plusieurs reprises que le voisin, qui fait surhausser le mur mitoyen, n'est pas obligé de prolonger jusqu'à l'extrémité de l'exhaussement les cheminées que l'autre voisin a adossées à ce mur et qui ne peuvent plus désormais fonctionner, sauf à celui-ci à acquérir la mitoyenneté de l'exhaussement et à prolonger lui-même ses cheminées. V. notamment Orléans, 6 décembre 1881, S., 82. 2. 32, D., 82. 2. 239.

Cela nous conduit à parler de l'acquisition de la mitoyenneté de l'exhaussement. Ce point est réglé par l'art. 660.

1491. « *Le voisin qui n'a pas contribué à l'exhaussement, peut en acquérir la mitoyenneté en payant la moitié de la dépense qu'il a coûté, et la valeur de la moitié du sol fourni pour l'excédant d'épaisseur, s'il y en a* » (art. 660).

Ce texte doit être entendu en ce sens que le voisin, qui veut acquérir la mitoyenneté de l'exhaussement, doit payer, outre la moitié du prix qu'il a coûté, la moitié de ce qu'il a fallu dépenser pour mettre le mur en état de le supporter, et la moitié de la valeur du sol qui aurait été fourni pour l'excédent d'épaisseur.

Ce mode de fixation de l'indemnité diffère de celui établi par l'art. 661 pour le cas d'acquisition de la mitoyenneté d'un mur. En effet, tandis que l'art. 661 règle le montant de l'indemnité sur la *valeur* du mur, l'art. 660 le règle, non sur la valeur de l'exhaussement, mais sur le prix qu'il a coûté, prix qui sera souvent supérieur à sa valeur; car il est ordinaire qu'en constructions on dépense plus qu'on ne produit. La loi a voulu sans doute, en adoptant ce mode de calcul, déjouer par avance la spéculation peu loyale de l'un des

copropriétaires du mur mitoyen, qui, ayant intérêt tout aussi bien que son voisin à l'exhaussement du mur, laisserait celui-ci faire seul les frais de cet exhaussement, pour en acquérir aussitôt après la mitoyenneté à bas prix. Aussi la plupart des auteurs enseignent-ils que, si l'exhaussement était de construction ancienne, l'indemnité à payer par le voisin qui veut en acquérir la mitoyenneté, devrait être réglée d'après l'art. 661 et non d'après l'art. 660.

1492. III. Chacun des copropriétaires d'un mur mitoyen peut s'en servir pour tous les autres usages auxquels il est naturellement destiné, par exemple y adosser des espaliers, y encastrer des tuyaux, y pratiquer des enfoncements pour faire un placard ou une niche...

1493. En usant de son droit sur le mur mitoyen, l'un des copropriétaires ne doit, autant que possible, ni nuire aux droits de l'autre, ni compromettre la solidité du mur. Aussi, lorsque l'un des voisins veut faire subir au mur une innovation qui pourrait entraîner l'un ou l'autre de ces résultats, la loi exige-t-elle qu'il obtienne le consentement de l'autre voisin, ou que, tout au moins, à défaut de ce consentement, il fasse régler par experts les moyens à employer pour sauvegarder dans la mesure du possible les droits du voisin. L'art. 662 dit à ce sujet : « *L'un des voisins ne peut pratiquer dans le corps d'un mur mitoyen aucun enfoncement, ni y appliquer ou appuyer aucun ouvrage sans le consentement de l'autre, ou sans avoir, à son refus, fait régler par experts les moyens nécessaires pour que le nouvel ouvrage ne soit pas nuisible aux droits de l'autre* ».

= *Ni y appliquer ou appuyer aucun ouvrage.* Ces termes sont tellement généraux qu'on s'étonne qu'il puisse y avoir controverse sur le point de savoir si notre disposition est applicable aux travaux dont parlent les art. 657, 658 et 659, c'est-à-dire aux constructions faites contre le mur mitoyen et à l'exhaussement de ce mur. Construire contre le mur mitoyen, c'est bien *y appliquer un ouvrage*, et l'exhausser, c'est bien *y appuyer un ouvrage*. D'ailleurs il y aurait dans la loi une véritable contradiction, si elle devait être entendue en ce sens que le consentement du voisin ou une expertise sera nécessaire pour adosser par exemple des espaliers au mur mitoyen, mais non pour construire contre ce mur ou pour le surhausser. Les constructions contre le mur mitoyen et le surhaussement de ce mur sont les innovations les plus graves, et il serait incompréhensible que, précisément pour ces deux cas, la loi eût supprimé la mesure de protection établie par l'art. 662. La doctrine se prononce généralement en ce sens.

IV. Charges de la mitoyenneté.

1494. « *La réparation et la reconstruction du mur mitoyen sont à la charge de tous ceux qui y ont droit, et proportionnellement au droit de chacun* » (art. 655).

= *Proportionnellement au droit de chacun.* Ces mots font allusion au cas où le mur n'est mitoyen que pour partie.

Il va sans dire que, si la reconstruction ou les réparations étaient devenues nécessaires par la faute de l'un des voisins, elles seraient à sa charge exclusive (arg. art. 1382).

1495. « *Cependant tout propriétaire d'un mur mitoyen peut se dispenser de contribuer aux réparations et reconstructions en abandonnant le droit de mitoyenneté, pourvu que le mur mitoyen ne soutienne pas un bâtiment qui lui appartienne* » (art. 656).

L'obligation de contribuer aux réparations et à la reconstruction du mur mitoyen ayant pour chacun des voisins sa cause dans son droit de copropriété, cette obligation doit disparaître par l'abandon de ce droit. C'est d'ailleurs un principe général que celui qui n'est tenu que *propter rem*, peut se libérer de son obligation par l'abandon de la chose.

Le voisin, qui veut user de la faculté établie par notre article, doit abandonner « son droit de mitoyenneté », c'est-à-dire son droit dans la chose mitoyenne. Or la chose mitoyenne, c'est le mur et le sol sur lequel il est bâti; car le mur ne peut pas être isolé du sol dont il est un accessoire. L'abandon doit donc comprendre le mur et le sol tout à la fois; l'un comme l'autre deviendra la propriété exclusive de l'autre voisin.

L'abandon de la mitoyenneté implique un contrat entre les deux copropriétaires du mur. Cet abandon n'est en effet que la réponse de l'un des voisins à une proposition faite par l'autre de procéder à frais communs aux réparations ou à la reconstruction du mur conformément à l'art. 655, et cette réponse doit être traduite ainsi : Faites les réparations ou la reconstruction à vos frais, et, à titre de compensation, je vous abandonne mon droit de mitoyenneté dans le mur. L'abandon de la mitoyenneté est donc conditionnel; il est consenti sous cette condition, exprimée ou sous-entendue, que le voisin procédera aux réparations ou à la reconstruction. Par conséquent, s'il ne remplissait pas cette condition, c'est-à-dire s'il laissait tomber le mur en ruine, ou à plus forte raison s'il le démolissait, celui qui a fait l'abandon de la mitoyenneté pourrait demander que cet abandon fût considéré comme non avenu, et réclamer la moitié du sol et des matériaux.

Le propriétaire, qui a fait abandon de la mitoyenneté, peut la racheter plus tard. Il peut « entrer en son premier droit », comme dit l'art. 222 de la coutume de Paris.

1496. Il y a trois exceptions à la faculté d'abandon :

La première est indiquée par notre article lui-même. Elle a lieu lorsque le mur mitoyen soutient un bâtiment appartenant à l'un des voisins. Si le propriétaire de ce bâtiment pouvait, par l'abandon de la mitoyenneté, se libérer de l'obligation de contribuer aux réparations du mur, il conserverait les avantages de la mitoyenneté sans en supporter les charges. Il ne serait autorisé à faire l'abandon qu'après avoir démoli la partie de son édifice qui s'appuie sur le mur; et, si cette opération entraînait la ruine du mur, il en serait responsable.

La deuxième exception résulte des principes généraux. L'un des copropriétaires ne pourrait pas, par l'abandon de la mitoyenneté, se libérer de l'obligation de reconstruire ou de réparer le mur mitoyen, si la reconstruction ou les réparations étaient devenues

nécessaires par sa faute; car alors il ne serait plus tenu *propter rem*, mais bien *quasi ex delicto*.

Enfin la troisième exception, qui est l'objet d'une controverse, existe dans le cas où le mur mitoyen sert de clôture entre deux héritages situés à la ville ou dans les faubourgs. Elle sera mieux comprise après l'explication de l'art. 663, auquel nous arrivons à l'instant même.

V. Hypothèses particulières.

1497. Au sujet de la mitoyenneté des murs, la loi s'est occupée incidemment de la clôture forcée (art. 663) et du cas où les divers étages d'une même maison appartiennent à plusieurs propriétaires.

A. De la clôture forcée.

1498. Dans les villes et faubourgs, chaque propriétaire peut forcer son voisin à contribuer aux frais de la construction et de l'entretien d'un mur mitoyen servant de séparation entre leurs héritages contigus (maisons, cours et jardins). A défaut d'usages locaux, la loi détermine la hauteur que devra avoir le mur de clôture. L'art. 663 dit à ce sujet : « *Chacun peut contraindre son voisin, dans les villes et faubourgs, à contribuer aux constructions et réparations de la clôture faisant séparation de leurs maisons, cours et jardins assis èsdites villes et faubourgs : la hauteur de la clôture sera fixée suivant les règlements particuliers ou les usages constants et reconnus; et, à défaut d'usages et de règlements, tout mur de séparation entre voisins, qui sera construit ou rétabli à l'avenir, doit avoir au moins trente-deux décimètres (dix pieds) de hauteur, compris le chaperon, dans les villes de cinquante mille âmes et au-dessus, et vingt-six décimètres (huit pieds) dans les autres* ».

Cette disposition contient une atteinte au droit de propriété; car elle oblige un propriétaire à aménager son héritage d'une certaine façon, contrairement à la règle *Unusquisque rei suæ moderator est et arbiter*. C'est qu'il y a ici un intérêt général en jeu : dans les grands centres, la sécurité des personnes exige que les héritages soient clos; la clôture a paru nécessaire aussi pour maintenir la bonne harmonie entre voisins et diminuer les querelles de voisinage. Ici comme ailleurs, la loi n'a pas hésité à faire fléchir l'intérêt privé devant l'intérêt général.

1499. De là résultent deux conséquences :

1° Toute convention, qui dérogerait à l'art. 663, devrait être déclarée nulle et de nul effet (arg. art. 6). Il en serait ainsi notamment de la convention, par laquelle deux voisins s'interdiraient respectivement le droit de réclamer l'application de notre disposition.

2° L'un des voisins ne pourrait pas se libérer de l'obligation de contribuer aux réparations du mur servant de clôture commune, en faisant à l'autre l'abandon de son droit de mitoyenneté. Encore moins pourrait-il s'affranchir de l'obligation de contribuer aux frais de la construction d'un mur de clôture, en abandonnant la moitié du terrain nécessaire pour cette construction. Sur l'un et l'autre point, la jurisprudence de la cour de cassation est en sens contraire (Cass., 26 juillet 1882, D., 83. 1. 342, S., 84. 1. 79), et les cours d'appel, après avoir résisté pendant longtemps, semblent vouloir aujourd'hui se soumettre (Orléans, 24 mai 1873, D., 73. 2. 185, S., 74. 2. 171, et Nancy, 12 nov. 1892, S., 93. 2. 119). Mais il nous paraît fort douteux qu'en réformant sur ce point leur jurisprudence, elles l'aient améliorée. La cour de cassation dit à l'appui de sa doctrine que l'art. 656 est conçu dans des termes généraux et absolus, que par conséquent la faculté d'abandon qu'il consacre doit toujours être admise, sauf l'unique exception qu'il prévoit. — Mais d'abord l'art. 656 paraît tout à fait inapplicable au cas où l'un des voisins élève la prétention de se soustraire à l'obligation de contribuer aux frais de la *construction* d'un mur de clôture en abandonnant la moitié du terrain nécessaire pour cette construction. En effet il parle d'un abandon du droit de *mitoyenneté*; or, pour qu'il puisse être question d'abandonner un droit de mitoyenneté, il faut nécessairement qu'il y ait une chose mitoyenne, et il n'y en a pas tant que le mur n'a pas été construit. L'art. 656 n'autorise donc pas l'un des voisins à se libérer de l'obligation de contribuer aux frais de la *construction* d'un mur de clôture, et dès lors il ne peut pas l'autoriser à se libérer de l'obligation de contribuer aux frais des réparations du mur existant; car les deux questions se tiennent.

A défaut de l'art. 656 invoquera-t-on l'art. 699, aux termes duquel le propriétaire du fonds assujéti « peut toujours s'affranchir de la charge, en abandonnant le fonds assujéti » au propriétaire du fonds auquel la servitude est due ? Mais alors ce n'est pas seulement la moitié du terrain nécessaire à la construction du mur mitoyen, ou son droit de mitoyenneté dans le mur existant, que le voisin devra abandonner, mais son héritage tout entier; car c'est cet héritage qui est grevé de la servitude de construire ou de réparer.

Les textes ne fournissent donc aucun appui à la solution admise par la cour suprême. D'ailleurs, à l'art. 656 on peut opposer l'art. 663, qui est conçu lui aussi dans des termes généraux et absolus. Inutilement dit-on qu'il ne faut pas sacrifier l'art. 656 à l'art. 663. M. Laurent répond fort bien qu'il y a deux espèces de clôtures, la clôture volontaire et la clôture forcée. L'art. 656 n'est applicable qu'à la clôture volontaire, la seule dont s'occupent les textes qui le précèdent, et non à la clôture forcée, régie par l'art. 663 qui le suit. Sur cette question, la doctrine est divisée. V. dans notre sens : tribunal de l'emp. d'Allem., 8 avril 1885, S., 88. 4. 15.

1500. La clôture dont parle l'art. 663 doit consister en un mur et non en une haie ou en palissades. — Les dispositions de la loi, relatives à la hauteur du mur de clôture, se suffisent à elles-mêmes.

1500 bis. Je possède un terrain situé en un lieu où la clôture est forcée (ville ou faubourg, art. 663); sur la limite de ce terrain, je fais construire un mur de clôture à mes frais, sans le concours du voisin. Puis-je forcer celui-ci à me rembourser la moitié de la valeur du mur et du terrain sur lequel il est assis? La cour de cassation de Belgique vient de résoudre la question dans le sens de la négative (5 novembre 1885, S., 86. 4. 19), et nous croyons qu'elle a bien jugé. L'art. 663 consacre une exception au droit commun; à ce titre il doit recevoir l'interprétation restrictive. Or il accorde à chacun des voisins le droit de forcer l'autre à contribuer aux frais de la construction d'un mur de clôture, mais non le droit de le forcer à payer sa part d'une construction déjà faite sans son assentiment. D'ailleurs cette dernière obligation serait plus onéreuse que la première: car le voisin serait forcé de payer la moitié de la valeur du terrain occupé par le mur, et il aurait peut-être préféré fournir sa moitié en nature. C'était la solution admise dans notre ancien droit, dont les traditions ont inspiré le législateur du code civil, ainsi que cela résulte des travaux préparatoires, et notamment du rapport de Berlier. Que le constructeur ne se plaigne pas! Il ne tenait qu'à lui de forcer son voisin à concourir aux frais de la construction et à fournir la moitié du terrain nécessaire. En procédant seul à la construction, il est censé avoir voulu exonérer le voisin de son obligation.

1501. L'art. 663 n'est applicable qu'aux héritages situés dans les *villes* ou *faubourgs*. La loi n'ayant pas défini ces expressions, il appartiendrait aux tribunaux, en cas de difficulté sur ce point, de décider si le lieu de la situation de deux héritages est ou non une ville ou un faubourg, et si par suite la clôture est ou n'est pas obligatoire pour leurs propriétaires. Cass., 11 août 1886, S., 87. 1. 168, D., 87. 1. 36, et Nancy, 12 novembre 1892, S., 93. 2. 119.

B. *Cas où les différents étages d'une même maison appartiennent à divers propriétaires.*

1502. La loi autorise la division d'une maison entre divers propriétaires, non seulement par sections verticales, mais aussi par sections horizontales. Le rez-de-chaussée d'une même maison peut donc appartenir à l'un, le premier étage à un autre et ainsi de suite. Ce mode de division offre ceci de particulier, qu'il produit un mélange de propriété exclusive et de copropriété. Il y a en effet des parties du bâtiment qui restent nécessairement indivises entre les divers ayant droit, notamment les gros murs, le toit, les escaliers. — Quelquefois ce sont des enfants qui partagent ainsi entre eux la maison paternelle, pour qu'elle ne passe pas entre les mains d'un étranger par suite d'une licitation. Ou bien c'est un testateur qui lègue les différents étages de sa maison à diverses personnes. La pratique n'offre d'ailleurs, au moins dans notre région, que très peu d'exemples de cette copropriété bizarre. Il paraît cependant qu'à Rennes et à Grenoble ce mode de division est assez usité, en Corse également.

En supposant une maison ainsi divisée, quels seront les droits et les devoirs respectifs des divers propriétaires? Si le titre s'explique sur ce point, il fera la loi des parties. A défaut du titre, la loi les règle comme suit dans l'art. 664, que nous nous bornerons à peu près à transcrire : « *Lorsque les différents étages d'une maison appartiennent à divers propriétaires, si les titres de propriété ne règlent pas le mode de réparations et reconstructions, elles doivent être faites ainsi qu'il suit : — Les gros murs et le toit sont à la charge de tous les propriétaires, chacun en proportion de la valeur de l'étage qui lui appartient. — Le propriétaire de chaque étage fait le plancher sur lequel il marche. — Le propriétaire du premier étage fait l'escalier qui y conduit ; le propriétaire du second étage fait à partir du premier, l'escalier qui conduit chez lui ; et ainsi de suite* ».

Il y a donc des charges communes à tous les copropriétaires et des charges particulières à chacun d'eux. Aux charges communes qu'indique notre article, il y a lieu d'ajouter notamment les réparations à faire aux puits, aux fosses d'aisance, aqueducs, cours..., et généralement à toutes les parties de la maison qui sont affectées à l'usage commun des divers propriétaires. Il faut y comprendre aussi l'impôt foncier ; mais non celui des portes et fenêtres : chaque propriétaire paie pour les ouvertures qui lui sont exclusivement affectées. Seul l'impôt dû pour les portes d'entrée, affectées à l'usage de tous les copropriétaires, serait compris parmi les charges communes.

Les charges communes sont supportées par chaque propriétaire proportionnellement à la valeur de son étage.

N° 2. De la mitoyenneté des clôtures autres que les murs.

1503. Les dispositions du code civil, relatives à cette matière, ont été profondément modifiées par la loi du 20 août 1881 dont nous avons déjà dit quelques mots (*supra* n. 1468).

Nous allons d'abord transcrire les nouveaux textes en regard des anciens.

ANCIENS ARTICLES

ART. 666. *Tous fossés entre deux héritages sont présumés mitoyens s'il n'y a titre ou marque du contraire.*

NOUVEAUX ARTICLES

ART. 666. *Toute clôture qui sépare des héritages est réputée mitoyenne, à moins qu'il n'y ait qu'un seul des héritages en*

ART. 667. *Il y a une marque de non-mitoyenneté lorsque la levée ou le rejet de la terre se trouve d'un côté seulement du fossé.*

ART. 668. *Le fossé est censé appartenir exclusivement à celui du côté duquel le rejet se trouve.*

ART. 669. *Le fossé mitoyen doit être entretenu à frais communs.*

ART. 670. *Toute haie qui sépare des héritages est réputée mitoyenne, à moins qu'il n'y ait qu'un seul des héritages en état de clôture, ou s'il n'y a titre ou possession suffisante au contraire.*

ART. 673. *Les arbres qui se trouvent dans la haie mitoyenne, sont mitoyens comme la haie; et chacun des deux propriétaires a droit de requérir qu'ils soient abattus.*

état de clôture, ou s'il y a [lisez ou qu'il n'y ait] titre, prescription ou marque contraire.

Pour les fossés il y a une marque de non-mitoyenneté, lorsque la levée ou le rejet de la terre se trouve d'un côté seulement du fossé.

Le fossé est censé appartenir exclusivement à celui du côté duquel le rejet se trouve.

ART. 667. *La clôture mitoyenne doit être entretenue à frais communs; mais le voisin peut se soustraire à cette obligation en renonçant à la mitoyenneté.*

Cette faculté cesse, si le fossé sert habituellement à l'écoulement des eaux.

ART. 668. *Le voisin dont l'héritage joint un fossé ou une haie non mitoyens ne peut contraindre le propriétaire de ce fossé ou de cette haie à lui céder la mitoyenneté.*

Le copropriétaire d'une haie mitoyenne peut la détruire jusqu'à la limite de sa propriété, à la charge de construire un mur sur cette limite.

La même règle est applicable au copropriétaire d'un fossé mitoyen qui ne sert qu'à la clôture.

ART. 669. *Tant que dure la mitoyenneté de la haie, les produits en appartiennent aux propriétaires par moitié.*

ART. 670. *Les arbres qui se trouvent dans la haie mitoyenne sont mitoyens comme la haie. Les arbres plantés sur la ligne séparative de deux héritages sont aussi réputés mitoyens. Lorsqu'ils meurent ou lorsqu'ils sont coupés ou arrachés, ces arbres sont partagés par moitié. Les fruits sont recueillis à frais communs et partagés aussi par moitié, soit qu'ils tombent naturellement, soit que la chute en ait été provoquée, soit qu'ils aient été cueillis.*

Chaque propriétaire a le droit d'exiger que les arbres mitoyens soient arrachés.

1504. La loi nouvelle est étrangère à la mitoyenneté des murs de clôture, qui continue à être régie par les dispositions des art. 653 et suivants. Cela résulte du titre de la loi nouvelle (*supra*

n. 1468), du texte des nouveaux articles, et plus encore des explications qui ont été données lors de la confection de la loi à laquelle ils doivent leur rédaction actuelle.

1505. D'après le nouvel art. 666 : « *Toute clôture qui sépare des héritages est réputée mitoyenne* ». Le code civil ne formulait expressément cette présomption qu'en ce qui concerne les murs (art. 653), les fossés (art. 666) et les haies (art. 670). Fallait-il l'étendre aux autres clôtures, telles que palissades, treillages, etc.? Le texte de la loi nouvelle tranche le doute auquel pouvait donner lieu sur ce point le silence du code civil. Rationnellement, il n'y avait aucun motif pour distinguer entre les différentes clôtures; on devait donc leur appliquer à toutes la même règle. Et toutefois la présomption de mitoyenneté établie par notre article, n'a plus lieu si *un seul des héritages est en état de clôture*. Le code civil n'établissait cette restriction qu'en ce qui concerne les haies (art. 670). On en avait conclu qu'elle ne devait pas être étendue aux fossés, et que par suite le fossé séparant deux héritages était présumé mitoyen, alors même qu'un seul des héritages était en état de clôture (arg. art. 666). Mais il faut convenir qu'il était assez difficile de rendre raison de cette particularité que la loi nouvelle fait disparaître. En effet, quelle que soit la nature de la séparation établie entre deux héritages contigus (mur, fossé, haie...), la présomption de mitoyenneté ne se justifie qu'autant que les deux voisins avaient le même intérêt à l'établissement de cette séparation. Or cette condition se trouve bien remplie lorsque les deux héritages sont clos de toute part, ou lorsqu'ils ne le sont ni l'un ni l'autre, mais non lorsqu'un seul est en état de clôture. En pareil cas, le voisin dont l'héritage est clos avait seul intérêt à l'établissement de la clôture; du moins la clôture n'offrait pas un intérêt égal pour l'autre voisin, dont l'héritage est ouvert sur un ou plusieurs aspects. Il n'y avait donc plus lieu de la présumer mitoyenne.

La présomption de mitoyenneté dont il s'agit étant basée sur l'intérêt commun qu'avaient les deux voisins à établir la clôture qui les sépare, il en résulte qu'on doit, pour décider si la présomption de mitoyenneté est ou non applicable, considérer l'état des héritages à l'époque où la clôture a été établie. Ainsi une haie, qui sépare deux héritages aujourd'hui clos l'un et l'autre, ne serait pas présumée mitoyenne, si, à l'époque où elle a été plantée, un seul des héritages était en état de clôture.

1506. La clôture (haie, fossé, treillage, palissade...) qui n'est pas réputée mitoyenne parce qu'un seul des héritages est en état de clôture, est-elle légalement présumée appartenir pour le tout au propriétaire de l'héritage clos? En d'autres termes, cette circonstance qu'un seul des héritages est clos constitue-t-elle une marque de non-mitoyenneté de la clôture qui les sépare? a-t-elle pour résultat de transformer, au profit du propriétaire de l'héritage clos, la présomption de mitoyenneté de la clôture en une présomption de propriété exclusive, qui ne pourrait tomber que devant un titre ou devant la prescription?

Nous ne le croyons pas. Une présomption légale de propriété, de même qu'une présomption légale de mitoyenneté, ne peut résulter que d'un texte formel. Or la loi nouvelle ne fournit pas plus ce texte que l'ancienne. Elle dit seulement, comme l'ancien art. 670 le disait au sujet des haies, que « Toute clôture qui sépare des héritages est réputée mitoyenne, « à moins qu'il n'y ait qu'un seul des héritages en état de clôture » (nouvel art. 666 al. 1), sans ajouter, comme notre législateur le fait régulièrement après avoir établi une marque de non-mitoyenneté (art. 654, anciens art. 666 et 667, et nouvel art. 666 al. 3) que la clôture est censée appartenir exclusivement au propriétaire de l'héritage clos de toutes parts. Tout ce qui résulte donc des termes de la loi sagement interprétée, c'est que la circonstance qu'un seul des héritages est clos fait tomber la présomption de mitoyenneté de la clôture qui les sépare, ou mieux peut-être empêche cette présomption de prendre naissance, mais sans faire naître au profit du propriétaire de l'héritage clos une présomption légale de propriété exclusive, contre laquelle le voisin ne pourrait lutter qu'au moyen d'un titre ou de la prescription. Ainsi jugé par la cour de cassation, sous l'empire du code civil, au sujet d'une haie séparant deux héritages dont un seul était clos (Cass., 12 mars 1872, D., 72. 1. 320, S., 72. 1. 63), et la cour suprême ne pourra sans doute que persévérer dans cette jurisprudence sous l'empire de la loi nouvelle qui a reproduit littéralement sur ce point les termes de l'ancienne. A cette autorité vient se joindre celle du rapporteur de la loi nouvelle à la chambre des députés. « Remarquons, dit-il, que l'art. 666, en indiquant les circonstances dans lesquelles la présomption de mitoyenneté disparaît, ne remplace pas cette présomption par une présomption légale de propriété, sauf ce qui est dit dans le 3^e paragraphe relativement au fossé ». On se prévaut, il est vrai, en sens contraire, du rapport de M. Clément au sénat. Mais il nous paraît difficile de dire au juste ce que le rapporteur du sénat pensait à ce sujet, car il s'est exprimé en termes assez obscurs. En tous cas, en supposant que ce deuxième document parlementaire contrebalance le premier, ce que nous ne croyons pas, il resterait toujours les principes, et sur ce terrain la solution que nous avons proposée semble d'une solidité inébranlable.

De ce que nous venons de dire faut-il conclure que le propriétaire de l'héritage clos, qui prétend avoir la propriété exclusive de la clôture séparant son fonds du fonds voisin, ne pourra tirer aucun parti, au point de vue de la preuve de sa prétention, de cette circonstance que son fonds est seul en état de clôture? Ce serait tomber dans un excès opposé. L'état des lieux fournira en pareil cas une présomption simple, dont l'appréciation sera laissée au juge du fait (arg. art. 1353), et sur le fondement de laquelle il pourrait parfaitement décider que la propriété exclusive de la clôture appartient au propriétaire de l'héritage clos. Mais le juge ne sera plus lié ici par une présomption légale inflexible qui ne pourrait tomber que devant la prescription ou devant un titre. C'est peut-être bien ce qu'a voulu dire M. Clément dans son rapport au sénat. — Nous voyons se dresser l'objection : Les présomptions simples ne sont admissibles comme moyen de preuve que dans les cas où la loi admet la preuve testimoniale; or la preuve testimoniale n'est pas reçue en matière excédant 150 fr. (art. 1341); donc, dans l'hypothèse dont il s'agit, le propriétaire dont l'héritage est clos ne pourra tirer aucun parti de cette circonstance toutes les fois que l'intérêt engagé sera supérieur à cette somme, ce qui arrivera le plus souvent. Il faut répondre que la règle qui ordonne de dresser acte de toutes choses excédant la somme ou valeur de 150 fr. et qui a pour sanction le refus de la preuve testimoniale, ne s'applique qu'aux actes juridiques, *negotia juridica*, tels qu'un contrat, un paiement, et non aux simples faits qui par eux-mêmes n'engendrent ni droit, ni obligation; or tel est le cas d'un propriétaire qui établit une clôture sur son terrain.

1507. La présomption de mitoyenneté, établie par l'art. 666, tombe s'il y a « titre, prescription ou marque contraire ».

1508. a. Elle tombe d'abord devant un titre. En cas de conflit entre la présomption et le titre, c'est ce dernier qui l'emporte. Cpr. *supra* n. 1477. Tel serait le cas où étant propriétaire de deux pièces de terre, closes de toutes parts et séparées par une haie, je

vous en vendrais une, mais en me réservant par une clause formelle de l'acte de vente la propriété exclusive de la haie.

Dans l'exemple que nous venons de citer, le titre est commun aux deux voisins, et il est sans difficulté que celui auquel il est opposé ne peut pas en méconnaître l'autorité. En serait-il de même d'un titre étranger au voisin contre lequel on s'en prévaut, c'est-à-dire d'un titre auquel ni lui ni ses auteurs n'ont été parties ou représentés? La cour de cassation a jugé, par un arrêt du 25 janvier 1859, qu'un semblable titre ne doit pas nécessairement être écarté par une fin de non-recevoir péremptoire. Il appartient au juge d'en apprécier la valeur; la loi n'exige nullement que le titre soit commun aux deux voisins (Cpr. *supra* n. 1477).

1509. b. La présomption de mitoyenneté peut tomber en second lieu devant la prescription. Cette disposition signifie que, si l'un des voisins a possédé à *titre de propriétaire exclusif* la clôture qui sépare les deux héritages, pendant le temps requis pour la prescription, son droit de mitoyenneté se sera transformé en un droit de propriété exclusive.

Le législateur de 1881 a ainsi tranché la controverse qui s'était élevée sous l'empire du code civil sur le sens de ces mots de l'art. 670 « s'il n'y a titre ou possession suffisante au contraire ». Quelques-uns pensaient que la possession dont le législateur entendait parler, et qui faisait tomber la présomption de mitoyenneté, était la possession *annale*. La plupart des auteurs estimaient au contraire qu'il s'agissait de la possession pendant le temps requis pour la prescription. Ils se fondaient principalement sur ce que la loi mettait la possession sur la même ligne que le titre : n'était-ce pas dire que la possession dont elle entendait parler était une possession équivalente à un titre, c'est-à-dire une possession suffisante pour engendrer la prescription? C'est cette dernière solution qu'a consacrée législativement notre nouvel article, et il convient d'ajouter que c'est la bonne.

1510. c. Enfin la présomption de mitoyenneté s'efface devant une marque contraire. Quelles sont les marques de non-mitoyenneté? Le législateur de 1881, reproduisant à peu près littéralement les dispositions des anciens art. 667 et 668, dit : « *Pour les fossés, il y a marque de non-mitoyenneté, lorsque la levée ou le rejet de la terre se trouve d'un côté seulement du fossé. Le fossé est censé appartenir exclusivement à celui du côté duquel le rejet se trouve* ». Présomption très rationnelle. Quand deux voisins creusent à frais communs un fossé mitoyen sur la ligne séparative de leurs héritages, ils rejettent ordinairement la terre des deux côtés. Il n'y a pas de raison en effet pour la rejeter d'un seul côté; car si le rejet de la terre constitue un avantage, il est naturel que chaque voisin en ait sa part, et, s'il constitue une charge, il ne serait pas juste qu'elle fût supportée par un seul. Cette double loi d'équité sera vraisemblablement observée toutes les fois que le fossé sera construit à frais communs, et par conséquent si le rejet de la terre n'existe que d'un côté, tout porte à croire que le fossé a été construit par un seul des voisins sur son terrain. Il a rejeté toute la terre de son côté, parce qu'il a voulu garder pour lui seul le profit

du rejet, ou parce que le voisin s'est opposé à ce qu'il lui en fit partager la charge. Aussi la loi déclare-t-elle que le fossé construit dans ces conditions est présumé lui appartenir exclusivement. Mais cette présomption tomberait devant un titre contraire. Bordeaux, 13 juillet 1886, S., 88. 2. 159, D., 88. 2. 80.

1511. Existe-t-il, en ce qui concerne les fossés, d'autres marques de non-mitoyenneté que celle qu'indique notre texte? Nous ne le croyons pas. En effet une marque de non-mitoyenneté se résout finalement en une présomption de propriété exclusive au profit de l'un des voisins; aussi voyons-nous le législateur, toutes les fois qu'il établit une marque de non-mitoyenneté, indiquer immédiatement quel est celui des deux voisins auquel la chose est censée appartenir exclusivement. Cpr. art. 654 et anciens art. 667 et 668. Or les présomptions légales sont de droit étroit; un texte est nécessaire pour les établir, et elles ne sont pas susceptibles d'être étendues en dehors du cas spécial pour lequel la loi les a édictées. Notre loi n'établit qu'une seule marque de non-mitoyenneté pour les fossés, on ne peut donc en admettre d'autres. Grenoble, 13 févr. 1891, D., 93. 2. 90.

1512. Faut-il faire l'application du même principe aux autres clôtures, telles que palissades, treillages... : ce qui conduirait à dire qu'il n'existe pas en ce qui concerne ces diverses clôtures de marques de non-mitoyenneté, la loi n'en indiquant aucune. La négative paraît bien résulter des explications qui ont été données lors de la confection de la loi. Le rapporteur de la loi à la chambre des députés a cité, en l'approuvant, un passage de l'exposé des motifs où il est dit : « Il peut y avoir des marques de non-mitoyenneté, pour les palissades, les treillages, les haies sèches, et même pour les haies vives, tout aussi bien que pour les murs et les fossés. Si, de deux héritages contigus, l'un est clos par une haie sèche, l'autre par une haie vive, et qu'une haie vive sépare les deux propriétés, il est évident que la haie vive devra être considérée comme appartenant à la propriété close à tout autre aspect par de pareilles haies vives, plutôt qu'à la propriété entourée de trois côtés par des haies sèches. L'essence des arbustes qui forment la haie, leur âge, bien d'autres signes de similitude ou de différence, pourront compléter cette présomption, ou, suivant le cas, fournir d'autres raisons de décider. Pour les haies sèches, pour les palissades, la place des poteaux de soutènement, que le propriétaire plante toujours de son côté, la direction des attaches en osier ou en fil de fer, qui sont toujours tordues à l'intérieur de la propriété close, bien d'autres signes encore peuvent avoir une signification très certaine ». D'un autre côté, M. Clément dit dans son rapport au sénat : « Il peut y avoir aussi, pour les haies et pour les autres clôtures, des signes matériels qui révèlent d'une manière certaine le droit exclusif de l'un des voisins. Les circonstances qui peuvent renfermer ce témoignage sont trop nombreuses et trop diverses pour être énumérées et précisées... Il faut que le juge puisse les interroger, et s'il les trouve suffisantes pour déterminer sa conviction, s'il y voit la marque certaine du droit exclusif de l'un des voisins, il lui attribuera la clôture en totalité ». Il semble bien résulter de là que le législateur a reculé devant l'énumération des marques de non-mitoyenneté, pour les clôtures autres que les murs et les fossés, et qu'il s'en est rapporté complètement sur ce point à la prudence du juge.

Le texte même de la loi confirme l'induction que fournissent les travaux préparatoires. En effet le nouvel art. 666 dit : « Toute clôture qui sépare des héritages est réputée » mitoyenne.... s'il n'y a marque du contraire. *Pour les fossés* il y a marque de non-mitoyenneté.... » De là il semble bien résulter que le législateur admet qu'il peut y avoir des marques de non-mitoyenneté pour toutes les clôtures, mais qu'il a reculé devant leur énumération pour les clôtures autres que les fossés (et les murs, art. 654) et qu'il s'est déchargé de ce soin sur le juge, auquel il laisse à cet égard une entière latitude d'appréciation. En d'autres termes, en ce qui concerne les clôtures, autres que les fossés et les murs, séparant deux héritages qui sont clos tous les deux ou ne le sont ni l'un ni l'autre, le législateur établit une présomption de mitoyenneté susceptible de tomber devant une marque quelconque de non-mitoyenneté, dont il laisse l'appréciation au juge.

1513. Résumé. — Pour résoudre la question de mitoyenneté ou de non-mitoyenneté de la clôture (autre qu'un mur) qui sépare deux héritages, il faut établir la distinction suivante :

a. — Les deux héritages sont complètement clos tous les deux ou ne le sont ni l'un ni l'autre. La clôture est présumée mitoyenne. Cette présomption ne peut tomber que devant un titre, devant la prescription ou devant une marque de non-mitoyenneté. Pour les fossés il n'y a qu'une marque de non-mitoyenneté, le rejet de la terre d'un seul côté du fossé. Le fossé est présumé appartenir à celui du côté duquel le rejet se trouve. En ce qui concerne les autres clôtures, la loi laisse au juge un pouvoir discrétionnaire pour l'appréciation des marques de non-mitoyenneté.

b. — Des deux héritages séparés par la clôture, un seul est clos de toutes parts. La clôture n'est pas présumée mitoyenne; mais elle n'est pas non plus présumée non-mitoyenne, c'est-à-dire réputée appartenir exclusivement au propriétaire de l'héritage clos. En un mot, il n'y a plus ici aucune présomption légale, obligatoire pour le juge, soit de mitoyenneté, soit de non-mitoyenneté. Le juge résoudra la question de propriété de la clôture d'après les règles du droit commun, qui autorisent ici l'usage de la preuve testimoniale et des présomptions simples. Une des plus puissantes sera précisément celle résultant de l'état des héritages, dont l'un est clos de toutes parts, tandis que l'autre ne l'est pas; mais elle ne s'impose pas au juge, et l'induction qu'elle fait naître en faveur du propriétaire de l'héritage clos peut être combattue soit par la preuve testimoniale, soit par d'autres présomptions de fait.

1514. Observation. — La question de mitoyenneté ne peut s'élever qu'en ce qui concerne les clôtures qui *séparent* deux héritages (art. 666), c'est-à-dire les clôtures établies sur la ligne séparative des deux fonds. Si donc un propriétaire établit sur son terrain une clôture située en deçà de la limite de son héritage, la clôture lui appartient en totalité. Ainsi j'ai un fonds contigu au vôtre; la ligne séparative de nos deux héritages est déterminée par des bornes: je plante une haie sur mon fonds à 50 centimètres de la ligne séparative, ou je construis un fossé à 33 centimètres de cette même ligne. Nul doute que la propriété du fossé ou de la haie ne m'appartienne exclusivement. Il y a là un moyen fort simple pour les propriétaires de s'assurer la propriété exclusive d'une clôture.

1515. Le nouvel art. 667, généralisant pour toutes les clôtures les dispositions des art. 655 et 656, relatives aux murs mitoyens, dispose que : « *La clôture mitoyenne doit être entretenue à frais communs; mais le voisin peut se soustraire à cette obligation en renonçant à la mitoyenneté* ». Sur ce dernier point, quelques difficultés s'étaient élevées sous l'empire du code civil, pour les clôtures autres que les murs. La loi nouvelle consacre la solution qui était généralement admise, et qui n'est qu'une déduction de ce principe : que celui qui est tenu *propter rem* peut se décharger de son obligation par l'abandon de son droit sur la chose à l'occasion de laquelle il est tenu. L'article ajoute : « *Cette faculté cesse, si le fossé sert habituellement à l'écoulement des eaux* ». Permettre à l'un des voisins d'abandonner la mitoyenneté dans ce cas, c'eût été l'autoriser à en conserver les avantages sans en supporter les charges. Cette disposition peut donc être considérée comme le pendant de celle contenue dans l'art. 656 *in fine*.

1516. Les motifs, qui ont porté le législateur à autoriser une sorte d'expropriation pour cause d'utilité privée, en permettant au

propriétaire joignant un mur d'exiger que la mitoyenneté lui en soit cédée (art. 661), ne se rencontrant plus, ou tout au moins ne se rencontrant qu'en partie, quand il s'agit d'une clôture autre qu'un mur, il était tout simple que le législateur n'étendit pas à ce cas la faculté d'exiger la cession de la mitoyenneté. Mais on ne voit pas trop quelle utilité il y avait à le dire, ainsi que le fait pourtant le nouvel art. 668 al. 1^{er}; car il va de soi qu'une faculté aussi exorbitante ne peut résulter que d'un texte formel, et n'est pas susceptible d'être admise par interprétation extensive d'une disposition législative écrite en vue d'une autre hypothèse.

1517. On ne peut pas adresser le même reproche d'inutilité aux alinéas 2 et 3 de l'art. 668, ainsi conçus : « *Le copropriétaire d'une haie mitoyenne peut la détruire jusqu'à la limite de sa propriété, à la charge de construire un mur sur cette limite. — La même règle est applicable au copropriétaire d'un fossé mitoyen qui ne sert qu'à la clôture* ». C'est une innovation : sous l'empire du code civil l'un des copropriétaires de la haie ou du fossé mitoyen n'aurait certainement pas eu un pareil droit. On a dit pour la justifier, que le voisin ne peut pas se plaindre du changement accompli par l'autre, puisque la haie ou le fossé sera remplacé par un mur qui formera une meilleure clôture, et qui, occupant moins d'espace que le fossé ou la haie, permettra de rendre à la culture un terrain qui s'y trouvait auparavant soustrait. Cette raison n'existant pas lorsque le fossé présente une utilité autre que celle de la clôture, par exemple lorsqu'il sert à l'écoulement des eaux, on s'explique l'exception que notre article établit pour ce cas.

La disposition qui vient d'être analysée, implique que l'un des copropriétaires de la haie ou du fossé mitoyen ne peut pas demander sa suppression et le partage du terrain qu'il occupait. Notre texte résout ainsi implicitement la difficulté qui s'était élevée à ce sujet sous l'empire du code civil, et il lui donne la solution que la majorité des auteurs avait admise.

1518. — Aux termes du nouvel art. 669 : « *Tant que dure la mitoyenneté de la haie, les produits en appartiennent aux propriétaires par moitié* ». Encore un texte inutile. L'observation ne a été faite au sénat lors de la discussion de la loi. L'article a été maintenu, sur cette réponse du rapporteur qu'il fallait bien avoir quelque chose à mettre sous le numéro 669, pour échapper à l'alternative de changer le numérotage des articles du code civil ou de laisser un numéro en blanc !

1519. Le nouvel art. 670 reproduit l'ancien art. 673 en le com-

plétant. Il décide d'abord que : « *Les arbres qui se trouvent dans la haie mitoyenne sont mitoyens comme la haie* ». Il en serait ainsi, alors même que les arbres se trouveraient plus rapprochés de l'un des voisins que de l'autre, ou même tout entiers de son côté. C'est une conséquence du principe que la chose mitoyenne est indivise entre les deux voisins : chacun a un droit égal sur chacune de ses parties, donc sur les arbres qui sont compris dans la haie.

L'article ajoute : « *Les arbres plantés sur la ligne séparative de deux héritages sont aussi réputés mitoyens* ». Ce texte tranche une controverse qui s'était élevée sous l'empire du code civil. Beaucoup pensaient que chaque voisin était propriétaire des arbres proportionnellement à la partie du tronc qui se trouvait de son côté.

Le principe de la mitoyenneté des arbres étant proclamé, il s'ensuivait nécessairement que les fruits de ces arbres devaient être partagés par portions égales entre les deux voisins, et aussi les arbres eux-mêmes, une fois abattus ou arrachés. Notre nouveau législateur a cru utile de formuler ces déductions que le législateur du code civil s'était borné avec raison à sous-entendre. Au sujet des fruits, il entre dans certains détails dont l'utilité peut aussi paraître contestable, quand il dit : « *Les fruits sont recueillis à frais communs et partagés par moitié, soit qu'ils tombent naturellement, soit que la chute en ait été provoquée, soit qu'ils aient été cueillis* ».

Notre article dit en terminant que chaque propriétaire a le droit d'exiger que les arbres mitoyens soient *arrachés*. L'ancien art. 673 disait *abattus*. Le mot *arraché* est plus radical; en effet l'arbre arraché, à la différence de l'arbre abattu, ne pourra pas revivre par ses rejets. Nous avons ici une exception, facile à justifier d'ailleurs, au principe que l'un des copropriétaires de la chose mitoyenne n'en peut pas demander le partage, exception qui n'aurait pas pu être admise en l'absence d'un texte. Cette disposition prouve bien qu'en principe l'un des copropriétaires ne peut pas demander le partage de la chose mitoyenne.

§ II. De la distance à observer pour les plantations.

1520. Nous avons déjà dit (n. 1468) que les art. 671 et 672 du code civil, qui réglementaient cette matière, ont été, eux aussi, modifiés profondément par la loi du 20 août 1881 ;

Voici d'abord les textes anciens et les nouveaux :

ANCIENS ARTICLES

ART. 671. *Il n'est permis de planter des arbres de haute tige qu'à la distance prescrite par les règlements particuliers actuellement existants, ou par les usages constants et reconnus; et, à défaut de règlements et usages, qu'à la distance de deux mètres de la ligne séparative des deux héritages pour les arbres à haute tige, et à la distance d'un demi-mètre pour les autres arbres et haies vives.*

ART. 672. *Le voisin peut exiger que les arbres et haies plantés à une moindre distance soient arrachés.*

Celui sur la propriété duquel avancent les branches des arbres du voisin, peut contraindre celui-ci à couper ces branches.

Si ce sont les racines qui avancent sur son héritage, il a le droit de les couper lui-même.

ART. 673. *Les arbres qui se trouvent dans la haie mitoyenne, sont mitoyens comme la haie; et chacun des deux propriétaires a le droit de requérir qu'ils soient abattus.*

NOUVEAUX ARTICLES

ART. 671. *Il n'est permis d'avoir des arbres, arbrisseaux et arbustes près de la limite de la propriété voisine qu'à la distance prescrite par les règlements particuliers actuellement existants, ou par des usages constants et reconnus, et, à défaut de règlements et usages, qu'à la distance de deux mètres de la ligne séparative des deux héritages pour les plantations dont la hauteur dépasse deux mètres, et à la distance d'un demi-mètre pour les autres plantations.*

Les arbres, arbustes et arbrisseaux de toute espèce peuvent être plantés en espaliers de chaque côté du mur séparatif, sans que l'on soit tenu d'observer aucune distance, mais ils ne pourront dépasser la crête du mur.

Si le mur n'est pas mitoyen, le propriétaire seul a le droit d'y appuyer ses espaliers.

ART. 672. *Le voisin peut exiger que les arbres, arbrisseaux et arbustes, plantés à une distance moindre que la distance légale, soient arrachés ou réduits à la hauteur déterminée dans l'article précédent, à moins qu'il n'y ait titre, destination du père de famille ou prescription trentenaire.*

Si les arbres meurent, ou s'ils sont coupés ou arrachés, le voisin ne peut les remplacer qu'en observant les distances légales.

ART. 673. *Celui sur la propriété duquel avancent les branches des arbres du voisin peut contraindre celui-ci à les couper. Les fruits tombés naturellement de ces branches lui appartiennent.*

Si ce sont les racines qui avancent sur son héritage, il a le droit de les y couper lui-même.

Le droit de couper les racines ou de faire couper les branches est imprescriptible.

1521. Un propriétaire peut élever une construction à l'extrême limite de son héritage, mais il ne peut planter d'arbres ou d'arbustes qu'à une certaine distance de cette limite. C'est une restriction au droit absolu de disposition qui appartient au propriétaire. Elle était commandée par la nature même des choses. Un arbre planté trop

près du fonds voisin aurait pu nuire à ce fonds par ses branches et surtout par ses racines. Sans doute un propriétaire est seigneur et maître sur son fonds ; mais il doit respecter le droit d'autrui ; or une plantation trop rapprochée conduit nécessairement, sinon dans le présent, du moins dans l'avenir, à un empiètement sur le voisin. La loi devait prévenir cet empiètement. De là les dispositions de nos articles, qui déterminent la distance à observer pour les plantations.

A défaut de règlements et usages déterminant la distance à observer pour les plantations, le code civil fixait cette distance à deux mètres pour les arbres de haute tige et à cinquante centimètres pour les arbres de basse tige et les haies vives (ancien art. 671).

Le législateur de 1804 n'ayant pas formulé de *criterium* permettant de distinguer les arbres de haute tige des arbres de basse tige, il appartenait naturellement au juge de décider, dans chaque espèce qui lui était soumise, si les arbres litigieux étaient ou non de haute tige. Mais quelles règles devait-il suivre pour cette détermination ? Sur cette difficile question, un conflit grave s'était élevé entre la cour de cassation et les tribunaux soumis à sa censure. Ces derniers la résolvaient généralement en tenant compte de l'aménagement de l'arbre et non de son essence : de telle sorte que le même arbre était considéré comme étant de haute tige, ou de basse tige, suivant le développement qu'on lui permettait de prendre. D'après cette jurisprudence, un frêne croissant en plein vent était un arbre de haute tige, et ne pouvait être planté qu'à deux mètres de l'héritage voisin ; tandis qu'une haie plantée de frênes que l'on recépait périodiquement de manière à ne pas leur permettre de dépasser une certaine hauteur, trois mètres par exemple, était considérée comme composée d'arbres de basse tige, et pouvait être plantée à 50 centimètres de l'héritage voisin. La cour de cassation estimait au contraire que la question de savoir si un arbre était de haute ou de basse tige devait être résolue en tenant compte uniquement de l'essence de l'arbre, quel que fût d'ailleurs son aménagement. Sa jurisprudence était constante sur ce point. Il est inutile de citer les arrêts.

La cour suprême allait plus loin. Argumentant judiciairement des termes de l'art. 671, elle décidait que les usages locaux avaient bien force de loi en tant qu'ils autorisaient la plantation à une distance moindre que la distance légale, mais non en tant qu'ils assimilaient les arbres de haute tige à des arbres de basse tige lorsqu'ils étaient aménagés d'une certaine façon. Ainsi, en face d'attestations en règle, constatant de la manière la plus positive que les usages locaux assimilaient les frênes à des arbres de basse essence quand ils étaient périodiquement recépés à une certaine hauteur, et en autorisaient par suite la plantation à une distance moindre de deux mètres, la cour de cassation a jugé qu'il n'y avait pas à tenir compte de ces usages. Cette jurisprudence était fatale pour certains pays de pâturages, dans lesquels il est d'usage de planter des haies formées d'arbres de haute tige, qui offrent le double avantage d'opposer aux bestiaux un obstacle infranchissable et de fournir aux habitants un bois précieux pour leur chauffage. Aussi notre législateur n'a-t-il pas voulu la consacrer. Il a préféré sanctionner la jurisprudence contraire, celle que M. Raoul Duval a appelée la jurisprudence des juges de paix. En supposant que cette dernière ne fût pas la plus conforme au texte de la loi, elle était certainement la plus en harmonie avec les besoins de la pratique.

D'après le nouvel art. 671, il n'y a jamais lieu de considérer l'essence de l'arbre pour résoudre la question de savoir à quelle distance il doit être planté, mais uniquement son aménagement.

Un arbre d'une essence quelconque peut être planté à une distance de cinquante centimètres de l'héritage voisin, à la condition d'être maintenu à une hauteur ne dépassant pas deux mètres. Si le propriétaire entend lui laisser prendre un plus grand développement en hauteur, il faut qu'il le plante à une distance d'au moins deux mètres (1).

1522. Telle est la disposition capitale de la loi nouvelle relativement aux plantations. En supposant que l'art. 671 du code civil dût recevoir l'interprétation que lui donnait la cour de cassation, il est certain que cette loi réalise une importante amélioration. D'abord elle supprime l'arbitraire, que la distinction des arbres de haute tige et de basse tige entraînait fatalement dans les décisions du juge. D'un autre côté, le système de la loi nouvelle ne se justifie pas moins bien au point de vue rationnel qu'au point de vue de l'application pratique. Ce dont il y a lieu de se préoccuper, bien évidemment, c'est du dommage que les plantations faites par l'un des voisins peuvent causer à l'autre par leurs branches et par leurs racines. Or, tout le monde sait aujourd'hui ce que les rédacteurs du code ignoraient peut-être, c'est qu'un arbre se développe à peu près également par les branches et par les racines, de sorte qu'en limitant son domaine aérien, on limite dans la même proportion son domaine souterrain. C'est donc de la hauteur de l'arbre qu'il faut se préoccuper et non de son essence.

Par arrêt en date du 16 décembre 1881 (D., 82. 1. 185, S., 84. 1. 94), la cour de cassation a jugé que « les articles 671 et 672 ne s'appliquent, d'après le texte comme d'après l'esprit de la loi, qu'aux arbres plantés sur la limite de deux héritages privés et non aux arbres plantés sur des propriétés privées bordées par une rue ou une place publique ».

1523. Les autres dispositions de la loi nouvelle reproduisent en les complétant les anciens art. 671 et 672.

Ainsi le nouvel art. 671 maintient la disposition de l'ancien, relative aux règlements et usages : « *Il n'est permis d'avoir des* » *arbres, arbrisseaux et arbustes près de la limite de la propriété voisine qu'à la distance prescrite par les règlements particuliers actuellement existants ou par des usages constants et reconnus, et à défaut.....* » Cpr. Cass., 1^{er} juillet 1886, S., 89. 1. 450, D., 87. 1. 217.

Les mots « règlements particuliers actuellement existants » désignaient dans l'ancien art. 671 les règlements existants à l'époque où ce texte a été décrété. Le législateur de 1804 voulait bien maintenir les règlements actuellement en vigueur, mais il ne voulait pas autoriser la création de nouveaux règlements, parce qu'il aurait ainsi compromis sur un point particulier le succès de l'œuvre d'unification législative qu'il avait entreprise. Ce sont ces mêmes règlements que le législateur de 1881 entend désigner dans le nouvel art. 671.

Par la substitution des mots : « *Il n'est permis d'avoir des arbres...* » aux mots : « *Il n'est permis de planter des arbres* »,

(1) D'après le projet du gouvernement, la distance à observer était de 30 centimètres pour les arbres ne dépassant pas 2 mètres de hauteur, de 50 centimètres pour ceux ne dépassant pas 4 mètres, de 2 mètres pour les autres. Le projet proposé par la commission fixait la distance *minima* à observer pour les plantations à 50 centimètres, et la hauteur *maxima* des arbres plantés à cette distance à 4 mètres. Cette hauteur a été réduite à 2 mètres, sur un amendement proposé par M. Labiche et accepté par la commission. C'est à ce même amendement qu'on doit la disposition relative aux règlements actuellement existants et aux usages locaux, qui ne figurait ni dans le projet du gouvernement ni dans celui de la commission.

notre nouveau législateur a tranché le doute, bien léger il est vrai, que l'ancien texte avait fait naître sur le point de savoir si les arbres venus naturellement étaient soumis à la distance légale comme ceux plantés par l'homme. L'affirmative, qui était généralement admise par les auteurs, est aujourd'hui législativement consacrée.

Sous l'empire de la loi nouvelle, comme sous celui de l'ancienne, la distance légale doit être calculée depuis le centre de l'arbre jusqu'à la ligne séparative des deux propriétés. Si les propriétés sont séparées par une clôture mitoyenne, la ligne séparative est censée être au milieu de l'espace occupé par la clôture.

L'ancien art. 671 formulant en termes absolus la règle relative aux distances à observer pour les plantations, les auteurs en concluaient généralement que cette règle était applicable même aux plantations en espaliers faites le long d'un mur, bien que cette application fût difficile à justifier au point de vue rationnel, des arbres ainsi plantés ne pouvant guère nuire au voisin par leurs racines, ni même par leurs branches, du moins si on ne leur laisse pas dépasser la hauteur du mur. De là serait résultée l'interdiction à peu près absolue de planter des espaliers le long d'un mur de clôture mitoyen ou non, si presque partout les usages locaux n'étaient venus corriger sur ce point la rigueur de la loi. Le droit introduit par ces usages locaux se trouve aujourd'hui législativement consacré. Le nouvel art. 671 al. 2 dispose : « *Les arbres, » arbustes et arbrisseaux de toute espèce peuvent être plantés en » espaliers, de chaque côté du mur séparatif, sans que l'on soit tenu » d'observer aucune distance, mais ils ne pourront dépasser la crête » du mur. — Si le mur n'est pas mitoyen, le propriétaire seul a le » droit d'y appuyer ses espaliers* ». Cette dernière disposition nous paraît inutile ; elle n'est qu'une déduction toute simple du principe que la propriété est un droit exclusif (*supra* n. 1262).

1524. Qu'arrivera-t-il maintenant, si les prescriptions de la loi relativement aux plantations ne sont pas observées ? Il faut distinguer.

1525. a. S'agit-il tout d'abord d'un arbre ou arbuste planté à une distance inférieure au *minimum* légal, qui est de cinquante centimètres ? Le voisin pourra exiger qu'il soit arraché.

Quant aux arbres plantés dans la zone comprise entre le *minimum* et le *maximum* légal, c'est-à-dire à une distance au moins égale à cinquante centimètres et inférieure à deux mètres, le voisin ne peut demander en aucun cas que ces arbres soient arrachés,

mais il a le droit d'exiger que lesdits arbres soient toujours maintenus à une hauteur ne dépassant pas deux mètres.

La loi nouvelle s'applique même aux plantations faites avant sa promulgation. Il en résulte qu'un propriétaire ne pourrait pas aujourd'hui forcer son voisin à arracher des arbres de haute tige, plantés avant la promulgation de la loi nouvelle à une distance inférieure à deux mètres, pourvu bien entendu qu'ils soient à cinquante centimètres de la limite. Le propriétaire des arbres aurait le droit de les conserver, à la condition de les maintenir à une hauteur ne dépassant pas deux mètres. Il importe peu que le code civil défendit de *planter* des arbres de haute tige dans ces conditions, puisque la loi nouvelle permet d'en *avoir*, ce qui implique le droit de conserver ceux existants. Est-ce une raison pour admettre avec la cour de Caen (25 février 1883, D., 84. 2. 215, S., 86. 2. 29) que la loi nouvelle doit être appliquée pour le jugement des contestations qui étaient *pendantes* au moment de sa promulgation ? Nous ne le croyons pas, parce qu'il est de principe que le juge doit, pour la solution d'un litige, se référer à l'état de choses existant à l'époque où la demande a été formée, les plaideurs ne devant pas souffrir des lenteurs de la justice, qui ne leur sont pas imputables.

Toutefois le droit d'avoir soit des arbres plantés à une distance inférieure au *minimum* légal (cinquante centimètres), soit des arbres d'une hauteur de plus de deux mètres dans la zone de cinquante centimètres à deux mètres, peut s'acquérir soit par titre, soit par la destination du père de famille, soit par la prescription trentenaire (art. 672 al. 1).

Par titre. Cela n'a jamais fait de difficulté sous l'empire de l'ancien art. 671.

Par la destination du père de famille. Il y avait à ce sujet une controverse très vive, que la loi nouvelle tranche dans le sens de la jurisprudence et de la majorité des auteurs.

Par la prescription trentenaire. Mais quel droit la prescription une fois accomplie aura-t-elle fait acquérir au voisin ? Sera-ce seulement le droit de conserver les arbres plantés à une distance moindre que la distance légale ou tenus plus haut que le *maximum* légal ? Ou bien le droit d'avoir à perpétuité des arbres dans ces conditions : ce qui implique la faculté de les remplacer par d'autres après leur mort ? Sous l'empire du code civil, la majorité des auteurs et la jurisprudence admettaient la première solution, qui paraît plus conforme aux principes et notamment à la règle *Tantum præscriptum quantum possessum*. C'est aussi celle que consacre législativement le nouvel art. 672 *in fine* : « *Si les arbres meurent, ou s'ils sont coupés ou arrachés, le voisin ne peut les remplacer qu'en observant les distances légales* ». Ajoutez : et la hauteur légale. Cette règle est formulée par la loi dans des termes tellement généraux qu'elle peut paraître s'appliquer non seulement au cas où le droit d'avoir des arbres à une distance inférieure au *minimum* légal résulte de la prescription, mais aussi au cas où ce droit résulte soit de la destination du père de famille, soit d'un titre. Quand le droit résulte de la destination du père de famille nous n'y voyons pas de difficulté. Mais s'il résulte d'un titre, il est clair, ainsi que l'a fait observer le rapporteur de la loi à la chambre des députés, qu'il faut avant tout consulter le titre pour déterminer l'étendue du droit qu'il confère, car il fait la loi des parties. Certes le titre pourrait conférer le droit d'avoir à perpétuité des arbres tenus en dehors des conditions légales de distance et de hauteur, ce qui implique le droit de les remplacer par d'autres dans les mêmes conditions après leur disparition. C'est donc seulement dans le silence du titre qu'il y aura lieu d'appliquer la règle formulée par l'art. 672 al. 2.

1526. b. Supposons maintenant que des arbres aient été plantés à la distance de deux mètres ; malgré cela, leurs branches ou leurs racines empiètent sur l'héritage voisin. Le nouvel art. 673, reproduisant sur ce point, et presque dans les mêmes termes, la

disposition de l'ancien art. 672 al. 2 et 3, autorise le voisin à couper lui-même les racines indiscrètes; quant aux branches, il a seulement le droit d'obliger le propriétaire de l'arbre à les couper. Cette différence entre les branches et les racines se justifie facilement. D'abord les racines ne paraissent pas, et le voisin sur l'héritage duquel elles empiètent les coupera souvent sans les voir, en labourant la terre. De quelque façon d'ailleurs qu'il les coupe, il fera cette opération ni mieux ni moins bien que ne la ferait le propriétaire lui-même. Il n'en est pas de même des branches; elles demandent à être coupées avec une certaine intelligence. En autorisant le voisin à les couper lui-même, il aurait été à craindre que, par maladresse ou mauvais vouloir, il ne les coupât de façon à déprécier l'arbre. Aussi la loi l'autorise-t-elle seulement à les *faire* couper.

1527. Pour encourager le voisin à tolérer les branches qui empiètent sur son héritage, la loi nouvelle lui attribue les fruits qui tombent naturellement de ces branches. Y avait-il bien là un motif suffisant de déroger au principe que les fruits d'un arbre appartiennent à son propriétaire?

1528. Une disposition du projet autorisait le fermier à exercer le droit du propriétaire en ce qui concerne les racines et les branches. Cette disposition a été supprimée au sénat. On a craint de mettre aux mains des fermiers une arme dont ils pourraient abuser. Mais il a été positivement expliqué, et d'ailleurs cela allait de soi, qu'on entendait ne porter aucune atteinte aux prérogatives que le droit commun accorde au fermier. Il pourra donc, de sa propre autorité, couper les racines qui peuvent nuire à la culture, jusqu'à la plus grande profondeur que peut atteindre la charrue ou la bêche, mais non les racines profondes qui ne nuisent pas à la culture. De même, il pourra s'adresser au propriétaire, tenu de le faire jouir, pour qu'il fasse couper les branches empiétant sur le fonds et dont l'ombre lui causerait un préjudice.

1529. Aux termes de l'art. 673 *in fine* : « *Le droit de couper les racines ou de faire couper les branches est imprescriptible* ». En effet il s'agit d'un acte de *pure faculté*. D'un autre côté, le fait, de la part d'un propriétaire, de souffrir, sans réclamer, les branches ou les racines qui empiètent sur son héritage, peut être considéré comme un acte de simple tolérance. Or, aux termes de l'art. 2232 : « Les actes de pure faculté et ceux de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription ». C'était la solution généralement admise sous l'empire du code civil; mais il s'était élevé quelques difficultés sur ce point, et le nouveau législateur a peut-être bien fait de s'expliquer catégoriquement. Cpr. Agen, 3 mars 1893, S., 93. 2. 144.

SECTION II

DE LA DISTANCE ET DES OUVRAGES INTERMÉDIAIRES REQUIS POUR CERTAINES
CONSTRUCTIONS

1530. Aux termes de l'art. 674 : « *Celui qui fait creuser un puits ou une fosse d'aisance près d'un mur mitoyen ou non ; — Celui qui veut y construire cheminée ouâtre, forge, four ou fourneau, — Y adosser une étable, ou établir contre ce mur un magasin de sel ou amas de matières corrosives, — Est obligé à laisser la distance prescrite par les règlements et usages particuliers sur ces objets, ou à faire les ouvrages prescrits par les mêmes règlements et usages pour éviter de nuire au voisin* ». Cpr. art. 6-3° de la loi du 25 mai 1838, et Cass., 6 décembre 1886, S., 87. 1. 60, D., 87. 1. 223.

La loi énumère ici certains travaux de nature à nuire aux constructions voisines, et ne permet de les exécuter qu'en prenant certaines précautions prescrites par les règlements et usages. D'ailleurs l'énumération légale n'est nullement limitative ; notre disposition devrait donc s'appliquer à tous les ouvrages susceptibles de compromettre une construction voisine.

— *Près d'un mur mitoyen ou non.* Il est sans difficulté que l'art. 674 reçoit son application lorsque le mur, près duquel on veut faire des travaux ou dépôts de la nature de ceux dont nous venons de parler, est mitoyen ou appartient exclusivement au voisin. En est-il de même si ce mur est la propriété exclusive de celui qui agit ? A cet égard, il faut établir la distinction suivante : Les travaux ou dépôts sont-ils de nature à compromettre seulement la solidité du mur contre lequel ils sont faits, comme il arriverait par exemple au cas du percement d'un puits ou d'un dépôt de sel ou autres matières corrosives ? Notre article ne s'appliquera plus. L'auteur des travaux ou du dépôt ne nuit qu'à lui-même. Mais s'il s'agit de travaux susceptibles de compromettre la sécurité publique, quand ils sont faits dans des conditions défectueuses, par exemple de la construction de fours, forges ou fourneaux, le constructeur devra dans tous les cas se soumettre aux prescriptions du dernier alinéa de l'art. 674.

Les *règlements*, dont parle notre texte, sont des dispositions administratives. On peut citer comme exemple l'ordonnance du 24 septembre 1819 sur le mode de construction des fosses d'aisance dans la ville de Paris. Le projet du code ne visait que ces règlements ; sur les observations du tribunal, on ajouta les usages, qui comblerent souvent les lacunes des règlements administratifs.

S'il n'y avait ni règlements ni usages relatifs au genre de travail que l'on veut effectuer, il faudrait recourir à une expertise, afin de déterminer les précautions nécessaires pour sauvegarder ou le mur voisin ou même la sécurité publique.

D'ailleurs l'observation des prescriptions commandées par les règlements ou les usages, ou même ordonnées par la justice, ne libérerait pas l'auteur des travaux ou dépôts de l'obligation de payer au voisin des dommages et intérêts, au cas où celui-ci aurait subi un préjudice. Arg. art. 1382 et 1383.

SECTION III

DES VUES SUR LA PROPRIÉTÉ DE SON VOISIN

I. *Distinction des jours et des vues.*

1531. Bien que la rubrique de cette section ne parle que des *vues*, il y est aussi question des *jours* qu'il faut soigneusement distinguer des *vues*.

Les *jours*, dits de *tolérance*, sont des ouvertures destinées exclusivement à éclairer les appartements. Elles ne permettent pas de les aérer, parce qu'elles sont à *verre dormant*, c'est-à-dire munies d'un verre fixé dans un châssis qui ne peut s'ouvrir. D'autre part elles ne permettent que difficilement de jeter les regards sur l'héritage voisin, parce qu'elles sont percées à une grande hauteur au-dessus du sol ou du plancher de l'appartement qu'elles éclairent. Enfin un treillis en fer, qui garnit toute la surface de l'ouverture, empêche qu'on puisse rien jeter chez le voisin, quand même la vitre viendrait à être accidentellement brisée.

Les *vues* sont des ouvertures qui laissent pénétrer à la fois l'air et la lumière, et qui permettent de plus *d'avoir un regard pénétratif sur l'héritage d'autrui* (cout. d'Orléans, art. 229).

On voit par ces définitions que les *vues* sont beaucoup plus gênantes pour le voisin que les *jours*, et on s'explique ainsi que la loi ait apporté plus de restrictions à l'établissement des *vues* sur l'héritage d'autrui qu'à celui des *jours*.

La question générale qu'a pour but de résoudre notre section, est celle de savoir si le propriétaire d'un mur situé près de l'héritage voisin a le droit d'ouvrir dans ce mur des *jours* ou des *vues*. Nous distinguerons à ce sujet, avec la loi elle-même, suivant que le mur est mitoyen ou non.

A. *Le mur est mitoyen.*

1532. Aux termes de l'art. 675 : « *L'un des voisins ne peut, sans le consentement de l'autre, pratiquer dans le mur mitoyen aucune fenêtre ou ouverture, en quelque manière que ce soit, même à verre dormant* ». La raison en est que telle n'est pas la destination du mur mitoyen. « Le mur mitoyen, dit Pothier, étant fait pour s'enclorre et pour qu'on y appuie ce qu'on juge à propos d'y appuyer, il s'ensuit que chacun des voisins ne peut, sans le consentement de l'autre, s'en servir pour d'autres usages : c'est pourquoi il ne peut, sans le consentement de l'autre, y faire des trous ou fenêtres sur l'héritage du voisin ». D'ailleurs le voisin

qui pratiquerait une ouverture dans le mur, se l'approprierait exclusivement dans la partie où il l'a percé ; en cet endroit l'autre voisin ne pourrait plus se servir du mur pour un usage quelconque.

Cependant la faculté d'avoir un jour ou une vue dans un mur mitoyen peut être acquise : 1^o par titre, c'est-à-dire par convention ou par testament ; 2^o par la prescription, qui sera accomplie lorsque le voisin aura laissé subsister les ouvertures pendant trente ans. Dans ces deux cas, le mur mitoyen est grevé d'une véritable servitude.

B. *Le mur n'est pas mitoyen.*

1533. D'après les principes généraux, celui à qui appartient un mur devrait pouvoir, en vertu du droit absolu de disposition qui appartient au propriétaire, pratiquer des ouvertures quelconques (jours ou vues) dans ce mur, fût-il contigu à un héritage appartenant à autrui. Mais il aurait pu résulter de là une très grande gêne pour le propriétaire voisin. Aussi le législateur a-t-il, dans des vues d'intérêt général, apporté, à cet égard, certaines restrictions au droit du propriétaire. Ces restrictions, qui ne constituent pas de véritables servitudes, mais déterminent seulement les limites légales du droit de propriété et représentent le droit commun de la propriété foncière en France, peuvent être ainsi formulées d'une manière générale : Le propriétaire d'un mur ne peut y pratiquer ou y conserver que des jours de tolérance, lorsque ce mur touche l'héritage voisin ou en est séparé par une distance inférieure au *minimum* légal. Si le mur est situé au delà de cette distance, le propriétaire peut y avoir des vues.

Nous allons parler successivement des jours de tolérance et des vues.

I. *Des jours de tolérance.*

1534. « *Le propriétaire d'un mur non mitoyen, joignant immédiatement l'héritage d'autrui, peut pratiquer dans ce mur des jours ou fenêtres à fer maillé et verre dormant (art. 676 al. 1).*

Bien que la loi ne parle dans ce texte que du mur non mitoyen joignant immédiatement l'héritage d'autrui, la même règle s'appliquerait *a fortiori* au mur qui, étant situé à une certaine distance du fonds voisin, n'en serait pas cependant assez éloigné pour que le propriétaire pût y pratiquer des vues.

Les jours de tolérance doivent satisfaire à plusieurs conditions indiquées par notre article et par l'art. 677.

D'abord ils doivent être à *verre dormant* (ce qui signifie, ainsi que nous l'avons déjà dit, que le châssis dans lequel le verre est fixé doit être établi de manière à ne pouvoir s'ouvrir) et à *fer maillé*, c'est-à-dire recouverts d'un treillis en fer formant des

mailles dont la loi détermine la dimension. « *Ces fenêtres doivent* » être garnies d'un treillis de fer, dont les mailles auront un déci-
 » mètre (environ trois pouces huit lignes) d'ouverture au plus, et
 » d'un châssis à verre dormant », dit l'art. 676 al. 2.

En outre les jours de tolérance doivent être placés à une certaine hauteur : « *Ces fenêtres ou jours ne peuvent être établis qu'à vingt-* »
 » six décimètres (huit pieds) au-dessus du plancher ou sol de la
 » chambre qu'on veut éclairer, si c'est à rez-de-chaussée, et à dix-
 » neuf décimètres (six pieds) au-dessus du plancher, pour les étages
 » supérieurs » (art. 677). Des ouvertures placées à cette hauteur ne permettent que très difficilement de jeter les regards chez le voisin. La loi exige une élévation plus grande pour les jours du rez-de-chaussée, parce qu'on s'y tient plus habituellement et qu'on s'y trouve plus près de la propriété voisine. Remarquons que la hauteur se compte « du plancher ou sol de la chambre qu'on veut éclairer » et non du niveau de l'héritage voisin.

L'art. 677 ne parlant que du rez-de-chaussée et des étages supérieurs, paraît inapplicable aux caves. Aussi la jurisprudence décide-t-elle que les soupiraux des caves peuvent être établis à une hauteur moindre que celle qu'exige notre article, le droit absolu du propriétaire ne subissant plus ici de restriction, puisque la loi n'en établit pas. Limoges, 4 nov. 1890, D., 92. 2. 351. Solution dont l'utilité pratique apparaît aux yeux les moins clairvoyants, beaucoup de caves n'ayant pas huit pieds de profondeur. Il ne paraît même pas nécessaire que les soupiraux des caves soient à *fer maillé et verre dormant*. L'art. 676 semble en effet étranger aux caves aussi bien que l'art. 677 (argument du mot *fenêtres*).

D'ailleurs, la loi n'a pas limité la dimension des jours. On peut donc les faire aussi grands que l'on veut, à la condition de les établir suivant les règles tracées par les art. 676 et 677.

* **1535.** La faculté, qui appartient au propriétaire d'un mur proche de l'héritage d'autrui, d'y avoir des jours dans les conditions que nous venons d'indiquer, n'empêche pas le propriétaire de l'héritage voisin d'élever des constructions, fussent-elles obstruer les jours. Ce droit lui appartient, même si les jours étaient percés depuis plus de trente ans. D'une part en effet, la prescription suppose une usurpation du droit appartenant à autrui ; or le propriétaire d'un mur, en y pratiquant des jours établis dans les conditions prescrites par les art. 676 et 677, n'usurpe en aucune façon le droit du voisin, puisqu'il ne fait qu'user d'une faculté que la loi lui accorde. Et d'autre part, le propriétaire de l'héritage voisin n'a pu perdre par la prescription le droit de faire sur son terrain des constructions qui obstrueraient les jours ; car c'était pour lui une pure faculté de construire, et l'abstention d'un acte de cette nature ne peut fonder aucune prescription (art. 2232). Et voilà bien pourquoi les jours pratiqués dans les conditions déterminées par les art. 676 et 677 sont dits *de tolérance*. Leur maintien est en effet subordonné à la tolérance du voisin qui peut, suivant les circonstances, les obstruer en construisant ou en plantant, ou les faire supprimer en acquérant la mitoyenneté du mur (*supra* n. 1487).

2 Des vues.

1536. Les vues étant beaucoup plus gênantes que les jours, la loi ne permet de les établir sans le consentement du voisin, que quand le mur où on les pratique est placé à une certaine distance de la propriété voisine.

Il y a lieu de distinguer à ce sujet les vues *droites* ou *de face* et les vues *obliques* ou *de côté*

La vue droite est celle qui s'exerce dans la direction de l'axe d'une ouverture. Une fenêtre donne une vue droite lorsqu'elle permet de voir sur l'héritage voisin sans se pencher en dehors et sans tourner la tête ni à droite ni à gauche. Toute vue qui ne peut s'exercer que dans d'autres conditions est une vue oblique.

On définit souvent les vues droites : celles qui sont pratiquées dans un mur parallèle à la ligne séparative de deux héritages. Cette définition n'est pas exacte. En effet on peut avoir une vue droite sur un fonds dont la ligne séparative forme un angle aigu avec le mur où est pratiquée la vue, si cette ligne se prolonge jusque devant l'ouverture par laquelle la vue s'exerce ; et d'autre part, on n'a qu'une vue oblique sur un fonds placé parallèlement au mur où est pratiquée l'ouverture, lorsque ce fonds ne se prolonge pas assez pour se trouver, au moins en partie, en face de cette ouverture.

1537. Distance exigée pour les vues. Elle varie suivant que la vue est droite ou oblique. La loi dit à ce sujet :

ART. 678. *On ne peut avoir des vues droites ou fenêtres d'aspect, ou balcons ou autres semblables saillies sur l'héritage clos ou non clos de son voisin, s'il n'y a dix-neuf décimètres (six pieds) de distance entre le mur où on les pratique et ledit héritage.*

ART. 679. *On ne peut avoir des vues par côté ou obliques sur le même héritage, s'il n'y a six décimètres (deux pieds) de distance.*

ART. 680. *La distance dont il est parlé dans les deux articles précédents se compte depuis le parement extérieur du mur où l'ouverture se fait, et, s'il y a balcons ou autres semblables saillies, depuis leur ligne extérieure jusqu'à la ligne de séparation des deux propriétés.*

Pour les vues droites, le calcul de la distance légale ne donne lieu à aucune difficulté. S'agit-il d'une fenêtre? La distance se compte depuis le parement extérieur du mur où elle est pratiquée jusqu'à la ligne séparative des héritages. S'agit-il d'un balcon? Il faut en faire la projection verticale sur le sol, et cette projection servira de point de départ pour le calcul de la distance. Remarquons qu'un balcon donnant une vue droite non seulement en face mais aussi à droite et à gauche, la distance exigée pour les vues droites doit exister par rapport aux trois côtés du balcon. — Aux balcons il faudrait assimiler les terrasses placées sur les toits des maisons, et les balustrades.

Pour les vues obliques, on reconnaît qu'il n'est pas possible de calculer la distance comme l'indique notre article; car il conduirait à dire qu'on ne peut avoir aucune vue oblique dans un mur touchant l'héritage d'autrui par une de ses extrémités. On est d'accord pour décider que la distance doit être calculée à partir de

l'arête du jambage de la fenêtre la plus rapprochée du fonds voisin.

La loi ne distinguant pas, la distance à observer pour les vues doit être calculée de la même manière à la ville et à la campagne.

II. *Observation commune aux jours et aux vues.*

1538. Les jours et les vues, établis conformément aux prescriptions légales, contenues dans les art. 675 à 680, sont désignés sous le nom de jours ou vues *de droit* (on disait autrefois *de coutume*) : c'est la loi qui donne le droit de les pratiquer et de les conserver. Ceux qui sont établis contrairement aux prescriptions de la loi portent le nom de jours ou vues *de servitude*, parce que le voisin ne peut être obligé de les souffrir qu'à titre de servitude, ce qui suppose qu'un droit de servitude a été acquis contre lui. Ainsi mon voisin établit dans son mur contigu à mon héritage, des jours qui ne sont pas placés à la hauteur légale ou des fenêtres d'aspect. Je puis faire boucher ces jours ou ces fenêtres, à moins que mon fonds ne soit tenu *jure servitutis* de les subir. Comment la servitude de jour ou de vue peut-elle être établie? Par titre, par prescription ou par la destination du père de famille; car elle est continue et apparente. Arg. art. 690 et 692.

* En ce qui concerne la prescription, nous ferons remarquer qu'ici comme ailleurs elle suppose un empiètement sur le droit d'autrui, une usurpation. Cette usurpation existe certainement lorsque des vues ont été établies dans un mur non situé à la distance légale par rapport à l'héritage voisin. Elle existe aussi lorsque le propriétaire d'un mur touchant l'héritage d'autrui y établit des jours qui ne sont pas percés à la hauteur légale. Orléans, 6 janv. 1892, D., 93. 2. 132. Mais peut-être y aurait-il exagération à la voir dans ce simple fait que des jours, satisfaisant d'ailleurs à toutes les autres conditions légales, auraient été garnis d'un treillis de fer dont les mailles dépassent la dimension déterminée par l'art. 676 al. 2. C'est par *simple tolérance* que le voisin n'a pas réclamé contre ce léger empiètement, qui ne peut en conséquence fonder contre lui ni possession ni prescription. Arg. art. 2232. Cpr. Cass., 20 oct. 1891, S., 92. 1. 115.

* Reste à savoir quel droit confère la prescription une fois accomplie. En ce qui concerne les jours de tolérance, établis contrairement aux prescriptions légales, la prescription donne le droit de les conserver; le voisin ne pourra pas les obstruer en construisant ou en plantant. Quant aux vues, il y a quelques difficultés. Nous pensons que celui qui les a acquises par la prescription a les mêmes droits que si la servitude de vue lui avait été conférée par un titre ne s'expliquant pas sur l'étendue du droit. Dans un cas comme dans l'autre, le voisin ne pourra construire ou planter qu'à une distance de dix-neuf ou de six décimètres suivant qu'il s'agira d'une vue droite ou oblique, cet espace étant considéré comme suffisant pour l'exercice du droit de vue (arg. art. 678 et 679). La jurisprudence française incline dans ce sens. Cass., 16 déc. 1888, S., 89. 1. 156. En sens contraire, Cass. Belg., 14 février 1884, S., 89. 4. 29.

III. *Examen de quelques cas particuliers.*

1539. I. Une première difficulté peut se présenter, lorsque, sur la ligne séparative de deux héritages, se trouve un mur ou un fossé mitoyen. En pareil cas, on décide que la distance se comptera à partir du milieu du mur ou du fossé.

II. Deux héritages sont séparés par un mur non mitoyen. Le propriétaire du mur construit sur son terrain, et ouvre des vues sur l'héritage voisin en observant la distance légale; puis le voisin se fait céder la mitoyenneté du mur : ce qui a pour résultat de déplacer la ligne séparative, laquelle se trouve désormais au milieu du mur devenu mitoyen; il arrive ainsi que les vues ne se trouvent plus à la distance légale. Le voisin pourra-t-il exiger qu'elles soient fermées? Non. En effet, la portion de terrain qui est cédée avec la mitoyenneté du mur se trouve grevée de la servitude de vue par la destination du père de famille (arg. art. 694). Et nous pensons même, contrairement au sentiment de Demante, que, si la maison vient à être démolie, elle pourra être reconstruite dans les mêmes conditions. Arg. art. 665.

III. On peut ouvrir des vues à une distance moindre que la distance légale, si ces vues ne peuvent causer aucun préjudice au voisin, par exemple s'il existe entre elles et le fonds voisin un mur assez élevé pour empêcher de porter les regards sur ce fonds, ce mur fût-il d'ailleurs mitoyen ou la propriété exclusive de l'un des deux voisins. Cass., 4 févr. 1889, S., 91. 1. 161. Mais sauf, bien entendu, le droit pour le propriétaire du fonds voisin de demander que les vues soient fermées, si le mur intermédiaire vient à être détruit. Il conserverait ce droit, même si les fenêtres étaient ouvertes depuis plus de trente ans. En effet, tant que le mur intermédiaire a existé, le propriétaire des fenêtres n'a pas possédé de vue sur l'héritage voisin; or, pour prescrire, il faut posséder, faire acte d'empiètement sur le bien d'autrui,

IV. La loi ne distinguant pas, il faut décider, avec la majorité des auteurs, que les distances légales devraient être observées, non seulement pour les vues établies dans le mur d'une maison, mais aussi pour celles pratiquées dans un simple mur de clôture, bien que ces dernières soient moins gênantes pour le voisin. Ce qui toutefois ne devrait pas être étendu aux simples solutions de continuité que présente le mur dans une partie de son étendue, fussent-elles à claire-voie ou à grille.

V. Si mon héritage est séparé du vôtre par un fonds intermédiaire ayant moins de six pieds de largeur, sur lequel j'ai le droit de vue, je n'en devrai pas moins, pour construire, observer la distance légale par rapport à vous. On admet cependant, en doctrine et en jurisprudence, une exception à cette règle pour le cas où le fonds intermédiaire est une rue ayant moins de six pieds de largeur. Telle est la tradition. D'autre part c'est une des destinations de la rue d'être bordée de maisons, et l'intérêt général exige que ces maisons aient des fenêtres en façade. Autrement quel coup d'œil la rue offrirait-elle, et bien plus quelle sécurité aux passants? Enfin, le droit de construire est réciproque pour les voisins de face, qui gagnent ainsi plus qu'ils ne perdent. — L'exception ne devrait pas être étendue au cas de maisons construites le long d'une ruelle commune n'ayant pour destination que de servir au passage et à l'écoulement des eaux. Il faudrait alors observer la distance légale pour les vues. Cass., 4 févr. 1889, S., 91. 1. 161.

Des considérations de même nature ont fait admettre que les balcons de toute maison bordant une voie publique peuvent être prolongés jusqu'à l'extrémité de la façade de la maison, sans que les voisins de droite ni de gauche puissent se plaindre de ce que le balcon procure ainsi sur leur propriété une vue oblique pour laquelle la distance légale n'est pas observée. « Attendu, dit la cour de cassation (arrêt du 28 oct. 1891, D., 92. 1. 285), que le droit de pratiquer des issues, d'ouvrir des jours, de prendre des vues et d'établir des balcons sur les terrains du domaine public ou du domaine municipal affectés à la voie publique ne souffre d'autres conditions et restrictions que celles qu'il appartient aux pouvoirs administratifs de déterminer, et ne reçoit aucune limitation des dispositions des art. 678 et 679 C. civ. ».

SECTION IV

DE L'ÉGOUT DES TOITS

1540. Aux termes de l'art. 681 : « *Tout propriétaire doit établir des toits de manière que les eaux pluviales s'écoulent sur son ter-*

» rain ou sur la voie publique; il ne peut les faire verser sur le » fonds de son voisin ». Mais il peut les lui transmettre; après les avoir reçues sur son propre fonds, si la pente naturelle du terrain les y conduit. A la condition toutefois qu'elles ne causent pas plus de préjudice au voisin que les eaux qui découleraient naturellement du terrain supérieur, s'il était nu de constructions (arg. art. 640 *in fine*). Bordeaux, 10 juillet 1888, S., 90. 2. 205, et Besançon, 21 juin 1889, S., 90. 2. 204.

Un arrêt de la cour d'Orléans du 4 novembre 1886 (S., 87. 2. 31) a jugé que le propriétaire d'une maison est présumé propriétaire du terrain qui est au-dessous de la saillie de son toit, en d'autres termes du terrain compris dans la projection verticale du toit sur le sol. En effet il n'a pu légalement établir cette saillie qu'à la condition d'être propriétaire du terrain qui est au-dessous (arg. art. 552 al. 1). Ce serait d'ailleurs une présomption simple, susceptible d'être combattue par la preuve résultant d'un titre ou même d'une présomption contraire. — Nous voyons une objection grave contre cette solution. Les présomptions de l'homme ou présomptions simples ne sont admissibles que dans les cas où la loi autorise la preuve testimoniale (art. 1353); or il sera bien rare que la preuve testimoniale soit admissible dans notre hypothèse (arg. art. 1341). Nous aimons mieux dire, ce qui d'ailleurs conduira la plupart du temps au même résultat, que le propriétaire de la maison, possédant par le seul fait du surplomb de son toit le terrain recouvert par ce toit, jouera le rôle de défendeur au procès, et que la charge de la preuve incombera ainsi à son adversaire.

SECTION V

DU DROIT DE PASSAGE

1541. Il s'agit du droit de passage en cas d'*enclave*. La loi permet au propriétaire d'un fonds *enclavé*, c'est-à-dire sans issue pour arriver à la voie publique, de forcer les propriétaires voisins à lui fournir, moyennant indemnité, le passage nécessaire à l'exploitation de son fonds. L'intérêt général, qui exige que toutes les propriétés foncières puissent être exploitées, justifie cette atteinte au droit de propriété.

Les art. 682 à 685, relatifs à notre matière, ont été profondément modifiés par la loi du 20 août 1881, dont nous avons déjà eu à nous occuper plus haut, n. 1520 et s.

Voici tout d'abord les textes. Nous mettons les anciens en regard des nouveaux.

TEXTES ANCIENS

ART. 682. *Le propriétaire dont les fonds sont enclavés, et qui n'a aucune issue sur la voie publique, peut réclamer un passage sur les fonds de ses voisins pour l'exploitation de son héritage, à la charge d'une indemnité proportionnée au dommage qu'il peut occasionner.*

TEXTES NOUVEAUX

ART. 682. *Le propriétaire dont les fonds sont enclavés et qui n'a sur la voie publique aucune issue, ou qu'une issue insuffisante pour l'exploitation, soit agricole, soit industrielle de sa propriété, peut réclamer un passage sur les fonds de ses voisins, à la charge d'une indemnité proportionnée au dommage qu'il peut occasionner.*

ART. 683. *Le passage doit régulièrement être pris du côté où le trajet est le plus court du fonds enclavé à la voie publique.*

ART. 684. *Néanmoins il doit être fixé dans l'endroit le moins dommageable à celui sur le fonds duquel il est accordé.*

ART. 685. *L'action en indemnité, dans le cas prévu par l'article 682, est prescriptible ; et le passage doit être continué, quoique l'action en indemnité ne soit plus recevable.*

ART. 683. *Le passage doit régulièrement être pris du côté où le trajet est le plus court du fonds enclavé à la voie publique.*

Néanmoins il doit être fixé dans l'endroit le moins dommageable à celui sur le fonds duquel il est accordé.

ART. 684. *Si l'enclave résulte de la division d'un fonds par suite d'une vente, d'un échange, d'un partage ou de tout autre contrat, le passage ne peut être demandé que sur les terrains qui ont fait l'objet de ces actes.*

Toutefois, dans le cas où un passage suffisant ne pourrait être établi sur les fonds divisés, l'article 682 serait applicable.

ART. 685. *L'assiette et le mode de la servitude de passage pour cause d'enclave sont déterminés par trente ans d'usage continu.*

L'action en indemnité dans le cas prévu par l'article 682 est prescriptible, et le passage doit être continué, quoique l'action en indemnité ne soit plus recevable.

1542. Conditions requises pour que le passage soit dû. —

Le droit de passage n'existe qu'au profit des fonds enclavés. Le nouvel art. 682, tranchant conformément aux indications de la jurisprudence le doute qu'avait fait naître à ce sujet la rédaction de l'ancien, décide qu'il y a lieu de considérer comme enclavés, non seulement les fonds qui n'ont aucune issue sur la voie publique, mais aussi ceux qui n'ont qu'une issue insuffisante pour leur exploitation : ce qu'il appartient au juge d'apprécier souverainement (1). Tel serait le cas où un fonds, que le propriétaire veut vouer à la culture des céréales, ne communiquerait avec la voie publique que par un sentier praticable pour les piétons seulement ou par un chemin traversant le lit d'un ruisseau profondément encaissé en certains endroits et pouvant d'ailleurs être rendu complètement impraticable par l'effet des pluies d'orage. Au surplus, sous l'empire de la loi nouvelle comme de l'ancienne, on ne devrait pas considérer comme enclavé *hoc sensu* le fonds qui a une issue suffisante pour son exploitation, mais incommode (2), ni le fonds auquel il est possible de procurer une issue en faisant des travaux qui ne sont pas en disproportion avec le résultat à obtenir, par

(1) Cass., 17 janvier 1882, D., 82, 1, 416, S., 82, 1, 206, et 31 mars 1885, S., 85, 1, 445.

(2) Cpr. Cass., 6 janvier 1890, S., 90, 1, 392, D., 90, 1, 63.

exemple en jetant un pont sur un petit cours d'eau (1). Le passage que la loi accorde est un passage de nécessité, et non un passage d'utilité, encore bien moins un passage de commodité ou d'agrément.

Bien que l'ancien art. 682 accordât, dans les termes les plus généraux, le droit de passage pour l'*exploitation* du fonds enclavé, quelques auteurs, se fondant principalement sur ce que le législateur paraissait s'être préoccupé exclusivement des besoins de l'agriculture, pensaient que le passage ne pouvait être réclaté que pour l'exploitation *agricole* du fonds, et non pour son exploitation *industrielle*. La nouvelle rédaction de l'art. 682, qui parle de *l'exploitation soit agricole, soit industrielle* du fonds enclavé, condamne cette interprétation, qui n'avait trouvé qu'un faible écho dans la doctrine et que la jurisprudence avait toujours repoussée. Ainsi le droit de passage établi par nos articles, est dû aussi bien pour l'exploitation d'une carrière ou d'une tourbière que pour la culture des terres. D'ailleurs il peut être réclaté non seulement par le propriétaire du fonds enclavé, mais aussi par l'usufruitier ou l'usager de ce fonds, qui ont un droit réel. La même faculté n'appartiendrait pas au fermier qui n'a qu'un droit personnel.

1543. Assiette de la servitude de passage. — La loi statuant dans les termes les plus généraux, aucun fonds ne saurait être, à raison de sa nature, affranchi de la servitude légale qui nous occupe. Ainsi elle grève les héritages clos comme ceux qui ne le sont pas. La loi n'excepte même pas, comme elle le fait ailleurs (loi du 29 avril 1845, art. 1^{er}), les cours, jardins, parcs et enclos attenants aux habitations. Notre servitude grève aussi les immeubles dotaux, bien qu'ils soient inaliénables (art. 1554). Elle grève enfin les fonds de terre faisant partie du domaine privé de l'Etat, et même, d'après quelques auteurs, ceux du domaine public.

Il peut y avoir plusieurs fonds voisins susceptibles de fournir le passage. Il faut d'abord déterminer celui auquel cette charge sera imposée. Ce premier point une fois réglé, il faut encore fixer la partie du fonds qui servira d'*assiette* à la servitude, c'est-à-dire sur laquelle elle sera *assise*. Comment parviendra-t-on à cette double détermination? Le nouvel art. 683 dit à ce sujet dans son alinéa 1 : « *Le passage doit régulièrement être pris du côté où le » trajet est le plus court du fonds enclavé à la voie publique* ».

1543 bis. Voilà le principe. Il comporte deux exceptions.

(1) Cass., 13 juillet 1880, D., 80. 1. 456, S., 82. 1. 72; 27 avril 1881, S., 81. 1. 295, et 29 juin 1887, D., 88. 1. 485, et Poitiers, 13 mars 1889, D., 90. 2. 109.

PREMIÈRE EXCEPTION. Elle est établie par l'art. 683 al. 2, ainsi conçu : « Néanmoins, il [le passage] doit être fixé dans l'endroit le » moins dommageable à celui sur le fonds duquel il est accordé ». C'est la reproduction littérale de l'ancien art. 684. Ainsi le juge peut ordonner que le passage ne sera pas exercé en suivant inflexiblement la ligne la plus courte, du fonds enclavé à la voie publique, si on se trouve ainsi conduit à traverser une cour, un jardin ou un parc... Il peut même imposer la servitude de passage à un fonds autre que celui qui offre le trajet le plus court, si la servitude doit être beaucoup plus onéreuse pour le propriétaire de ce dernier que pour celui du fonds voisin.

Mais peut-il être dérogé à la règle du trajet le plus court, dans l'intérêt du propriétaire enclavé ? Ainsi le juge a-t-il le droit d'ordonner qu'on s'écarte de la ligne la plus courte, si, à raison de la valeur du terrain, il faut payer une indemnité beaucoup plus forte pour établir le passage en suivant cette ligne que pour l'asseoir sur une autre partie du fonds ou même sur un fonds voisin ? On l'admettait sous l'empire du code civil, en se conformant à l'esprit de la loi plutôt qu'à ses termes, et il semble qu'on doive l'admettre encore aujourd'hui, l'intention des auteurs de la loi nouvelle ayant été de consacrer législativement les solutions qui avaient triomphé en doctrine et en jurisprudence. Cpr. *supra* n. 1468.

DEUXIÈME EXCEPTION. Elle résulte du nouvel art. 684. Toutes les fois que l'enclave provient de la division d'un fonds par suite d'une vente, d'un échange, d'un partage ou de tout autre contrat, le passage ne peut être établi que sur les terrains qui ont fait l'objet de ces actes. Ainsi, par suite d'un partage, un terrain confinant à un chemin est divisé en plusieurs parcelles dont quelques-unes se trouvent désormais séparées de la voie publique par les autres : c'est sur ces dernières que le passage sera dû aux premières. De même, si, à la suite d'une vente portant sur un fonds, la portion vendue se trouve enclavée, le vendeur devra un passage à l'acheteur sur la portion qu'il conserve. En sens inverse, le vendeur pourra exiger que l'acheteur lui fournisse un passage, si c'est la portion qu'il conserve qui se trouve enclavée, par suite de la vente.

C'est donc seulement lorsque l'enclave résulte d'un cas fortuit, comme le changement de lit d'un fleuve, ou bien lorsqu'elle existe depuis un temps immémorial, de telle sorte qu'il est impossible d'en déterminer la cause, que le propriétaire du fonds enclavé peut réclamer le droit de passage accordé par nos articles. Les parties ne peuvent pas faire subir aux voisins les conséquences d'une enclave qui résulte de leur fait.

* A cette raison d'équité, il faut en ajouter d'autres tirées des principes juridiques. Dans un partage, les parties se doivent réciproquement la garantie. Il en résulte que celui des copartageants, dont le lot est enclavé parmi ceux de ses consorts, peut agir contre ceux-ci pour obtenir un passage ; car l'impossibilité où il se trouve d'exploiter sa propriété faute de passage équivaut à une éviction : c'est la même chose à peu près d'être

privé de son droit de propriété sur un bien, ou de n'obtenir sur ce bien qu'un droit de propriété illusoire, à raison de l'impossibilité où l'on est de l'exploiter. La même obligation de garantie, avec les mêmes conséquences, existe dans la vente et dans l'échange. De plus l'art. 1615 impose au vendeur l'obligation de livrer la chose avec ses accessoires et tout ce qui est destiné à son usage perpétuel, donc avec le passage indispensable, si le bien vendu est enclavé par suite de la vente.

* Ce sont ces raisons si décisives qui avaient déjà déterminé la plupart des auteurs et la jurisprudence à adopter la solution que le nouvel art. 684 a consacrée législativement.

Cependant on revient au droit commun, c'est-à-dire à l'application de l'art. 682, lorsqu'un passage suffisant ne peut être établi sur les terrains ayant fait l'objet des conventions qui sont la cause de l'enclave. C'est ce que nous dit le 2^e alinéa du nouvel art. 684; c'est aussi ce que décidait déjà la jurisprudence.

1544. De l'indemnité. — L'enclave ne donne droit au passage sur les fonds voisins que moyennant une indemnité. Le montant de cette indemnité sera réglé par la justice sur expertise, si les parties ne peuvent pas s'entendre pour le déterminer à l'amiable. Dans ce règlement, le juge devra tenir compte du préjudice causé au propriétaire du fonds servant par l'établissement de la servitude et non du profit qu'en retirera le fonds enclavé. On peut induire par argument *a fortiori* de l'art. 545 que le paiement de l'indemnité doit être préalable à l'exercice du droit de passage. Aucune indemnité n'est due en principe pour le droit de passage réclamé à la suite d'une enclave provenant d'un contrat, conformément à l'art. 684. La concession du passage étant alors une obligation résultant de l'engagement des parties, doit être gratuite sauf convention contraire.

1545. De la prescription. — Si le propriétaire d'un fonds enclavé a passé pendant trente ans sur un fonds voisin, en l'absence de toute convention ou de tout règlement judiciaire, cet usage trentenaire aura produit à son profit deux effets importants, qu'indique le nouvel art. 685 : 1^o déterminer l'assiette et le mode de la servitude de passage; 2^o libérer le propriétaire du fonds enclavé de l'obligation de payer l'indemnité due aux termes de l'art. 682.

1546. PREMIER EFFET. Après trente ans d'usage continu, l'*assiette* et le *mode* de la servitude de passage sont définitivement établis (art. 685 al. 1). Cass., 9 janvier 1883, D., 83. 1. 176, S., 84. 1. 64.

L'*assiette*, c'est-à-dire le fonds et même la partie du fonds sur laquelle la servitude sera désormais définitivement *assise*. Ici comme ailleurs, la prescription transforme le fait en droit. Quel-

ques doutes s'étaient élevés sur ce point sous l'empire du code civil ; la loi nouvelle les fait disparaître.

Remarquez que la prescription ne fait pas acquérir le droit de passage, car ce droit existe en vertu des seules dispositions de la loi ; elle fait acquérir le droit de passer sur tel fonds et sur telle partie déterminée de ce fonds. Tant que la prescription n'est pas accomplie, le propriétaire du fonds sur lequel le passage est exercé peut soutenir, soit que la servitude doit être exercée sur une autre partie de son fonds, soit qu'elle doit être exercée, sur un autre fonds. Il ne peut plus élever l'une ou l'autre prétention après trente ans d'usage continu. La loi considère son silence prolongé comme impliquant un consentement tacite au maintien de l'état de choses actuel qu'il a toléré pendant si longtemps. — La prescription peut aussi changer l'assiette primitivement assignée par une convention pour l'exercice de la servitude. Cass., 13 août 1889, D., 90. 1. 309, et 17 février 1886, D., 87. 1. 303, S., 86. 1. 457.

Le mode de la servitude. La loi désigne par ces mots la façon de passer : à pied, avec du bétail, en charrette... Avant que la prescription soit accomplie, le propriétaire du fonds sur lequel le passage est exercé peut, tout en reconnaissant qu'il doit la servitude, contester l'étendue que le propriétaire du fonds enclavé prétend lui donner, soutenir par exemple qu'un passage à pied suffit pour l'exploitation du fonds enclavé, quand le propriétaire de celui-ci prétend qu'il a besoin d'un passage à cheval ou avec charrette. La prescription une fois accomplie, aucune contestation ne peut plus être élevée sur ces divers points.

La cour de cassation a jugé avec raison que, lorsqu'un usage trentenaire a déterminé l'assiette et le mode de la servitude de passage au profit du fonds enclavé, cette servitude ne s'éteint pas par la cessation de l'enclave. Cass., 24 novembre 1880, S., 81. 1. 222, D., 81. 1. 71.

1547. DEUXIÈME EFFET. L'usage trentenaire du droit de passage entraîne l'extinction de l'action en indemnité appartenant au propriétaire sur le fonds duquel il a été exercé.

Il est incontestable que le droit à l'indemnité est perdu, si le passage a été exercé pendant trente ans, à compter d'un règlement conventionnel ou judiciaire déterminant, soit l'assiette du passage et le montant de l'indemnité tout à la fois, soit l'assiette du passage seulement, la question d'indemnité étant réservée. Dans l'un et l'autre cas, le droit à l'indemnité était né au profit du propriétaire du fonds sur lequel le passage a été exercé, et il doit nécessairement se prescrire par trente ans d'inaction, conformément au droit commun (art. 2262).

Mais il faut aller plus loin, et décider que le droit à l'indemnité est éteint par l'usage trentenaire, même quand le passage a été exercé en l'absence de tout règlement, soit quant à l'assiette de la servitude, soit quant à l'indemnité. Dès le jour en effet où le passage a été exercé sur l'un des fonds voisins, une action est née au profit du propriétaire de ce fonds pour réclamer une indemnité. S'il reste pendant trente ans sans l'exercer, son droit est éteint par la prescription (arg. art. 2262). La question était controversée sous l'empire du code civil et elle pourra l'être encore sous l'empire de la loi nouvelle qui s'est bornée à reproduire purement et simplement sur ce point la disposition de l'ancien art. 685.

1548. En dehors du cas d'enclave, le droit de passage est encore accordé dans quelques hypothèses spéciales.

1^o Toute personne peut passer sur les héritages bordant une voie publique *devenue impraticable*, alors même que ces héritages seraient clos et quel que soit leur état de

culture. Ce droit existe même dans le cas où il y aurait une autre route praticable dans tout son parcours et conduisant au point que l'on veut atteindre; il existe aussi alors même qu'il s'agirait d'un chemin rural (Cass., 9 décembre 1885, D., 87. 1. 64, S., 86. 1. 153). C'est à la commune de payer, en pareil cas, l'indemnité due aux propriétaires riverains du chemin impraticable (loi des 28 septembre-6 octobre 1791, tit. II, art. 41, et loi du 21 mai 1836, art. 1).

2° Le propriétaire d'un essaim d'abeilles peut le poursuivre sur les fonds voisins. L'art. 9 de la loi du 4 avril 1889 *sur le code rural* dit à ce sujet : « *Le propriétaire d'un essaim a le droit de le réclamer et de s'en ressaisir, tant qu'il n'a pas cessé de le suivre; autrement l'essaim appartient au propriétaire du terrain sur lequel il s'est fixé* ».

3° Le propriétaire d'objets enlevés par les eaux peut aller les retirer dans le fonds où ils ont été entraînés.

CHAPITRE III

DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LE FAIT DE L'HOMME

1549. Il n'y a de véritables servitudes que celles dont s'occupe notre chapitre, celles qui résultent du fait de l'homme. Ce sont les seules en effet qui constituent une exception au droit commun de la propriété foncière en France. Nous avons déjà noté (*supra* n. 1425) que les diverses restrictions au droit de propriété, établies par le législateur dans les chapitres I et II, sous les noms de *servitudes naturelles* et de *servitudes légales*, constituent le droit commun de la propriété foncière, et que par suite, dans une langue juridique bien faite, elles ne devraient pas être désignées sous le nom de *servitudes*, la servitude supposant, ainsi que son nom lui-même l'indique, une exception au droit commun de la liberté des fonds.

SECTION PREMIÈRE

DES DIVERSES ESPÈCES DE SERVITUDES QUI PEUVENT ÊTRE ÉTABLIES SUR LES BIENS

1550. On ne pouvait, sans porter atteinte au droit d'omnipotence des propriétaires, déterminer d'une manière limitative les diverses servitudes qu'il leur serait permis d'établir sur leurs héritages ou au profit de leurs héritages. Aussi l'art. 686 al. 1 dispose-t-il : « *Il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés ou en faveur de leurs propriétés telles servitudes que bon leur semble...* » Le principe est donc celui de la liberté. Mais, aussitôt après l'avoir consacré, la loi y apporte deux restrictions qu'elle formule en ces termes : « *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* ».

1551. PREMIÈRE RESTRICTION. Les particuliers ne peuvent pas établir sur leurs fonds ou au profit de leurs fonds des servitudes contraires à l'ordre public. Telle serait une servitude de passage constituée pour favoriser la contrebande. La pratique n'offre guère d'exemples de servitudes de ce genre, et nous n'y insisterons pas davantage.

1552. DEUXIÈME RESTRICTION. Elle est indiquée par ces mots de notre article : « pourvu néanmoins que les services établis ne » soient imposés ni à *la personne* ni *en faveur de la personne* mais » seulement à *un fonds* et *pour un fonds* ».

La loi dit tout d'abord que les services établis ne doivent pas être imposés à *la personne*, mais seulement à *un fonds*. Cette disposition signifie que la servitude ne peut pas consister en une prestation personnelle imposée au propriétaire d'un fonds *en cette qualité*, de sorte qu'il cesserait d'en être tenu en cessant d'être propriétaire du fonds, et que le nouveau propriétaire en serait tenu à sa place. Ainsi, je ne puis m'obliger *en qualité de propriétaire d'un fonds* à labourer le vôtre ou à curer vos fossés, de telle sorte que je serai tenu de cette obligation tant que je conserverai la propriété du fonds, et que celui qui me succèdera dans le fonds en sera tenu à ma place. Je puis bien contracter un semblable engagement *personnellement*, en vous louant mes services pour un certain temps (art. 1780), mais je ne puis pas le contracter *réellement*, c'est-à-dire *en qualité de propriétaire d'un fonds*, par conséquent pour moi et pour ceux qui me succéderont dans le fonds.

Cependant il résulte de l'art. 698 que le propriétaire du fonds assujéti peut être obligé *en cette qualité* à faire les travaux nécessaires pour l'exercice de la servitude, par exemple à entretenir le chemin par lequel s'exerce une servitude de passage. Mais ici, qu'on le remarque bien, la prestation personnelle ne constitue pas la servitude, comme dans les exemples cités tout à l'heure, elle n'en est que l'accessoire. C'est le fonds qui doit la servitude, et le propriétaire de ce fonds ne s'engage à faire certains travaux que pour en faciliter l'exercice. Il n'y a donc pas antinomie entre l'art. 686 al. 1 et l'art. 698. Cpr. *infra* n. 1572.

En second lieu, notre texte dit que les services ne doivent pas être établis *en faveur de la personne*, mais seulement *pour un fonds*. Prise à la lettre, cette formule proscrirait les servitudes personnelles (usufruit, usage et habitation). Ce sont bien là en effet des servitudes établies en faveur d'une personne, et non en faveur d'un fonds. Mais telle n'a point été la pensée du législateur. Il autorise

en effet par des dispositions antérieures l'usufruit, l'usage et l'habitation. Seulement il les considère comme des *appendices* de la propriété et évite de les qualifier de servitudes personnelles. Ce qu'il a voulu proscrire, ce sont les services qui devraient profiter à une personne *en qualité de propriétaire d'un fonds*, sans profiter à ce fonds lui-même. Ainsi je ne puis pas stipuler *en qualité de propriétaire d'un fonds*, c'est-à-dire pour moi et pour tous ceux qui me succéderont dans ce fonds, le droit de cueillir des fleurs sur l'héritage voisin, ou le droit de promenade sur cet héritage, ou encore (ce qui toutefois est un peu plus douteux) le droit de chasser sur les terres ou de pêcher dans les eaux d'un autre fonds. Je puis bien stipuler ces divers avantages pour ma personne, soit pour la durée de ma vie, à titre de servitude personnelle (droit d'usage restreint), soit comme simple droit personnel, pour un temps déterminé; mais je ne puis les stipuler pour mon fonds, leur imprimant ainsi le caractère de servitudes ou services fonciers, parce qu'ils ne profiteraient pas à ce fonds, en ce sens qu'il est impossible de les considérer comme établis pour son *usage* ou son *utilité* (art. 637); ils procureraient seulement un agrément à la personne de celui qui en serait propriétaire. Pour le droit de chasse et de pêche, la jurisprudence a été pendant longtemps en sens contraire. Elle paraît maintenant vouloir se fixer dans notre sens. Paris, 26 juin 1890, D., 91. 2. 233, S., 91. 2. 230, et Cass., ch. cr., 9 janvier 1891, D., 91. 1. 89, S., 91. 1. 489. Cpr. Pau, 16 juin 1890, S., 92. 2. 313, D., 91. 2. 185.

Plus délicate est la question de savoir si une servitude réelle peut être imposée à un fonds dans l'intérêt du commerce ou de l'industrie exercée par le propriétaire d'un autre fonds. Il faut voir si le service doit profiter au fonds; ou seulement à la personne de son propriétaire. Le service profiterait au fonds, et serait susceptible par conséquent d'être établi comme servitude réelle, si le fonds dominant est spécialement aménagé pour l'exercice d'un commerce ou d'une industrie déterminée en vue de laquelle le service est créé. Ainsi, propriétaire d'un fonds, sur lequel j'ai établi une tuilerie, je puis stipuler au profit de ce fonds et comme servitude réelle le droit d'extraire de l'argile d'un fonds voisin. La valeur de mon fonds considéré comme tuilerie en sera augmentée; par conséquent la servitude profite au fonds. De même le propriétaire de deux maisons dont l'une est spécialement aménagée pour servir d'hôtellerie, peut vendre l'autre en la grevant de cette servitude qu'elle ne pourra pas être consacrée au même usage. Au contraire, le propriétaire d'une forêt, qui fait le commerce des échalas, ne pourrait pas, en vendant une partie de son terrain, imposer à titre de servitude réelle au nouveau propriétaire et à ses successeurs dans le fonds l'obligation de ne pas faire le commerce des échalas, une semblable charge devant profiter au propriétaire du fonds, dont elle favorise le commerce, plutôt qu'au fonds lui-même.

En résumé, la double règle que la servitude ne peut pas être imposée à la personne ni en faveur de la personne, signifie : d'une part, qu'une servitude ne peut pas avoir pour objet direct et prin-

principal des services qui seraient imposés à une personne en qualité de propriétaire d'un fonds, plutôt qu'au fonds lui-même ; et d'autre part qu'on ne peut pas grever un fonds, à titre de servitude réelle, de services qui devraient profiter à la personne du propriétaire d'un autre fonds, plutôt qu'à ce fonds lui-même. Ou encore, comme le dit Demante, on ne peut, ni imposer à la propriété d'un fonds la charge d'un service personnel, ni attacher à la propriété d'un fonds des prérogatives qui profiteraient au maître sans augmenter l'agrément ou l'utilité du fonds lui-même. L'histoire nous fournit un exemple bizarre et bien connu d'une servitude imposée à la fois à la personne et en faveur de la personne. Nous voulons parler de l'obligation de battre un étang imposée au propriétaire de cet étang pour empêcher que les grenouilles ne troublent le sommeil du seigneur qui habite dans le voisinage.

1552 bis. En interdisant l'établissement de servitudes qui seraient imposées à la personne ou qui profiteraient à la personne, le législateur du code civil a voulu une fois encore confirmer l'abolition de la féodalité. Dans le système des tenures féodales, le possesseur d'un fonds devait certains services par cela seul qu'il était le possesseur de ce fonds, et il les devait au possesseur d'un autre fonds parce que ce dernier fonds était au-dessus du sien dans la hiérarchie féodale. C'est ainsi notamment qu'avant la décadence de la féodalité, le possesseur d'un fief devait à son suzerain les services d'*host*, de *cour* et de *conseil* et aussi ces contributions extraordinaires qu'on appelait les *aides féodales*. C'est ainsi encore que le possesseur d'une censive était tenu envers le seigneur censier du paiement du *cens*, c'est-à-dire d'une prestation pécuniaire et périodique. Le premier devait les services personnels ou les subsides extraordinaires à raison de la possession du fief, et le second devait le cens à raison de la possession de la censive. Le législateur a voulu empêcher qu'on ne ressuscitât le régime féodal en stipulant des services de ce genre. Telle est, d'ailleurs, l'explication donnée par le tribun Gillet, lors de la discussion au corps législatif : « Aujourd'hui que ces trois espèces de droits (l'usufruit, l'usage et l'habitation) se trouvent avec raison traitées dans notre code civil comme des appendices de la propriété, il ne saurait plus y avoir de servitudes mixtes ou personnelles que celles dont les institutions féodales fourniraient le modèle ; et c'est pour cela qu'on a dû prendre soin de supprimer cette voie par laquelle elles auraient pu se reproduire » (Fenet, t. 11, p. 338). C'est donc la même préoccupation qui a inspiré la disposition de l'art. 638 et

celle de l'art. 686. L'art. 638 vise la hiérarchie foncière qui formait la base de la féodalité, et l'art. 686 les services personnels qui étaient dus à raison de cette hiérarchie.

1553. Aux termes de l'art. 686 al. 2 : « *L'usage et l'étendue de : servitudes ainsi établies se règlent par le titre qui les constitue. à défaut de titre, par les règles ci-après* ».

Nous retrouverons cette disposition sous les art. 697 et s.

Divisions des servitudes.

1554. La loi nous indique ici trois divisions des servitudes résultant du fait de l'homme : 1° servitudes urbaines et servitudes rurales; 2° servitudes continues et servitudes discontinues; 3° servitudes apparentes et servitudes non apparentes.

1. Servitudes urbaines et servitudes rurales.

1555. « *Les servitudes sont établies ou pour l'usage des bâtiments, ou pour celui des fonds de terre. — Celles de la première espèce s'appellent urbaines, soit que les bâtiments auxquels elles sont dues soient situés à la ville ou à la campagne. — Celles de la seconde espèce se nomment rurales* » (art. 687). Personne n'ayant pu dire qu'elle est l'utilité de cette distinction, nous nous bornerons à citer le texte qui la consacre. Elle devrait disparaître. A quoi bon surcharger la science du droit de distinctions inutiles?

2. Servitudes continues et servitudes discontinues.

1556. Si la distinction précédente est sans intérêt pratique, celle-ci au contraire présente une importance capitale au point de vue de l'établissement des servitudes (*infra* n. 1561 et s.). Aussi convient-il d'y insister. Lisons tout d'abord l'art. 688, qui contient des définitions précieuses : « *Les servitudes sont continues ou discontinues. — Les servitudes continues sont celles dont l'usage est ou peut être continu sans avoir besoin du fait actuel de l'homme : tels sont les conduites d'eau, les égouts, les vues et autres de cette espèce. — Les servitudes discontinues sont celles qui ont besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées : tels sont les droits de passage, puisage, pacage et autres semblables* ».

Les servitudes *discontinues*, dont nous parlerons tout d'abord, sont celles « qui ont besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées ». Ce qui les caractérise, c'est que leur exercice ne survit pas au fait de l'homme : il cesse dès que ce fait cesse de se produire. Telle est la servitude de passage : elle s'exerce chaque fois que le propriétaire du fonds dominant passe sur le fonds servant,

et seulement pendant le temps qu'il met à passer. La loi cite encore les servitudes de puisage, de pacage. On peut ajouter la servitude d'extraire de la marne ou du sable, la servitude d'abreuvement.

Les servitudes *continues* sont celles dont l'usage est ou peut être continu sans le fait *actuel* de l'homme. La loi ne dit pas *sans le fait de l'homme*, mais bien *sans son fait ACTUEL*. En effet les servitudes dites *continues* supposent l'intervention du fait de l'homme, au moins pour leur établissement, et souvent pour leur exercice, qui nécessite ordinairement certains travaux, tels qu'une construction s'il s'agit d'une servitude de vue. Mais ce qui caractérise la servitude continue, c'est qu'une fois qu'elle est établie et que les choses sont mises dans l'état nécessaire pour son exercice, elle s'exercera toute seule et indéfiniment sans une nouvelle intervention de l'homme, c'est-à-dire du propriétaire du fonds dominant, sans son fait actuel, comme le dit la loi, par conséquent en son absence aussi bien qu'en sa présence, pendant son sommeil aussi bien que quand il veille.

Ainsi la loi cite comme exemple de servitudes continues les conduites d'eau (servitude d'aqueduc, de *aquam ducere*). Le fait de l'homme est nécessaire pour l'établissement de cette servitude : il se produira le plus ordinairement sous forme de convention entre les propriétaires. Puis, la servitude une fois créée, le fait de l'homme sera nécessaire encore pour établir l'aqueduc sur le fonds servant : il faudra placer des tuyaux ou creuser un canal. Mais une fois ces travaux faits, la servitude s'exercera toute seule, sans l'intervention active de l'homme ; l'aqueduc une fois établi, l'eau suivra indéfiniment la voie qui lui a été ouverte, à travers le fonds servant, et arrivera ainsi d'elle-même au fonds dominant. Peut-être la servitude ne s'exercera-t-elle pas sans intermittences, car il est possible que la source qui alimente l'aqueduc se tarisse à certaines époques de l'année ; mais peu importe, la servitude n'en sera pas moins continue, parce qu'elle s'exerce d'elle-même et sans le fait *actuel* de l'homme, toutes les fois que la source fournit de l'eau. Elle ne cesserait même pas d'être continue par suite de cette circonstance que l'aqueduc serait muni d'une pale ou vanne qu'il faudrait lever pour donner passage à l'eau. En effet, la vanne une fois levée, l'eau coule indéfiniment ; de sorte qu'il est vrai de dire que la servitude s'exerce sans le fait *actuel* de l'homme. Cass., 25 octobre 1887, S., 88. 1. 309, D., 88. 1. 106, et 22 nov. 1892, S., 93. 1. 29.

La loi cite ensuite comme exemple de servitudes continues la servitude de vue. Si l'homme n'est pas toujours à la fenêtre pour regarder sur l'héritage voisin, la fenêtre est toujours là, menaçant le voisin, qui peut craindre d'être vu sans voir lui-même. En ce sens on peut dire que la fenêtre est un regard permanent sur l'héritage d'autrui. Et puis les fenêtres ne servent pas seulement à regarder; elles sont aussi destinées à fournir l'air et la lumière, et elles remplissent ce double office, le second surtout, sans le fait *actuel* de l'homme.

Enfin la loi cite les *égouts*. Que cette disposition s'applique à l'égout des toits, c'est incontestable. Le fait de l'homme est bien nécessaire au début pour l'établissement de cette servitude: il devra nécessairement intervenir pour disposer le toit de la maison ou les tuyaux de conduite de manière que l'eau se déverse sur l'héritage voisin; mais, une fois ces travaux exécutés, la servitude s'exercera d'elle-même. Elle ne s'exercera pas d'une manière continue, il est vrai, car il ne pleut pas toujours; mais elle s'exercera toutes les fois qu'il pleuvra, sans l'intervention de l'homme, sans son fait ACTUEL. *Licet non exerceatur semper, tamen semper apta est exerceri sine facto hominis*, dit Cœpolla.

1557. Mais la disposition de la loi s'applique-t-elle aussi à la servitude d'égout des eaux ménagères ou servitude d'évier? J'ai disposé mon évier de façon que les eaux qui en découlent se déversent sur votre fonds par un tuyau de conduite, et vous recevez ces eaux sans vous plaindre. La servitude que vous subissez ainsi est-elle continue ou discontinue? La question est très importante; car, si la servitude est continue, elle sera susceptible de s'établir par la prescription, c'est-à-dire par un exercice trentenaire (arg. art. 690); tandis qu'elle ne pourra pas s'établir par ce moyen si elle est discontinue (arg. art. 691).

* La question présente également de l'intérêt au point de vue de l'établissement de la servitude par la destination du père de famille (*infra* n. 1567) et au point de vue de l'action possessoire, les servitudes continues et apparentes pouvant régulièrement former l'objet d'une action possessoire, tandis que les servitudes discontinues ne le peuvent qu'exceptionnellement, lorsque la possession de celui qui prétend avoir droit à une semblable servitude est colorée par un titre émané du propriétaire du fonds servant. Cpr. Cass., 13 mars 1889, S., 89. 1. 257, et 30 juill. 1889, D., 90. 1. 427, et *supra* n. 1417 bis.

D'après la jurisprudence, la servitude d'évier est discontinue. Dans son dernier arrêt sur cette question (17 février 1875, D., 76. 1. 504, S., 77. 1. 74), la cour de cassation dit « que la servitude d'évier a pour destination spéciale l'écoulement des eaux ménagères, et que cet écoulement n'a et ne peut avoir lieu que par le fait actuel et incessamment renouvelé de l'homme... » Cpr. Cass., 13 juillet 1885, D., 86. 1. 316, S., 87. 1. 429; Riom, 8 mars 1888, D., 88. 2. 215, et Pau, 29 janv. 1890, D., 91. 2. 122. — Incontestablement le fait de l'homme est nécessaire pour que la servitude s'exerce; l'eau ne coulera que lorsqu'on la versera dans l'évier. Mais elle coulera pendant un certain temps encore après que le fait de l'homme aura cessé de se produire, et on ne peut s'empêcher de remarquer l'analogie qui existe à ce point de vue entre la servitude d'évier et la servitude d'aqueduc qui ne peut s'exercer qu'en levant une vanne, circonstance qui ne l'empêche pas d'être continue. L'analogie est plus grande encore avec la servitude de vue, que la loi déclare continue, bien qu'elle semble ne pouvoir s'exercer que moyennant le fait actuel de l'homme, sans doute parce que la fenêtre par laquelle elle s'exerce est là comme une

menace continuelle pour le voisin, qui peut toujours craindre qu'elle ne donne passage à quelque regard indiscret. N'en est-il pas absolument de même de la servitude d'évier? L'eau ne coule pas toujours, soit; mais il y a là le tuyau de conduite, qui est une menace permanente pour le voisin, de même que la fenêtre. De plus les traces indélébiles que la servitude d'évier laisse ordinairement sur le sol, et les miasmes dont elle empeste l'air, offrent bien le caractère de la continuité. A ce double point de vue, il est rigoureusement exact de dire que l'exercice de la servitude survit au fait de l'homme. Si l'on ajoute que l'art. 688 attribue dans les termes les plus généraux aux *égouts* le caractère de servitudes continues, et que les servitudes discontinues ont été déclarées non susceptibles de s'établir par la prescription parce qu'on peut considérer le voisin qui les subit comme accomplissant un acte de simple tolérance (*infra* n. 1563), on pensera peut-être qu'il est difficile de se ranger sur ce point à l'avis de la cour suprême. La doctrine est divisée sur cette question.

Si nous nous séparons sur le point qui précède de la cour de cassation, nous admettons avec elle que la servitude de *lavage* et celle d'*abreuvement* sont discontinues. Et cela alors même que la servitude s'exerce au moyen d'un lavoir ou d'un abreuvoir ayant une assiette fixe et permanente. Cass., 4 décembre 1888, D., 89. 1. 193, S., 90. 1. 105 et la note. En effet ici l'exercice de la servitude est rigoureusement lié au fait de l'homme : il commence et finit avec lui, sans jamais lui survivre.

3. *Servitudes apparentes et servitudes non apparentes.*

1558. « *Les servitudes sont apparentes, ou non apparentes. —*
 » *Les servitudes apparentes sont celles qui s'annoncent par des*
 » *ouvrages extérieurs, tels qu'une porte, une fenêtre, un aqueduc.*
 » — *Les servitudes non apparentes sont celles qui n'ont pas de signe*
 » *extérieur de leur existence, comme, par exemple, la prohibition*
 » *de bâtir sur un fonds, ou de ne bâtir qu'à une hauteur déterminée*
 » (art. 689) ».

Notons tout de suite que la partie finale de l'article est mal rédigée. Au lieu de dire : « la prohibition... de ne bâtir qu'à une hauteur déterminée », il aurait fallu dire : la prohibition de bâtir au delà d'une hauteur déterminée. Il s'agit de la servitude *altius non tollendi*. Comme toutes les servitudes *negatives*, elle n'est pas apparente parce qu'aucun signe visible ne trahit son existence.

Une même servitude peut être, tantôt apparente, tantôt non apparente. Ainsi la servitude d'aqueduc, qui s'exerce par des tuyaux placés à la surface du sol, est apparente, tandis que celle qui s'exerce par des tuyaux souterrains est non apparente. De même, la servitude de passage sera apparente si son existence est dénoncée par un chemin empierré ou par une porte, tandis qu'elle sera non apparente si aucun signe extérieur ne trahit son existence.

1559. L'alliance des deux dernières divisions que nous venons d'indiquer peut amener les quatre combinaisons suivantes :

1° *Servitudes continues et apparentes.* Exemples : servitudes de vue, d'égout des toits.

2° *Servitudes continues non apparentes.* Exemples : servitude d'aqueduc souterrain, servitude *altius non tollendi*.

3° *Servitudes discontinues apparentes.* Exemple : servitude de passage s'annonçant par un chemin macadamisé.

4^o *Servitudes discontinues non apparentes*. Exemples : servitudes de pacage, d'abreuvement.

4. *Servitudes positives et servitudes négatives*.

1560. Nous ne ferons qu'indiquer cette distinction, qui n'est pas formulée par le code civil. La servitude *positive* est celle qui donne au propriétaire du fonds dominant le droit de faire quelque chose, par exemple de passer sur le fonds servant; la servitude *négative*, celle qui lui permet seulement d'exiger que le propriétaire du fonds servant s'abstienne de certains actes, qu'il aurait le droit d'accomplir en l'absence de la servitude, par exemple de bâtir.

SECTION II

COMMENT S'ÉTABLISSENT LES SERVITUDES

1561. Les servitudes s'établissent : 1^o *par titre*; 2^o *par la prescription*; 3^o *par la destination du père de famille*.

I. *Du titre*.

1562. « *Les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par titre, ou par la possession de trente ans* » (art. 690). « *Les servitudes continues non apparentes, et les servitudes discontinues, apparentes ou non apparentes, ne peuvent s'établir que par titres* » (art. 691 al. 1).

Toute servitude quelle qu'elle soit, continue ou discontinue, apparente ou non apparente peut donc être établie par titre.

La loi désigne ici sous le nom de *titre* le fait juridique (contrat ou testament) qui donne naissance à la servitude. Ailleurs elle emploie quelquefois cette même expression pour désigner l'acte écrit qui constate ce fait juridique, notamment dans l'art. 693 auquel nous arrivons à l'instant. Un acte écrit est toujours nécessaire, quand la servitude est établie à titre gratuit, soit par testament (arg. art. 969), soit par donation entre vifs (arg. art. 931); et dans la pratique les parties en dressent presque toujours un, quand la servitude est constituée à titre onéreux, par vente par exemple, parce qu'alors il faut nécessairement faire transcrire le titre (l'écrit) pour rendre la constitution de la servitude opposable aux tiers (loi du 23 mars 1855 art. 2-1^o). Cpr. t. II, n. 479.

* Mais, entre les parties, la convention à titre onéreux constitutive d'une servitude serait valable indépendamment d'un acte écrit, sauf les difficultés de la preuve, qui ne pourrait être offerte par témoins ou par présomptions qu'en matière n'excédant pas 150 fr. (arg. art. 1341) ou s'il y avait commencement de preuve par écrit (arg. art. 1347), conformément aux règles du droit commun. Cass., 25 janvier 1893, D., 93. 1. 82. Cpr. Cass., 16 juin 1890, S., 90. 1. 385. Cet arrêt, fort mal rédigé, confond le titre constitutif de la servitude (*negotium juridicum*) avec l'écrit qui constate cette constitution, *instrumentum*.

Sur l'interprétation du titre constitutif de la servitude, v. Cass., 18 janvier 1892, S., 92. 1. 120.

Aux termes de l'art. 695 : « *Le titre constitutif de la servitude, à l'égard de celles qui ne peuvent s'acquérir par la prescription, ne peut être remplacé que par un titre récognitif de la servitude et émané du propriétaire du fonds asservi* ».

On appelle *titre récognitif* un nouvel acte écrit, destiné à en remplacer un autre anciennement rédigé. Le propriétaire du fonds dominant devra se procurer un titre récognitif de la servitude, lorsque le titre constitutif aura été perdu ou détruit. Si le propriétaire du fonds assujéti refuse de le délivrer, il pourra y être contraint judiciairement. Du moins le juge, devant lequel il sera assigné en reconnaissance de la servitude, pourra, s'il refuse de le fournir, rendre un jugement qui en tiendra lieu.

* Pour pouvoir remplacer le titre primordial, le titre récognitif de la servitude n'a pas besoin de satisfaire aux conditions exigées par l'art. 1337, écrit en vue des obligations. Il est de jurisprudence que l'art. 695 se suffit à lui-même.

II. De la prescription.

1563. Il résulte de l'art. 690, dont nous avons donné le texte au numéro précédent, que les seules servitudes susceptibles de s'acquérir par la prescription, sont celles qui sont à la fois continues et apparentes. Telles sont les servitudes de vue (Cass., 19 octobre 1886, D., 87. 1. 116, S., 90. 1. 251), d'aqueduc, d'égout des toits (Pau, 21 mars 1888, S., 90. 2. 206). Les servitudes apparentes mais non continues, comme la servitude de passage s'exerçant par un chemin macadamisé, les servitudes continues mais non apparentes, par exemple la servitude de ne pas bâtir (Cass., 6 juillet 1891, S., 92. 1. 55), et à plus forte raison les servitudes qui ne sont ni continues ni apparentes, comme la servitude de pacage, ne peuvent s'établir que par titre, jamais par la prescription.

Pourquoi la loi exige-t-elle la double condition de l'apparence et de la continuité, pour qu'une servitude puisse s'acquérir par la prescription ?

Elle exige l'*apparence* par application de ce principe, que la possession, pour pouvoir conduire à la prescription, doit être publique (art. 2229). La possession, ou, en d'autres termes, l'exercice d'une servitude non apparente, ne peut pas satisfaire à cette condition. Aucun signe extérieur ne révélant ici l'existence de la servitude, la loi considère la possession de celui qui l'exerce comme clandestine. — L'apparence doit exister par rapport au propriétaire du fonds contre lequel la prescription court.

Quant à la continuité, la loi paraît l'avoir exigée, non par application de cette règle, écrite en l'art. 2229, que la possession, pour pouvoir servir de fondement à la prescription, doit être continue (car, comme on le verra, la possession d'une servitude discontinuée pourrait être continue dans le sens de l'art. 2229), mais bien par application de la règle que les actes de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription (art. 2232). Le législateur

a considéré que l'exercice d'une servitude discontinue ne constitue pas un empiètement suffisant pour conduire à la prescription, en ce sens que le propriétaire, qui souffre sans se plaindre l'exercice d'une pareille servitude, a pu n'y pas voir une usurpation méritant d'être réprimée, et l'aura souvent tolérée à titre de bon voisinage. Si le législateur avait autorisé l'acquisition par la prescription des servitudes discontinues, telles que la servitude de passage ou de puisage, un propriétaire n'aurait jamais consenti à laisser passer le voisin sur son fonds ou à l'y laisser puiser de l'eau..., alors même que ces actes ne lui auraient causé aucun préjudice, parce qu'il aurait craint qu'ils ne pussent être invoqués plus tard contre lui comme fondement de l'acquisition d'une servitude par la prescription. On aurait ainsi envenimé les relations entre propriétaires voisins, en les obligeant à se montrer peu tolérants les uns envers les autres.

1564. Telle est notre loi. Au premier abord, son système paraît aussi juridique qu'équitable. En allant au fond des choses, on arrive à la trouver défectueuse. Il est parfaitement vrai que, la plupart du temps, l'exercice d'une servitude discontinue devra être considéré comme ne constituant pas un empiètement suffisant pour conduire à la prescription, parce que le propriétaire qui l'aura soufferte aura fait acte de simple tolérance. Voilà un propriétaire qui laisse de temps à autre son voisin passer à pied sur son fonds, ou même avec charrettes, mais tantôt ici, tantôt là, sans qu'il y ait aucun chemin tracé pour le passage. Il sera fort juste de dire que ce propriétaire fait acte de bon voisinage, qu'il souffre le passage par simple tolérance et que l'empiètement du voisin, si c'en est un, ne pourra fonder à son profit aucune prescription. Mais peut-on en dire autant dans l'espèce suivante ? Le propriétaire d'un fonds a passé pendant trente ans sur le fonds voisin ; non seulement il a passé, mais il a construit, pour faciliter son passage, et cela depuis plus de trente années, un chemin sur l'héritage voisin, chemin qu'il a macadamisé ou pavé, de telle sorte que le terrain affecté au passage est devenu impropre à toute culture. Dira-t-on que l'empiètement, l'usurpation, n'est pas assez caractérisée pour pouvoir conduire à la prescription ? que le propriétaire qui l'a supportée doit être considéré comme ayant accompli un acte de simple tolérance ? Logiquement la prescription devrait être possible dans cette hypothèse. Et cependant l'art. 691 s'oppose à ce qu'elle puisse s'accomplir, *etiam per mille annos* ; car la servitude de passage est discontinue. De même, voilà un propriétaire qui laisse le voisin puiser de l'eau à sa source ou à son puits. La plupart du temps il sera très vrai de dire qu'il n'y a là qu'un acte de simple tolérance ne pouvant fonder aucune prescription. Mais pourtant, supposez que le voisin ait établi une pompe dans le puits et que le propriétaire l'ait laissé s'en servir sans réclamer ? Direz-vous encore que ce propriétaire a agi par simple tolérance ? Cela paraît impossible ! Et cependant, comme la servitude de puisage ne cesse pas d'être discontinue quand elle s'exerce au moyen d'une pompe, la disposition de la loi conduit à décider qu'au bout de trente ans et plus, le propriétaire de la pompe n'aura pas acquis le droit de puisage par la prescription.

Ces solutions, qu'impose le texte de la loi, ne satisfont guère la raison. Aussi qu'est-il arrivé ? C'est que les plaideurs ont pris un biais pour éluder la loi, et les tribunaux les ont écoutés parce qu'ils trouvaient la loi défectueuse. Ainsi un propriétaire, se voyant contester le droit de passage sur le fonds voisin, bien qu'il l'eût exercé pendant trente ans par un chemin macadamisé ou pavé, est venu soutenir en justice, non qu'il avait acquis le droit de passage par la prescription (en formulant ainsi sa prétention il aurait dû succomber), mais bien qu'il avait acquis par prescription la *propriété* du terrain affecté au droit de passage ou tout au moins un droit de copropriété (Cass., 7 février 1883, S., 84. 1. 320, D., 84. 1.

128) ; et les juges ont accueilli cette prétention. De sorte que, pour avoir voulu protéger trop énergiquement le droit de propriété, en le mettant à l'abri de la prescription d'un droit de servitude, le législateur en est arrivé finalement à le compromettre dans son existence même. Il a voulu empêcher qu'on pût acquérir par prescription une servitude de passage sur le fonds voisin, et il a acculé les juges dans une impasse qui les a conduits à admettre, contrairement à toute vraisemblance, la prescription de la propriété du terrain affecté à la servitude : ce qui est grave pour celui auquel appartenait le terrain, car désormais il ne pourra plus même y passer, ni construire dans le voisinage sans observer la distance légale !

Que conclure de tout cela ? C'est que le législateur aurait dû purement et simplement laisser les servitudes soumises aux règles du droit commun en ce qui concerne la prescription. Ces règles auraient conduit à déclarer la plupart du temps, mais non toujours cependant, la prescription impossible pour les servitudes discontinues (arg. art. 2232) ; de même qu'en sens inverse elles auraient conduit presque toujours mais non toujours peut-être, à déclarer la prescription possible pour les servitudes, qui tout en étant apparentes, sont en même temps continues. Cpr. Rennes, 31 décembre 1880, S., 81. 2. 106. On aurait obtenu ainsi des résultats beaucoup plus satisfaisants, à notre avis, que ceux auxquels conduisent les dispositions des art. 690 et 691. Cpr. Machelard, *Examen critique des distinctions admises soit en droit romain, soit en droit français, en ce qui concerne les servitudes prédiales*.

1565. Par quel délai s'accomplit la prescription des servitudes ? L'art. 690 répond : par trente ans. La prescription de dix à vingt ans, que l'art. 2265 organise au profit de celui qui possède un immeuble avec juste titre et bonne foi, ne recevrait donc pas ici son application.

Et toutefois la question est controversée. Pour soutenir que les servitudes peuvent s'établir par la prescription de dix à vingt ans, on dit que l'art. 2265 accorde le bénéfice de cette prescription dans les termes les plus généraux à tous ceux qui possèdent un *immeuble* avec juste titre et bonne foi ; donc à ceux qui possèdent une servitude, car les servitudes sont des immeubles aux termes de l'art. 526. — Sans doute l'art. 2265 formule une règle extrêmement générale. Mais il s'agit de savoir si, dans notre hypothèse, le législateur n'y a pas dérogé. Or c'est ce que nous paraît avoir fait l'art. 690 en disposant que les servitudes continues et apparentes s'établissent, non par la prescription en général mais *par la possession de trente ans* ; ce qui exclut l'usucapion de dix à vingt ans. C'est l'opinion de Malleville qui fut l'un des rédacteurs du code civil : « A l'égard des servitudes dit-il, le code n'a pas admis d'autre prescription que celle de trente ans ». *Adde* arg. art. 2264.

1566. Par application du principe que la loi n'a pas d'effet rétroactif, l'art. 691 al. 2, après avoir posé le principe que : « *la possession même immémoriale ne suffit pas pour les établir* » (les servitudes continues non apparentes, et les servitudes discontinues, apparentes ou non), ajoute : « *sans cependant qu'on puisse attaquer aujourd'hui les servitudes de cette nature déjà acquises par la possession, dans les pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière* » (art. 691 al. 2). Ceux qui avaient acquis par la prescription, à l'époque où le code civil a été promulgué, une servitude qu'on ne peut plus acquérir de la sorte aujourd'hui, ont dû se procurer une preuve écrite de l'existence de cette servitude, en faisant assigner le propriétaire du fonds servant en reconnaissance de la servitude. Autrement, il serait très difficile de prouver aujourd'hui que ces servitudes étaient déjà acquises par la prescription lors de la promulgation du code civil.

Il existait dans notre ancien droit une extrême diversité au sujet de l'acquisition des servitudes par la prescription. Certaines coutumes proscrivaient d'une manière absolue ce mode d'établissement. Tel était le sens de la règle *Nulle servitude sans titre*. Celles qui admettaient la prescription en cette matière variaient à l'infini quant au délai. Ici, c'était trente ans, là quarante ans, ailleurs cent ans ; il y avait des coutumes qui exigeaient une possession immémoriale. En aucune autre matière, le besoin de l'unification qui a été réalisée par le code civil ne se faisait plus vivement sentir.

III. De la destination du père de famille.

1567. La destination du père de famille est l'acte par lequel le propriétaire de deux héritages établit entre eux un rapport qui constituerait une servitude, s'ils appartenaient à des maîtres différents.

Aux termes de l'art. 692 : « *La destination du père de famille vaut titre à l'égard des servitudes continues et apparentes* ».

L'art. 693 ajoute : « *Il n'y a destination du père de famille que lorsqu'il est prouvé que les deux fonds actuellement divisés ont appartenu au même propriétaire, et que c'est par lui que les choses ont été mises dans l'état duquel résulte la servitude* ».

Propriétaire de deux fonds contigus, le fonds A, sur lequel j'ai construit ma maison d'habitation, et le fonds B, dans lequel jaillit une source, j'établis un aqueduc à ciel ouvert sur le fonds B pour conduire l'eau de la source à ma maison. Le rapport que j'établis ainsi entre mes deux fonds ne constitue pas une servitude tant que ces deux fonds m'appartiennent; car nul ne peut avoir de servitude sur sa propre chose, *nemini res sua servit*. Mais supposons que les deux fonds viennent à être séparés : par exemple j'en vends un, et je garde l'autre; ou bien je meurs laissant deux héritiers et le partage attribue à l'un le fonds A et à l'autre le fonds B. Désormais le rapport de servitude naîtra entre les deux fonds, parce que l'obstacle élevé par la règle *Nemini res sua servit* a disparu. En d'autres termes, la servitude d'aqueduc, qui n'existait pas ou n'existait qu'à l'état latent quand les deux fonds étaient la propriété d'un même maître, apparaîtra le jour où les deux fonds appartiendront à des maîtres différents. La loi suppose qu'il a été dans l'intention commune des parties de maintenir l'état de choses établi par le *père de famille*, c'est-à-dire par le propriétaire des deux fonds, et qui subsistait encore au moment de la séparation des héritages. Supposition très rationnelle, en effet, basée qu'elle est sur la nature même du rapport établi entre les deux fonds, rapport qui présente les caractères d'une servitude continue et apparente. A raison de son apparence, les parties n'ont pu en ignorer l'existence, et sa continuité ne leur a pas permis de la considérer comme constituant un état de choses précaire et transitoire. Si elles n'ont rien dit, elles ont donc dû vouloir maintenir le *statu quo*. Voilà la pensée qu'a entendu exprimer l'art. 692, lorsqu'il dispose que : « *La destination du père de famille vaut titre à l'égard des servitudes continues et apparentes* ». *Titre*, c'est-à-

dire convention. Pour être tacite, la convention n'en apparaît pas moins comme certaine.

Malgré la rédaction restrictive en apparence de l'art. 693, on admet en doctrine et en jurisprudence que la destination du père de famille peut établir une servitude, non seulement entre deux fonds, mais aussi entre deux parties d'un même fonds appartenant au même maître. Ainsi, propriétaire d'un terrain, je construis une maison au milieu de ce terrain avec des fenêtres d'aspect de tous les côtés, puis je vends une portion de terrain contiguë à la maison ; cette portion sera grevée de la servitude de vue au profit de ma maison.

1568. Deux conditions sont nécessaires, d'après l'art. 693, pour qu'il y ait destination du père de famille. Il faut :

1° Que les deux fonds actuellement divisés aient appartenu au même propriétaire ;

2° Que ce soit par lui que les choses aient été mises dans l'état duquel résulte la servitude. En effet, par définition même, la destination du père de famille implique le fait du propriétaire, qui seul est le représentant de l'intérêt des fonds. Il n'y aura donc pas destination du père de famille, si l'état duquel on prétend faire résulter la servitude a été créé par un autre que le propriétaire, par exemple par un usufruitier, ou à plus forte raison par un locataire ou par un tiers. A moins cependant que le propriétaire n'ait maintenu cet état de choses ; car alors il serait exact de le considérer comme en étant vraiment l'auteur, puisqu'il se l'est approprié en le conservant. Finalement donc nous dirons qu'il faut que l'état de choses, duquel on prétend faire résulter la servitude, ait été établi ou maintenu par le propriétaire des deux héritages.

1569. Antinomie apparente entre l'art. 692 et l'art. 694. — Les seules servitudes qui puissent s'établir par la destination du père de famille paraissent être, d'après l'art. 692, les servitudes à la fois continues et apparentes. Voilà maintenant que l'art. 694 semble déclarer ce même mode d'établissement applicable aux servitudes qui sont apparentes sans être continues. Ce texte est ainsi conçu : « Si le propriétaire de deux héritages » ENTRE LESQUELS IL EXISTE UN SIGNE APPARENT DE SERVITUDE, dispose de l'un des héritages sans que le contrat contienne aucune convention relative à la servitude, elle continue d'exister activement et passivement en faveur du fonds aliéné ou sur le fonds aliéné ». L'antinomie paraît éclatante. Depuis le commencement du siècle, les jurisconsultes ont fait de nombreux efforts pour la résoudre. Sur les cinq solutions qui ont été proposées, il n'y en a plus que deux qui aient encore des partisans. Nous nous bornerons à les exposer.

I. La première, qui paraît séduisante au premier abord, peut être ainsi formulée : Lorsque le propriétaire de deux fonds crée entre eux un rapport, qui constituerait une servitude si les deux fonds appartenaient à deux propriétaires différents, il faut, pour que cet état de choses engendre une servitude quand les deux fonds seront séparés, que le rapport établi ait les caractères d'une servitude continue et apparente. Ce premier cas est prévu par les art. 692 et 693. L'art. 694 au contraire vise l'hypothèse où une servitude existant entre deux fonds s'est éteinte par la réunion de ces deux héritages dans les mêmes mains (confusion, art. 705), et résout la question de savoir si cette servitude, en supposant que le propriétaire ait maintenu les choses en l'état, revivra au moment où les fonds viendront à être séparés. Il décide que la servitude revivra par la destination du père de famille, sous

la seule condition d'être apparente, fût-elle discontinuée. En d'autres termes, pour qu'une servitude puisse être établie par la destination du père de famille, la loi exige que cette servitude soit à la fois continue et apparente, si le rapport entre les deux fonds a été *créé* par le propriétaire des deux immeubles, et seulement apparente, quand le rapport a été simplement *maintenu* par lui. Ou si l'on veut l'art. 692 est relatif à l'*établissement* et l'art. 694 au *rétablissement* d'une servitude par la destination du père de famille. — Quoique exposé par le tribun Albisson devant le tribunal, ce système paraît difficilement acceptable, parce que la distinction sur laquelle il est fondé ne trouve pas plus d'appui dans la raison que dans le texte de la loi. Qu'importe que le rapport d'où résulte la servitude ait été créé ou seulement maintenu par le propriétaire des deux fonds ? Et si le rapport créé par le propriétaire ne peut fonder qu'une servitude continue et apparente, comment expliquer que le rapport maintenu par lui puisse servir de fondement à une servitude qui est apparente sans être continue ?

II. Voici maintenant la seconde opinion, qui est la plus généralement suivie en doctrine, et qui a triomphé aussi en jurisprudence. Lorsqu'un propriétaire a créé ou maintenu, entre deux fonds à lui appartenant, un rapport qui constituerait une servitude si les immeubles appartenaient à deux personnes différentes, la question qui se pose, lorsque ces deux fonds sont séparés, est celle de savoir si les parties ont entendu que cet état de choses continuât et que, par conséquent, l'un des deux fonds fût désormais en état de servitude par rapport à l'autre. Notre code établit à cet égard la distinction suivante. S'agit-il d'une servitude continue et apparente ? Après la séparation des héritages, elle sera considérée comme établie par la destination du père de famille, à moins qu'il ne soit prouvé que le titre contient une clause contraire. Celui qui invoque la servitude n'aura donc aucune preuve à faire, et par conséquent il ne sera pas tenu de représenter le titre en vertu duquel la séparation des héritages a été opérée. Ce sera à l'adversaire à produire ce titre s'il y a lieu et à prouver qu'il contient une clause contraire au maintien de la servitude. Ce premier cas est prévu par les art. 692 et 693. S'agit-il au contraire d'une servitude qui est apparente seulement sans être continue ? La destination du père de famille ne vaudra titre qu'à la condition que le « contrat ne contienne aucune convention » relative à la servitude » (art. 694) ; ce contrat devra donc nécessairement être représenté. Cass., 27 avril 1887, S., 90. 1. 479, D., 88. 1. 364.

1569 bis. Observation. — Les servitudes acquises par la destination du père de famille ou par la prescription sont opposables aux tiers indépendamment de la transcription. L'art. 2-1^o de la loi du 23 mars 1855 ne prescrit que la transcription de l'acte constitutif de la servitude ; or ici il n'y a pas d'acte constitutif, il n'y a pas de titre.

1570. Notre section se termine par une disposition qui se comprend sans difficulté : « *Quand on établit une servitude, on est censé accorder tout ce qui est nécessaire pour en user. — Ainsi la servitude de puiser de l'eau à la fontaine d'autrui, emporte nécessairement le droit de passage* » (art. 696). Mais ces droits, accessoires de la servitude, suivent nécessairement le sort de celle-ci. C'est ainsi que le droit de passage s'éteint avec la servitude de puisage dont il était la conséquence.

SECTION III

DES DROITS DU PROPRIÉTAIRE DU FONDS AUQUEL LA SERVITUDE EST DUE

1571. Aux termes de l'art. 686 al. 2 : « *L'usage et l'étendue des servitudes ainsi établies se règlent par le titre qui les constitue ; à défaut de titre, par les règles ci-après* ». Cette disposition n'est

écrite qu'en vue des servitudes établies par titre. S'il s'agit d'une servitude acquise par prescription, les droits du propriétaire du fonds dominant sont réglés par la maxime *Tantum præscriptum quantum possessum*. Cass., 10 nov. 1891, D., 92. 1. 83. Quant aux servitudes constituées par la destination du père de famille, leur étendue et le mode de leur exercice sont déterminés par l'état de choses duquel est né la servitude.

1572. Voici maintenant un certain nombre de règles applicables à toutes les servitudes en général, de quelque manière qu'elles aient été établies.

ART. 697. *Celui auquel est due une servitude, a droit de faire tous les ouvrages nécessaires pour en user et pour la conserver.*

Par exemple, celui qui a un droit de passage peut faire paver ou macadamiser le chemin, si c'est nécessaire pour l'exercice de la servitude.

ART. 598. *Ces ouvrages sont à ses frais, et non à ceux du propriétaire du fonds assujetti, à moins que le titre d'établissement de la servitude ne dise le contraire.*

En principe en effet, la servitude n'impose qu'un rôle passif au propriétaire du fonds servant. On peut déroger à cette règle, non seulement, comme le dit la loi, dans le titre d'établissement de la servitude, mais aussi dans un titre postérieur.

Pour que la stipulation mettant les ouvrages à la charge du propriétaire du fonds assujetti soit valable, il faut que ces ouvrages aient seulement pour but de faciliter l'exercice de la servitude, sans constituer la servitude elle-même. Ainsi, en supposant que je stipule pour mon fonds le droit d'extraire de la marne du vôtre, je puis bien convenir avec vous que vous ferez les travaux nécessaires pour empêcher l'eau d'envahir la marnière, mais non que vous extrairez la marne et que vous la répandrez tous les ans sur mon domaine, en vue de l'amender; du moins, je ne puis pas stipuler cela à titre de servitude réelle. Cpr. *supra* n. 1552.

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 due.*

— *Peut toujours s'affranchir de la charge.* Toujours, par conséquent alors même qu'il l'aurait supportée pendant plus de trente ans. L'abandon établi par notre article est un acte de pure faculté, et par suite le droit de l'effectuer ne peut s'éteindre par la prescription (arg. art. 2232).

— *En abandonnant le fonds assujetti.* Si une portion seulement du fonds est assujettie, il suffira d'abandonner cette portion. Ainsi, pour se libérer de l'obligation de faire les travaux d'entretien d'un chemin affecté à l'exercice d'une servitude de passage, il suffira que le propriétaire du fonds servant abandonne le terrain consacré au chemin. Si au contraire le fonds tout entier est assujetti, le propriétaire devra en faire l'abandon total pour se libérer. — La question de savoir si le fonds est assujetti pour le tout ou pour partie paraît être dans la plupart des cas une question de fait plutôt que de droit.

D'ailleurs l'obligation, imposée par le titre constitutif au propriétaire du fonds servant en cette qualité de faire à ses frais les ouvrages nécessaires pour l'usage ou la conservation de la servitude, est une charge réelle qui grève le fonds servant et passe avec lui à tous ses propriétaires successifs.

ART. 700. *Si l'héritage pour lequel la servitude a été établie vient à être divisé, la servitude reste due pour chaque portion, sans néanmoins que la condition du fonds assujetti soit aggravée. Ainsi, par exemple, s'il s'agit d'un droit de passage, tous les copropriétaires seront obligés de l'exercer par le même endroit.*

Au cas où l'exercice de la servitude serait divisible, par exemple, s'il s'agit d'une servitude donnant le droit de puiser cent hectolitres d'eau par an à une source, ou de tirer cent quintaux de sable d'une sablière, il se diviserait entre les divers ayant droit, proportionnellement à la portion du fonds dominant qui leur est échue. Ainsi celui auquel a été attribuée une portion du fonds dominant équivalente au quart, aura droit dans notre espèce de puiser 25 hectolitres d'eau ou de tirer 25 quintaux de sable.

ART. 701. *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, 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.*

La règle, que le propriétaire du fonds servant ne peut « changer l'état des lieux », ne s'appliquerait pas aux changements qui peuvent lui profiter sans nuire en aucune façon au propriétaire du fonds dominant. Ainsi le propriétaire d'un héritage grevé d'une servitude de vue peut en changer l'exploitation, par exemple transformer une prairie en un champ ou réciproquement.

L'art. 701 ajoute : « *Mais cependant, si cette assignation primitive était devenue plus onéreuse au propriétaire du fonds assujetti, ou si elle l'empêchait d'y faire des réparations avantageuses, il pourrait offrir au propriétaire de l'autre fonds un endroit aussi commode pour l'exercice de ses droits et celui-ci ne pourrait pas le refuser* ».

Cette règle s'applique sans qu'il y ait lieu de distinguer si le mode d'exercice de la servitude a ou non été réglé par le titre constitutif. Cass., 19 juin 1882, S., 84. 1. 120, D., 83. 1. 288.

ART. 702. *De son côté, celui qui a un droit de servitude, ne peut en user que suivant son titre, sans pouvoir faire, ni dans le fonds qui doit la servitude, ni dans le fonds à qui elle est due, de changement qui aggrave la condition du premier.*

Ainsi une servitude de prise d'eau pour l'irrigation ne saurait être affectée à l'abreuvement des bestiaux, ni utilisée pour obtenir une force motrice.

SECTION IV

COMMENT LES SERVITUDES S'ÉTEIGNENT

1573. Le code civil indique trois causes d'extinction des servitudes : 1° l'impossibilité d'en user (art. 703 et 704) ; 2° la confusion (art. 705) ; 3° le non usage pendant trente ans (art. 706 à 710). Nous verrons qu'il y a lieu d'ajouter à cette liste.

1. *Impossibilité d'user de la servitude.*

1574. « *Les servitudes cessent lorsque les choses se trouvent en tel état qu'on ne peut plus en user* », dit l'art. 703.

« *Elles revivent si les choses sont rétablies de manière qu'on puisse en user; à moins qu'il ne se soit déjà écoulé un espace de temps suffisant pour faire présumer l'extinction de la servitude, ainsi qu'il est dit à l'article 707* » (art. 704). Nous trouvons une application de ce principe dans l'art. 665 ainsi conçu : « *Lorsqu'on reconstruit un mur mitoyen ou une maison, les servitudes actives ou passives se continuent à l'égard du nouveau mur ou de la nouvelle maison, sans toutefois qu'elles puissent être aggravées, et pourvu que la reconstruction se fasse avant que la prescription soit acquise* ».

Les expressions *cessent, revivent*, employées ici par le législateur, sont inexactes. Lorsque l'état des choses devient tel que l'usage de la servitude est impossible, le droit à la servitude subsiste; mais il y a un obstacle de fait à son exercice. Si cet obstacle disparaît, la servitude pourra être de nouveau exercée; car elle n'était pas éteinte, elle sommeillait seulement. Pourvu toutefois, comme le dit notre article, que l'obstacle disparaisse avant l'expiration du délai de trente ans. Autrement la servitude serait définitivement éteinte par le non-usage, conformément à l'art. 706, à moins que la prescription n'ait été suspendue ou interrompue conformément aux règles du droit commun.

* Les trente ans courraient à compter du jour où s'est accompli le fait qui entraîne l'impossibilité d'user de la servitude, même quand la servitude est continue, et sans qu'il soit nécessaire dans cette hypothèse que le propriétaire du fonds servant ait *fait un acte contraire à la servitude*. Cette condition n'a pu être exigée par l'art. 707 que pour interrompre l'exercice de la servitude qui, étant continue, s'exerce d'elle-même, et elle devient inutile (dans bien des cas d'ailleurs elle serait impossible) lorsque les choses sont dans un état tel que la servitude ne peut plus s'exercer. Il n'est pas nécessaire non plus que l'état de choses qui entraîne l'impossibilité d'user ait été créé par le propriétaire du fonds asservi. C'est ce que vient de juger la cour de cassation dans un cas où l'impossibilité d'user de la servitude résultait de la destruction d'un barrage par suite d'une crue subite des eaux. Cass., 3 mars 1890, S., 90. 1. 245, D., 91. 1. 37.

2. *Confusion.*

1575. « *Toute servitude est éteinte lorsque le fonds à qui elle est due, et celui qui la doit, sont réunis dans la même main* » (art. 705). La confusion, d'une manière générale, est la réunion sur la même tête de deux qualités incompatibles. En matière de servitudes, elle a lieu lorsque le propriétaire du fonds dominant acquiert la propriété du fonds servant, ou réciproquement. Par application de la règle *Nemini res sua servit*, la servitude se trouve alors éteinte.

Supposons que les deux fonds cessent d'appartenir au même maître, ce qui fait cesser la confusion. La servitude revivra-t-elle? Il faut distinguer.

a. Si la confusion cesse avec effet rétroactif, *ex tunc*, la servitude revit, ou mieux elle est considérée comme n'ayant jamais été éteinte; car la confusion, qui avait amené son extinction, est censée n'avoir jamais existé. Ainsi le propriétaire du fonds dominant achète le fonds servant. Il y a confusion, et par suite extinction de la servitude. Mais voilà que la vente est résolue par défaut de paiement du prix. La servitude revivra, ou mieux elle sera censée n'avoir jamais été éteinte; car la vente, qui avait produit la confusion, est considérée comme non avenue; elle disparaît avec effet rétroactif par suite de la résolution, et avec elle la confusion qui en était la conséquence.

b. Au contraire, si la confusion cesse sans effet rétroactif, *ex nunc*, la servitude ne revivra pas. C'est ce qui arriverait, si le propriétaire du fonds dominant, après avoir acheté le fonds servant, le revendait à un tiers. Cependant, si la servitude était continue et apparente, elle revivrait par la destination du père de famille (arg. art. 692 et 693). Il suffirait même qu'elle fût apparente, si le titre constatant la séparation des deux fonds était représenté et ne contenait rien de contraire à son maintien (art. 694). V. *supra* n. 1569.

3. Non-usage pendant trente ans.

1576. « *La servitude est éteinte par le non-usage pendant trente ans* », dit l'art. 706. La loi suppose que le propriétaire du fonds dominant a renoncé à son droit, lorsqu'il est resté pendant un aussi long délai sans l'exercer.

Bien que ce motif n'existe qu'au cas de non-usage volontaire, notre disposition devrait être appliquée même au cas de non-usage forcé, car la loi ne distingue pas. Il y a non-usage forcé, lorsqu'un obstacle de fait invincible s'oppose à l'exercice de la servitude, comme si la source grevée de la servitude de puisage vient à se tarir. Trente ans de non-usage forcé entraîneraient donc l'extinction de la servitude, aussi bien que trente ans de non-usage volontaire. L'art. 704 ne permet guère d'en douter; car il ne fait revivre la servitude éteinte par l'impossibilité d'user qu'autant que l'usage en redevient possible avant l'expiration du délai de trente ans. Aussi cette solution, qui trouve d'ailleurs un point d'appui dans les travaux préparatoires de la loi, est-elle consacrée par la jurisprudence et admise par les auteurs, sauf quelques dissidences. D'ailleurs le propriétaire du fonds dominant peut conjurer la prescription, dont il est menacé par le non-usage auquel il est condamné, en obtenant du propriétaire du fonds servant une reconnaissance volontaire ou judiciaire de la servitude.

1577. Tandis que les servitudes à la fois continues et apparentes sont les seules qui puissent être établies par la prescription, au contraire, toutes les servitudes, quelles qu'elles soient, continues ou discontinues, apparentes ou non, positives ou négatives, sont susceptibles de s'éteindre par le non-usage. Et toutefois les servitudes continues périssent plus difficilement par le non-usage que les servitudes discontinues. En effet, aux termes de l'art. 707 : « *Les trente ans commencent à courir, selon les diverses espèces de servitudes, ou du jour où l'on a cessé d'en jouir, lorsqu'il s'agit de servitudes discontinues, ou du jour où il a été fait un acte contraire à la servitude lorsqu'il s'agit de servitudes continues* ».

L'exercice de la servitude discontinue supposant le fait actuel et incessamment renouvelé de l'homme, du jour où ce fait ne se pro-

duit plus, du jour par exemple où l'homme ne passe plus s'il s'agit d'une servitude de passage, la servitude cesse d'être exercée, et par suite la prescription extinctive commence à courir. Il n'en pouvait être de même pour les servitudes continues, qui s'exercent d'elles-mêmes, sans le fait actuel de l'homme, comme la servitude d'égout des toits, d'aqueduc... Elles ne cessent de s'exercer que lorsqu'il a été accompli (par le propriétaire du fonds servant ou par tout autre, *lex non distinguit*) quelque acte contraire à l'exercice de la servitude, tel que la rupture des tuyaux de conduite s'il s'agit d'une servitude d'aqueduc; et c'est alors seulement que la prescription peut commencer à courir.

Il appartient au propriétaire du fonds servant de prouver l'existence de l'acte contraire à l'exercice de la servitude et l'époque à laquelle cet acte a été accompli. Lyon, 9 avril 1881, S., 84. 2. 164, D., 82. 2. 20. Il importe peu d'ailleurs que l'acte contraire à l'exercice de la servitude ait été accompli par le propriétaire du fonds servant ou qu'il soit le résultat d'un cas fortuit. *Lex non distinguit*. Cass., 3 mars 1890, D., 91. 1. 37.

* **1578.** C'est une question très discutée que celle de savoir si une servitude peut s'éteindre par la prescription de dix à vingt ans, conformément à l'art. 2265, lorsque le fonds servant est possédé comme libre de servitude par un tiers détenteur qui a juste titre et bonne foi. Ainsi je vous vends en le déclarant libre de toute servitude un fonds qui en réalité est grevé d'une servitude dont vous ignorez l'existence. Pourrez-vous, au bout de dix ou vingt années, opposer la prescription au propriétaire du fonds dominant, qui, pendant tout ce temps, a négligé d'exercer la servitude?

Dans le sens de l'affirmative, on invoque l'ancien droit (coutume de Paris, art. 186 et 114. Cpr. Pothier, *Prescription*, n. 136 et 139), et la loi du 11 brumaire an VII, chap. II, art. 35. On invoque ensuite l'art. 2180-4^o, qui déclare l'usucapion de l'art. 2265 applicable aux privilèges et hypothèques. Cet article, dit-on, doit être étendu par analogie aux servitudes.

Nous préférons la solution contraire qui triomphe en doctrine et en jurisprudence. L'art. 2180 est tout à fait spécial aux privilèges et hypothèques et ne peut être étendu par analogie aux servitudes, pas plus que les règles de la prescription des servitudes ne peuvent être appliquées aux privilèges et hypothèques. Chacune de ces prescriptions a ses règles particulières. Quant à notre ancien droit, il est abrogé sur toutes les matières faisant l'objet des prévisions du code civil (*supra* n. 26). Or l'art. 706 dit que la servitude est éteinte par le non-usage *pendant trente ans*. Cette disposition est conçue en termes absolus, et par conséquent elle est exclusive de la prescription de dix à vingt ans. On peut objecter qu'il existe un texte semblable pour l'usufruit (art. 617 al. 5), et cependant nous avons admis que l'usufruit peut s'éteindre par la prescription de dix à vingt ans (*supra* n. 1406). Mais le cas est bien différent. Celui qui possède de bonne foi et en vertu d'un juste titre un immeuble grevé d'usufruit, exerce le droit d'usufruit au lieu et place du titulaire, et rien ne s'oppose à ce qu'il l'acquière au bout de dix à vingt ans par l'usucapion de l'art. 2265. C'est une prescription *acquisitive*, qui peut-être n'éteint pas le droit de l'usufruitier, mais en paralyse seulement l'exercice tant que durera le nouvel usufruit acquis par la prescription. Tandis que, dans notre espèce, le possesseur de l'immeuble n'a pas exercé la servitude et n'a pu par conséquent l'acquérir par la prescription; il ne peut donc être question que de l'extinction de la servitude par le non-usage, et ce non-usage doit durer trente ans aux termes de l'art. 706.

1579. Pour prévenir l'extinction de la servitude par le non-usage, le propriétaire du fonds dominant n'a pas besoin de l'exercer par lui-même; il suffit qu'elle soit exercée *en son nom*, par exemple

par un fermier ou par des ouvriers, ou même *au nom du fonds* par quelqu'un qui le représente, par exemple par un usufruitier ou un possesseur même de mauvaise foi. La loi fait une application de ce principe dans l'art. 709 : « *Si l'héritage en faveur* » *duquel la servitude est établie, appartient à plusieurs par indivis,* » *la jouissance de l'un empêche la prescription à l'égard de tous* ». En usant de la servitude, en effet, l'un quelconque des copropriétaires du fonds dominant l'a conservée pour le fonds lui-même, et par conséquent pour tous ceux qui ont un droit dans le fonds. Il en est ainsi non seulement lorsque l'exercice de la servitude est indivisible, comme s'il s'agit d'une servitude de passage, mais aussi lorsqu'il est susceptible de division, comme si la servitude consiste dans le droit de puiser cent hectolitres d'eau par an à une source. *Lex non distinguit.*

L'art. 710 va plus loin; il dispose que : « *Si parmi les copro-* » *priétaires il s'en trouve un contre lequel la prescription n'ait pu* » *courir, comme un mineur, il aura conservé le droit de tous les* » *autres* ». *Minor relevat majorem in individuis*, dit Dumoulin. L'idée qui paraît ressortir de l'art. 710, est que le droit conservé par l'un des copropriétaires contre lequel la prescription n'a pu courir est conservé pour l'immeuble lui-même, par conséquent pour tous les copropriétaires, et, ainsi entendu, l'art. 710 cadre parfaitement avec celui qui précède.

* **1579 bis.** Qu'il en soit ainsi tant que l'indivision dure, ce n'est pas douteux.

Il est sans difficulté également que, si le fonds auquel la servitude est due est attribué par le partage à celui des copropriétaires au profit duquel existait la cause de suspension de la prescription, par exemple à celui qui est mineur, celui-ci conservera après le partage le bénéfice de la suspension de la prescription.

Mais en sera-t-il de même si l'immeuble est mis dans un autre lot, dans celui d'un copropriétaire au profit duquel la cause de suspension n'existait pas?

L'affirmative avait été jugée par les cours d'Amiens et de Nancy. Leurs arrêts ont été cassés. La cour de cassation invoque à l'appui de sa décision l'art. 883. En vertu de l'effet rétroactif que cet article attribue au partage, dit la cour, le copropriétaire auquel l'immeuble est attribué par le partage est censé en avoir été le seul propriétaire depuis le jour où l'indivision a pris naissance; le mineur, en faveur duquel la cause de suspension de la prescription existait, est censé n'en avoir jamais eu la propriété; par conséquent il ne peut plus être question de la suspension de prescription tenant à sa personne. La loi dit que la prescription ne court pas contre les mineurs (art. 2252); mais elle court contre les majeurs. Or, en vertu de la fiction de l'art. 883, l'immeuble au sujet duquel la prescription courait doit être considéré comme n'ayant jamais appartenu à un mineur.

Nous préférons, avec la grande majorité des auteurs, la solution consacrée par les cours d'Amiens et de Nancy. L'art. 710 dit que celui des copropriétaires contre lequel la prescription n'a point couru pendant l'indivision *conserve* le droit des autres. D'après la solution admise par la cour de cassation, il ne conserve que le sien, puisque les autres copropriétaires ne pourront pas invoquer la suspension de la prescription. D'autre part, tout le monde admet que l'interruption de la prescription, résultant de l'exercice de la servitude pendant la durée de l'indivision par l'un des copropriétaires, profite aux autres, même

après le partage consommé ; il doit logiquement en être de même de la suspension de la prescription. Les art. 709 et 710 ont été inspirés par une même pensée : chacun des copropriétaires est le représentant du fonds quant aux servitudes qui appartiennent à ce fonds ; il conserve ces servitudes pour le fonds en les exerçant (art. 709) ; elles sont conservées pour le fonds également quand la prescription est suspendue au profit de l'un des copropriétaires (art. 710), et par conséquent dans un cas comme dans l'autre celui auquel le fonds écherra par le partage bénéficiera de la conservation de la servitude.

Il faut donc admettre que l'art. 710 déroge à l'art. 883, de même que l'art. 709 auquel il fait suite par l'enchaînement des idées aussi bien que par le numéro d'ordre. Nous ne rendons pas ainsi l'art. 883 inutile ; nous faisons seulement application de la règle *Specialia generalibus derogant* ; tandis que l'interprétation de la cour de cassation revient au fond à supprimer à peu près l'art. 710 et peut-être aussi l'art. 709.

1579 ter. Le partage rompt le lien qui existait pendant l'indivision entre les copropriétaires. Si donc le fonds titulaire de la servitude est divisé en plusieurs portions attribuées séparément à chacun des copropriétaires ou à quelques-uns, chaque partie constitue désormais un immeuble distinct, et il pourra arriver que le propriétaire de l'une laisse périr par la prescription la servitude à laquelle il avait droit, tandis que le propriétaire de l'autre l'aura conservée. Les art. 709 et 710, écrits en vue de l'indivision, ne reçoivent plus ici leur application.

1580. « *Le mode de la servitude peut se prescrire comme la servitude même, et de la même manière* (art. 708).

Il résulte de ce texte que l'étendue d'une servitude peut se trouver diminuée, lorsque l'usage qu'on en fait pendant trente ans est plus restreint que celui auquel on a droit. La servitude est alors éteinte en partie par le non-usage. Ainsi celui qui a le droit de passage en charrette comme à pied, et qui ne passe qu'à pied pendant trente ans, ne peut plus désormais passer autrement. V. cep. Cass., 29 août 1882, S., 84. 1. 391, D., 83. 1. 341.

L'étendue d'une servitude pourrait-elle être augmentée par la prescription ? En d'autres termes, peut-on acquérir par la prescription un mode d'exercice de la servitude plus avantageux que celui auquel on a droit ? Cette question, à laquelle notre article paraît étranger (car il est placé dans la section qui traite de l'*extinction* des servitudes, et il s'agit ici d'une *acquisition*), doit être résolue d'après les principes généraux. Or ils nous conduisent à une distinction. S'agit-il d'une servitude continue et apparente ? La prescription, qui peut faire acquérir la servitude elle-même (art. 690), peut à plus forte raison faire acquérir un mode d'exercice plus avantageux de cette même servitude. Ainsi celui auquel son titre donne le droit d'avoir trois fenêtres sur l'héritage voisin, et qui pendant trente ans en a possédé quatre, aura acquis par prescription le droit de conserver la quatrième. S'agit-il au contraire d'une servitude discontinue ou non apparente ? La prescription sera aussi impuissante à fonder un mode d'exercice plus avantageux de la servitude qu'elle le serait à fonder la servitude elle-même (arg. art. 691). Ainsi celui qui a droit de passer à pied seulement ne pourra pas acquérir par la prescription de trente ans le droit de passer à cheval ou en voiture.

La prescription peut donc modifier *en moins* le mode d'exercice de toutes les servitudes, mais elle ne peut modifier *en plus* que celui des servitudes continues et apparentes. Il pourra résulter de là que le propriétaire du fonds dominant, pour avoir changé le mode d'exercice de la servitude, perdra, au bout de trente ans de cet exercice irrégulier, son

droit tout entier. Ainsi j'ai le droit de conduire dans mon fonds par un aqueduc l'eau d'une source qui prend naissance dans le fonds voisin ; je n'établis pas l'aqueduc ou je le détruis après l'avoir établi, et pendant trente ans je vais puiser de l'eau à la source. J'aurai perdu la servitude d'aqueduc par la prescription, et je n'aurai pas acquis la servitude de puisage qui est discontinuée.

4. Causes d'extinction non prévues par le code civil.

1581. Aux causes d'extinction des servitudes, énumérées ici par la loi, il y a lieu d'ajouter :

1° L'arrivée du terme fixé par les parties, lorsque la servitude a été constituée pour un certain temps seulement, ce qui est rare.

2° L'événement de la condition résolutoire, lorsque la servitude a été constituée sous une semblable condition.

3° La résolution rétroactive du droit du constituant sur le fonds grevé de la servitude. On applique la règle *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*.

4° La renonciation à la servitude, faite par le propriétaire du fonds dominant. Cette renonciation peut être expresse ou tacite.

Elle n'est opposable aux tiers, qui ont acquis des droits réels sur l'héritage dominant, que par la transcription de l'acte qui la constate (loi du 23 mars 1855, art. 2-1° et 3).

5° Enfin, les servitudes s'éteignent par l'expropriation pour cause d'utilité publique du fonds servant ; sauf indemnité juste et préalable pour le propriétaire de l'héritage dominant (loi du 3 mai 1841, art. 21, 23 et 39).

TABLE DES MATIÈRES

Table analytique

	Pages
INTRODUCTION	1

TITRE PRÉLIMINAIRE

DE LA PUBLICATION, DES EFFETS ET DE L'APPLICATION DES LOIS EN GÉNÉRAL	19
---	----

LIVRE PREMIER

DES PERSONNES	53
Titre premier. — <i>De la jouissance et de la privation des droits civils.</i>	57
CHAPITRE PREMIER. — De la jouissance des droits civils.	57
CHAPITRE II. — De la privation des droits civils.	89
<i>Sect. I.</i> — De la privation des droits civils par suite de la perte de la qualité de Français.	89
<i>Sect. II.</i> — De la privation des droits civils par suite de condamnations judiciaires	102
Titre II. — <i>Des actes de l'état civil.</i>	118
CHAPITRE PREMIER. — Dispositions générales.	120
CHAPITRE II. — Des actes de naissance.	140
CHAPITRE III. — Des actes de mariage.	146
CHAPITRE IV. — Des actes de décès.	146
CHAPITRE V. — Des actes de l'état civil concernant les militaires hors du territoire français.	151
CHAPITRE VI. — De la rectification des actes de l'état civil.	152
Titre III. — <i>Du domicile.</i>	157
Titre IV. <i>Des absents.</i>	181
CHAPITRE PREMIER. — De la présomption d'absence.	183
CHAPITRE II. — De la déclaration d'absence.	188
CHAPITRE III. — Des effets de l'absence.	193
<i>Sect. I.</i> — Des effets de l'absence relativement aux biens que l'absent possédait au jour de sa disparition.	193
<i>Sect. II.</i> — Des effets de l'absence relativement aux droits éventuels qui peuvent compéter à l'absent.	221
<i>Sect. III.</i> — Des effets de l'absence relativement au mariage.	227
CHAPITRE IV. — De la surveillance des enfants mineurs du père qui a disparu.	229
Titre V. — <i>Du mariage.</i>	233
CHAPITRE PREMIER. — Des qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage.	242
CHAPITRE II. — Des formalités relatives à la célébration du mariage	266
CHAPITRE III. — Des oppositions au mariage	280
CHAPITRE IV. — Des demandes en nullité de mariage	292
CHAPITRE V. — Des obligations qui naissent du mariage	342
CHAPITRE VI. — Des droits et des devoirs respectifs des époux.	360
CHAPITRE VII. — De la dissolution du mariage.	390
CHAPITRE VIII. — Des seconds mariages.	391

	Pages
Titre VI. — Du divorce	393
CHAPITRE PREMIER. — Des causes du divorce	403
CHAPITRE II. — De la procédure du divorce	410
<i>Sect. I.</i> — Des formes du divorce	413
<i>Sect. II.</i> — Mesures provisoires et mesures conservatoires	435
<i>Sect. III.</i> — Des fins de non-recevoir contre l'action en divorce	442
CHAPITRE III. — Des effets du divorce	445
CHAPITRE IV. — De la séparation de corps	462
CHAPITRE V. — Dispositions transitoires	487
CHAPITRE VI. — Autorité de la chose jugée en matière de divorce ou de séparation de corps	488
Titre VII. — De la paternité et de la filiation	489
CHAPITRE PREMIER. — De la filiation des enfants légitimes ou nés dans le mariage	490
CHAPITRE II. — Des preuves de la filiation des enfants légitimes	515
CHAPITRE III. — Des enfants naturels	534
<i>Sect. I.</i> — De la légitimation des enfants naturels	536
<i>Sect. II.</i> — De la reconnaissance des enfants naturels	542
Titre VIII. — De l'adoption et de la tutelle officieuse	567
CHAPITRE PREMIER. — De l'adoption	567
<i>Sect. I.</i> — De l'adoption et de ses effets	567
<i>Sect. II.</i> — Des formes de l'adoption	578
CHAPITRE II. — De la tutelle officieuse	580
Titre IX. De la puissance paternelle	582
<i>Sect. I.</i> — Droits résultant de la puissance paternelle	584
<i>Sect. II.</i> — Déchéance de la puissance paternelle	600
Titre X. — De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation	607
CHAPITRE PREMIER. — De la minorité	610
CHAPITRE II. — De la tutelle	610
<i>Sect. I.</i> — De la tutelle des père et mère	614
<i>Sect. II.</i> — De la tutelle déléguée par le père ou par la mère	622
<i>Sect. III.</i> — De la tutelle des ascendants	622
<i>Sect. IV.</i> — De la tutelle déléguée par le conseil de famille	624
<i>Sect. V.</i> — Du subrogé tuteur	634
<i>Sect. VI.</i> — Des causes qui dispensent de la tutelle	637
<i>Sect. VII.</i> — De l'incapacité, des exclusions et destitutions de la tutelle	641
<i>Sect. VIII.</i> — De l'administration du tuteur	644
<i>Sect. IX.</i> — Des comptes de la tutelle	676
CHAPITRE III. — De l'émancipation	684
Titre XI. — De la majorité, de l'interdiction et du conseil judiciaire	701
CHAPITRE PREMIER. — De la majorité	701
CHAPITRE II. — De l'interdiction	704
CHAPITRE III. — Du conseil judiciaire	724

LIVRE DEUXIÈME

DES BIENS ET DES DIFFÉRENTES MODIFICATIONS DE LA PROPRIÉTÉ	735
Titre premier. — De la distinction des biens	739
CHAPITRE PREMIER. — Des immeubles	743
CHAPITRE II. — Des meubles	760
CHAPITRE III. — Des biens dans leur rapport avec ceux qui les possèdent	772
Titre II. — De la propriété	777
CHAPITRE PREMIER. — Du droit d'accession sur ce qui est produit par la chose	781
CHAPITRE II. — Du droit d'accession sur ce qui s'unit et s'incorpore à la chose	788
<i>Sect. I.</i> — Du droit d'accession relativement aux choses immobilières	787

	Pages
<i>Sect. II.</i> — Du droit d'accession relativement aux choses mobilières	802
Titre III. — <i>De l'usufruit, de l'usage et de l'habitation</i>	803
CHAPITRE PREMIER. — De l'usufruit	804
<i>Sect. I.</i> — Des droits de l'usufruitier	813
<i>Sect. II.</i> Des obligations de l'usufruitier	838
<i>Sect. III.</i> — Comment l'usufruit prend fin	857
CHAPITRE II. — De l'usage et de l'habitation	866
Titre IV. — <i>Des servitudes ou services fonciers.</i>	869
CHAPITRE PREMIER. — Des servitudes qui dérivent de la situation des lieux	879
CHAPITRE II. — Des servitudes établies par la loi	905
<i>Sect. I.</i> — Du mur et du fossé mitoyens	907
<i>Sect. II.</i> — De la distance et des ouvrages intermédiaires requis pour certaines constructions	938
<i>Sect. III.</i> — Des vues sur la propriété de son voisin	939
<i>Sect. IV.</i> — De l'égout des toits	944
<i>Sect. V.</i> — Du droit de passage	945
CHAPITRE III. — Des servitudes établies par le fait de l'homme	951
<i>Sect. I.</i> — Des diverses espèces de servitudes qui peuvent être établies sur les biens	951
<i>Sect. II.</i> — Comment s'établissent les servitudes	959
<i>Sect. III.</i> — Des droits du propriétaire du fonds auquel la servitude est due	965
<i>Sect. IV.</i> — Comment les servitudes s'éteignent	967

TABLE

DES ARTICLES DU CODE CIVIL

ET DES LOIS SPÉCIALES QUI S'Y RATTACHENT

avec renvoi aux divers **numéros** de l'ouvrage où chacun de ces divers articles
ou lois se trouvent expliqués.

CODE CIVIL

Articles	Numéros	Articles	Numéros	Articles	Numéros
1	34-41.	40	239-241.	74	465-467.
2	45-65.	41	242.	75	468-469, 470 <i>bis</i> .
3	66-82.	42	242.	76	470, 470 <i>bis</i> .
4	86-91.	43	242.	77	278.
5	93.	44	243.	78	279.
6	95-96.	45	245-252.	79	280-281.
7	111-112.	46	253-258.	80-84	283.
8	112-134, 190.	47	267, 268.	85	282.
9	131-134, 190.	48	268.	86-92	283.
10	135.	49	244.	93-98	284.
11	152-155.	50	260-262.	99	286-290.
12	136-138.	51	263.	100	290.
13	149-151 <i>bis</i> .	52	264.	101	291.
14	156-161.	53	265.	102	297.
15	156.	54	265.	103	313.
16	162-168.	55	270.	104-105	314-314 <i>bis</i>
17	173-178.	56	271, 272.	106-107	305.
18	177.	57	273-274.	108	306-310.
19	179-185.	58-61	275.	109	311-312.
20	189-190.	62	276.	110	301.
21	178.	63	459.	111	317-325.
22-23	192-223.	64	460-461.	112	330, 333, 334.
24	237.	65	461.	113	332, 334.
25	235.	66	487, 489.	114	333.
26	232.	67	489.	115	339, 343.
27	234.	68	490-491.	116	344.
28	237.	69-72	463.	117	342.
29	237.	73	431, 431 <i>bis</i> .	118-119	344.

Articles	Numéros	Articles	Numéros	Articles	Numéros
120.....	341,348-349,352.	177-178 ...	492.	234	692-694, 776.
121.....	339, 348.	179	493.	235	696.
122.....	342.	180	501-507, 510.	236	723.
123.....	350.	181	508-509.	237	696.
124.....	367-375.	182	511-516.	238 al. 1...	695-696.
125.....	356-358.	183	517-521.	238 al. 2...	724, 782.
126.....	353-354.	184	522-526 <i>bis</i> .	238 al. 3...	727.
127.....	363-365, 375.	185	529.	238 al. 4...	696, 782.
128.....	360.	186	530-531.	238 al. 5...	725-726, 782.
129.....	376-377.	187	526.	239 al. 1...	697, 784.
130.....	366, 382-383.	188	525, 533.	239 al. 2...	698.
131.....	366.	189	534.	239 al. 3...	704.
132.....	380-381.	190	527.	239 al. 4...	706.
133.....	386-387.	191	522-527,536-539.	239 al. 5...	707, 784.
134.....	359.	192	537.	240	725.
135-136...	388-391.	193	537, 540.	241	726.
137.....	392.	194	557.	242	728.
138.....	392.	195	557-560.	243	729.
139.....	395-397.	196	561-563.	244	730-736 <i>bis</i> .
140.....	398.	197	566-568.	245	701-702, 773.
141.....	401.	198	569-574.	246	708, 784.
142.....	402-403.	199	575-576.	247	710-711.
143.....	405.	200	577-578.	248 al. 1,	
144.....	421.	201-202....	542-555.	2, 3.....	712.
145.....	422.	203	581-586.	248 al. 4...	705.
146.....	420, 505.	204	587.	248 al. 5, 6.	713.
147.....	440.	205	589-589 <i>quater</i> .	249	708 <i>bis</i> .
148.....	427.	206	590-595.	250	715.
149.....	428.	207	589.	251-252...	716-721.
150.....	429-430.	208	601-604.	253-274....	686-687.
151.....	432.	209	606.	275-294....	665, 670.
152-153...	433.	210-211....	598-600.	295	451, 744-747.
154	434.	212	612-616.	296	451, 742.
155	435.	213	617.	297	670, 795.
156	439.	214	618-622.	298	451, 675 <i>bis</i> , 743.
157	439.	215	627.	299	757-762,791,800.
158-159...	438.	216	628-629.	300	763-764.
160	437.	217	630-639.	301	765, 765 <i>ter</i> .
161	443, 445.	218	640.	302-303....	751-753, 789.
162	444-445.	219	642.	304	754.
163	446-447.	220	647.	305	665, 670.
164	448.	221	640.	306	771-774.
165	465-467.	222	640.	307	772, 778-786.
166-167....	462, 466.	223	645.	308-309....	675 <i>bis</i> .
168	462.	224	640.	310	795-801.
169	459.	225	650-653.	311	790-790 <i>quing</i> .
170	471-475 <i>bis</i> .	226	633.	312	814-824.
171	476.	227	656.	313	823-832.
172	480.	228	451, 657-661.	314	833-836.
173	481-482.	229-230....	672-675.	315	848-853.
174.....	483.	231	672, 676-677.	316	840-841.
175	484.	232	672, 678-680.	317	842.
176	487-488.	233	665, 670.	318	843-846.

Articles	Numéros	Articles	Numéros	Articles	Numéros
319	856-859.	390	998.	463	1081.
320	860-865.	391	999-1001.	464	1082-1084.
321	862.	392	1002.	465	1085.
322	866.	393	1003-1004.	466	1099.
323	867-868, 869 <i>bis</i> .	394	1005.	467	1099.
324	869.	395-396...	1006-1010.	468	1055.
325	870.	397	1011.	469	1101, 1103-1106.
326-327....	872-874.	398	1012.	470	1102.
328	875.	399	1013.	471	1108-1109.
329	876.	400	1014.	472	1111-1114.
330	876.	401	1015.	473	1107.
331	884.	402-404....	1017.	474	1110.
332	885.	405	1019.	475	1115-1116.
333	889-891.	406	1026.	476	1119.
334	894-898.	407	1023.	477-478....	1120-1125.
335	899-901.	408	1024.	479	1123.
336	903.	409-410....	1025.	480	1126-1130.
337	909-916.	411-414....	1027.	481	1134-1136.
338	907.	415-416....	1028.	482	1137.
339	904 <i>bis</i> -905.	417	1029.	483	1142.
340	918-922, 929-930.	418-419....	1030.	484 al. 1...	1141.
341	923-930.	420	1031-1032.	484 al. 2...	1146-1147.
342	931.	421-422....	1033.	485	1148-1150.
343-346....	934-942.	423	1034-1035.	486	1151.
347	943.	424	1032.	487	1152.
348	451, 944.	425	1036.	488	1154-1155.
349	945.	426	1037.	489	1157-1159.
350	946.	427-431....	1040.	490-491....	1160-1161.
351-352....	947.	432	1041.	492	1163.
353	949.	433	1042.	493	1164.
354-358....	950.	434	1043.	494	1165.
359	951.	435	1044.	495	1165.
360	952.	436	1045.	496	1166.
361-370....	954-954 <i>bis</i> .	437	1045.	497	1168.
371	960.	438-439....	1048.	498	1169.
372-373....	961.	440-441....	1049.	499	1169, 1185.
374	963.	442	1051.	500	1169.
375	964.	443-444....	1052.	501	1170-1170 <i>bis</i> .
376	966.	445	1053.	502	1179-1180 <i>ter</i> .
377	967.	446-449....	1052.	503	1181.
378	970.	450	1054-1058, 1074, 1074 <i>bis</i> , 1077.	504	1182.
379	971.	451	1061-1062.	505	1172.
380	966.	452	1063.	506	1173.
381	968.	453	1064.	507	1174-1175.
382 al. 1... 966.		454	1065-1067.	508	1176.
382 al. 2... 973.		455	1068, 1071.	509	1177.
383	986.	456	1070-1071.	510	1176.
384	974-976.	457-458....	1087-1089.	511	1176.
385	981.	459	1089.	512	1183.
386	982-985.	460	1090.	513	1185-1187, 1189- 1193.
387	977-979.	461	1078-1079.	514-515....	1188.
388	990.	462	1080.	516	1207-1208.
389	993-996.				

Articles	Numéros	Articles	Numéros	Articles	Numéros
517	1209.	590	1319-1351.	648	1465 1465 bis.
518	1211-1212.	591	1352-1353.	649	1466.
519	1213.	592	1352-1353 bis.	650	1467.
520	1214-1215.	593	1354.	651-652 ..	1468.
521	1215.	594	1354.	653	1473-1477.
522	1223.	595	1328-1334.	654	1478-1481.
523	1218.	596-597....	1327.	655	1494.
524	1221, 1224-1227	598	1355-1357.	656	1495-1496.
525	1228.	599	1336-1337.	657	1489.
526	1233-1234.	600	1360-1362.	658	1490.
527	1236.	601	1363-1367 bis.	659	1490.
528	1237.	602-603....	1368.	660	1491.
529	1238-1253.	604	1368 bis.	661	1482-1487.
530	1248.	605	1371-1377.	662	1493.
531-532....	1237.	606	1372-1373.	663	1498-1501.
533-536....	1254.	607	1376.	664	1502.
537	1255.	608	1378.	665	1574.
538-541....	1257-1258.	609	1379.	666	1503-1514.
542	1259.	610	1382.	667	1515.
543	1260-1261.	611	1385.	668	1516-1517.
544	1262-1263.	612	1383-1384.	669	1518.
545	1264.	613	1386.	670	1519.
546	1266.	614	1387.	671	1520-1523.
547	1267.	615-616....	1388.	672	1520, 1524-1525.
548	1268.	617	1390-1398.	673	1520, 1526-1529.
549	1269-1278.	618	1399-1401.	674	1530.
550	1270-1272.	619	1390.	675	1532.
551	1279.	620	1391.	676	1534-1535.
552	1281-1282.	621	1403.	677	1534-1535.
553	1283.	622	1404.	678-680....	1537-1539.
554	1284-1286.	623	1396.	681	1540.
555	1287-1291 ter.	624	1396-1397.	682-685....	1541-1548.
556	1293.	625	1409.	686 al. 1....	1550-1552 bis.
557-558....	1294.	626-627....	1409.	686 al. 2....	1571.
559	1295-1297.	628-630....	1410.	687	1555.
560-562....	1298.	631	1408.	688	1556-1557.
563	1299.	632-633....	1410.	689	1558-1559.
564	1300.	634	1408.	690-691 ..	1562-1566.
565-577....	1301.	635	1411.	692-693....	1567-1568.
578	1305-1308.	636	1412.	694	1569.
579	1309-1314.	637	1414-1422.	695	1562.
580	1315.	638	1414.	696	1570.
581	1316.	639	1423-1425 bis.	697-702 ..	1572.
582	1318-1319.	640	1428-1432.	703-704....	1574.
583	1320.	641	1433-1435.	705	1575.
584	1320.	642	1435-1437 bis.	706	1576.
585	1321-1324.	643	1438-1441 ter.	707	1577.
586	1325-1326.	644	1442-1446.	708	1580.
587	1338-1345.	645	1447-1448.	709-710....	1579-1579 ter.
588	1347.	646	1461, 1463.		
589	1346.	647	1464-1465 bis.		

LOIS SPÉCIALES

Dates.	Objet.	Numéros.
An XI — 11 germinal	Loi relative aux prénoms et changements de noms.....	285.
An XII — 30 ventôse (21 mars 1804).	Loi contenant la réunion des lois civiles en un seul corps de lois sous le titre de <i>Code civil des Français</i>	20, 26.
An XIII — 15 pluviôse	Loi relative à la tutelle des enfants admis dans les hospices.....	1153.
1806 — 24 mars.	Loi sur le transfert d'inscriptions de 5 % consolidés appartenant à des mineurs ou interdits (art. 2 et 3).....	1093, 1137, 1143.
1807 — 3 septembre.	Loi sur une nouvelle édition du code civil.....	22, 23.
1808 — 16 janvier.	Décret qui arrête les statuts de la Banque de France (art. 7).....	1235.
1809 — 6 avril.	Décret relatif aux Français qui auront porté les armes contre la France, etc.....	190.
1810 — 10 mars.	Actions de la C ^{ie} du canal du Midi (art. 13).....	1235.
1810 — 16 mars.	Décret concernant les canaux d'Orléans et de Loing (art. 13).....	1235.
1810 — 21 avril.	Loi concernant les mines, les minières et les carrières.....	1281.
1811 — 26 août.	Décret concernant les Français naturalisés en pays étranger avec ou sans autorisation du roi (art. 6 et 7).....	174, 190 <i>ter</i> .
1813 — 3 janvier.	Décret contenant des dispositions de police relatives à l'exploitation des mines (art. 18 et 19).....	283 <i>in fine</i> .
1813 — 25 septembre.	Décret sur les mineurs ou interdits propriétaires d'une action de la Banque de France.....	1093, 1137, 1143.
1816 — 28 avril.	Loi sur les finances (art. 40).....	365.
1816 — 8 mai.	Loi sur l'abolition du divorce.....	665.
1816 — 30 août.	Ordonnance du roi contenant la nouvelle édition du code civil.....	22.
1816 — 27 novembre.	Ordonnance sur la promulgation des lois et ordonnances (art. 1).....	38-39.
1818 — 21 juillet.	Lettre du garde des sceaux sur les actes de l'état civil.....	230.
1819 — 14 juillet.	Loi sur l'abolition du droit d'aubaine et de détraction.....	155.
1823 — 26 novembre.	Ordonnance portant règlement sur la vérification des registres de l'état civil.....	265.
1832 — 16 avril.	Loi qui modifie l'art. 164 du code civil.....	448.
1837 — 1 ^{er} avril.	Loi relative à l'autorité des arrêts rendus par la cour de cassation après deux pourvois.....	94.
1838 — 30 juin.	Loi sur les aliénés.....	1168, 1195 - 1197.
1843 — 21 juin.	Loi sur la forme des actes notariés (art. 2).....	896.
1845 — 29 avril.	Loi sur les irrigations.....	1429, 1450-1455.
1847 — 11 juillet.	Loi sur les irrigations.....	1456-1457.
1848 — 27 avril.	Décret relatif à l'abolition de l'esclavage dans toutes les colonies et possessions françaises (art. 8).....	104, 188.
1849 — 22 mars.	Loi qui modifie l'art. 9 du code civil.....	190 <i>bis</i> .
1849 — 3-11 décembre	Loi sur la naturalisation et le séjour des étrangers en France (art. 7 et 8).....	133, 169.
1850 — 10 juillet.	Loi relative à la publicité des contrats de mariage.....	470 <i>bis</i> .
1850 — 6 décembre.	Loi relative au désaveu de paternité.....	832.
1851 — 7-12 février.	Loi concernant les individus nés en France d'étrangers qui eux-mêmes y sont nés.....	122, 190 <i>bis</i> .

<i>Dates.</i>	<i>Objet.</i>	<i>Numéros.</i>
1851 — 11 février.	Loi portant prorogation du délai accordé aux Français établis à l'étranger pour affranchir ou aliéner les esclaves dont ils sont possesseurs..	188.
1851 — 5 juin.	Loi sur les ventes publiques volontaires de fruits, (art. 1).....	1217.
1854 — 31 mai-3 juin.	Loi portant abolition de la mort civile.....	208-223.
1854 — 10 juin.	Loi sur le libre écoulement des eaux provenant du drainage.....	1458.
1855 — 23 mars.	Loi sur la transcription en matière hypothécaire (art. 2-1 ^o et 3).....	1562, 1581.
1856 — 14 juillet.	Périmètre de protection des eaux minérales.....	1441 <i>ter</i> .
1858 — 28 mai.	Loi qui modifie le § 2 de l'art. 8 du décret du 27 avril 1848 relatif aux propriétaires d'esclaves	188.
1861 — 2 mai.	Loi relative à la légalisation par les juges de paix des signatures des notaires et des officiers de l'état civil	247.
1866 — 14 juillet.	Loi sur les droits des héritiers et ayant cause des auteurs	741, 791.
1867 — 29 juin.	Loi relative à la naturalisation	125.
1870 — 5 novembre.	Décret relatif à la promulgation des lois et décrets	39-41.
1871 — 18 mai.	Loi qui ratifie le traité définitif de paix conclu entre la République française et l'empire d'Allemagne (art. 2).....	187.
1871 — 10 juillet.	Loi relative au mode de suppléer aux actes de l'état civil du département de la Seine détruits dans la dernière insurrection.....	296.
1871 — 19-23 juillet.	Loi relative à la nullité des actes de l'état civil à Paris et dans le département de la Seine depuis le 18 mars 1871.....	293.
1872 — 6-11 janvier.	Loi relative à la réorganisation des actes de l'état civil dans les départements.....	294.
1872 — 12-25 févr.	Loi relative à la reconstitution des actes de l'état civil de Paris.....	250, 295.
1873 — 25 mars.	Loi qui règle la condition des déportés à la Nouvelle-Calédonie (art. 17).....	311 <i>bis</i> .
1874 — 16 déc.	Loi qui modifie la loi du 7 février 1851 concernant les individus nés en France d'étrangers qui eux-mêmes y sont nés	122, 134, 190 <i>bis</i> .
1875 — 24 février.	Loi relative à l'organisation du sénat (art. 8).....	30-31.
1875 — 25 février.	Loi relative à l'organisation des pouvoirs publics (art. 3).....	30-31, 33.
1875 — 16 juillet.	Loi constitutionnelle sur les rapports des pouvoirs publics (art. 7).....	30-31, 33.
1876 — 6 avril.	Décret qui règle la formule de la promulgation des lois.....	33.
1878 — 31 août.	Décret qui règle la condition des transportés dans les colonies pénitentiaires (art. 15 et 12).....	311 <i>bis</i> , 633.
1880 — 27 février.	Loi relative à l'aliénation des valeurs mobilières appartenant aux mineurs et aux interdits et à la conversion de ces mêmes valeurs en titres au porteur.....	1069, 1093-1098, 1143, 1197 <i>bis</i> .
1880 — 27 juillet.	Loi qui modifie la loi du 21 avril 1810 concernant les mines.....	1281.
1881 — 9 avril.	Loi portant création d'une caisse d'épargne postale (art. 6 al. 4, et 21).....	1073 <i>bis</i> .
1881 — 20 août.	Loi ayant pour objet le titre complémentaire du livre I du code rural, portant modification des articles du code civil relatifs à la mitoyen-	

<i>Dates.</i>	<i>Objet.</i>	<i>Numéros.</i>
	neté des clôtures, aux plantations et au droit de passage en cas d'enclave.....	1468, 1503-1529, 1541-1547.
1881 — 20 août.	Loi relative au code rural (chemins ruraux) art. 33.	1417 <i>bis</i> .
1882 — 14 février.	Loi relative aux droits des enfants nés en France d'un père étranger naturalisé après leur naissance	190 <i>bis</i> .
1883 — 28 juin.	Loi relative aux enfants mineurs nés en France d'une femme française mariée avec un étranger.....	134, 190 <i>bis</i> .
1884 — 5 avril.	Loi sur l'organisation municipale. Art. 84 et 85.....	228.
	Art. 136-4°.....	241.
1884 — 19, 27 juill.	Loi portant rétablissement du divorce en France. Art. 1.....	670-683, 738-777, 795-801.
	Art. 2, 3 et 4 abrogés	686.
1886 — 18 avril.	Loi sur la procédure en matière de divorce et de séparation de corps. Art. 1.....	684-737, 778-785.
	Art. 2.....	795.
	Art. 3.....	828-832.
	Art. 4.....	686.
	Art. 6.....	802-806.
	Art. 7.....	720, 802-806.
1886 — 20 juillet.	Loi sur la caisse nationale des retraites pour la vieillesse (art. 13 al. 2).....	1056, 1135.
1887 — 15 nov.	Loi sur la liberté des funérailles.....	278 <i>bis</i> , 632.
1888 — 2 octobre.	Décret relatif à la déclaration de résidence de l'étranger qui se trouve en France.....	151 <i>quater</i> , 169.
1889 — 4 avril.	Loi sur le code rural. Art. 4, 5, 6, 7.....	1300.
	Art. 9.....	1548.
1889 — 27 avril.	Décret relatif à l'exécution de la loi sur la liberté des funérailles, art. 1, 17, 20 et 21	278, 278 <i>bis</i> , 632.
1889 — 26 juin.	Loi sur la nationalité.....	112 et s.
1889 — 9 juillet.	Loi sur le code rural.....	1465 <i>bis</i> .
1889 — 15 juillet.	Loi sur le recrutement de l'armée, art. 59.....	963, 1132.
1889 — 24 juillet.	Loi sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés.....	986 <i>bis</i> -986 <i>quater</i> , 431.
1889 — 13 août.	Décret relatif à l'exécution de la loi du 26 juin 1889 sur la nationalité.....	124, 126, 134, 150.
1890 — 22 juin.	Loi ayant pour objet de modifier le titre II du code rural (vaine pâture).....	1465 <i>bis</i> .
1891 — 9 mars.	Loi qui modifie les droits de l'époux sur la succession de son conjoint prédécédé (art. 767 et 205 du code civil). Art. 1.....	1384.
	Art. 2.....	589 <i>bis</i> -589 <i>quater</i> , 609, 610 <i>ter</i> .
1893 — 6 février.	Loi sur la séparation de corps	307, 741, 785, 787, 788 <i>bis</i> , 790-790 <i>quinquies</i> .
1893 — 16 mars.	Loi relative à la publicité à donner à la décision qui pourvoit un individu d'un conseil judiciaire.	1170 <i>bis</i> .
1893 — 8 juin.	Loi relative aux actes de procuration, de consentement et d'autorisation dressés aux armées ou dans le cours d'un voyage maritime.....	275, 276, 431, 636 <i>bis</i> , 963.

<i>Dates.</i>	<i>Objet.</i>	<i>Numéros.</i>
1893 — 8 juin.	Loi portant modification des dispositions du Code civil relatives à certains actes de l'état civil....	275, 276, 283, 284, 286-291.
1893 — 15 juillet.	Loi sur l'assistance médicale gratuite. Art. 1 al. final	154.
	Art. 6 à 9.....	299.
1893 — 22 juillet.	Loi modifiant les art. 8 et 9 du Code civil.....	120-122, 131-134.